

# **DERECHO**

# **CONSTITUCIONAL**

---

**PROGRAMA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA TERRITORIAL**

**JOSÉ VICENTE BARRETO RODRÍGUEZ**



**ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

**ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**



**Director**

**HONORIO MIGUEL HENRIQUEZ PINEDO**

**Subdirector académico**

**CARLOS ROBERTO CUBIDES OLARTE**

**Decano de pregrado**

**JAIME ANTONIO QUICENO GUERRERO**

**Coordinador Nacional de A.P.T**

**JOSE PLACIDO SILVA RUIZ**

**ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
JOSÉ VICENTE BARRETO**

**Bogotá D.C., Enero de 2008**

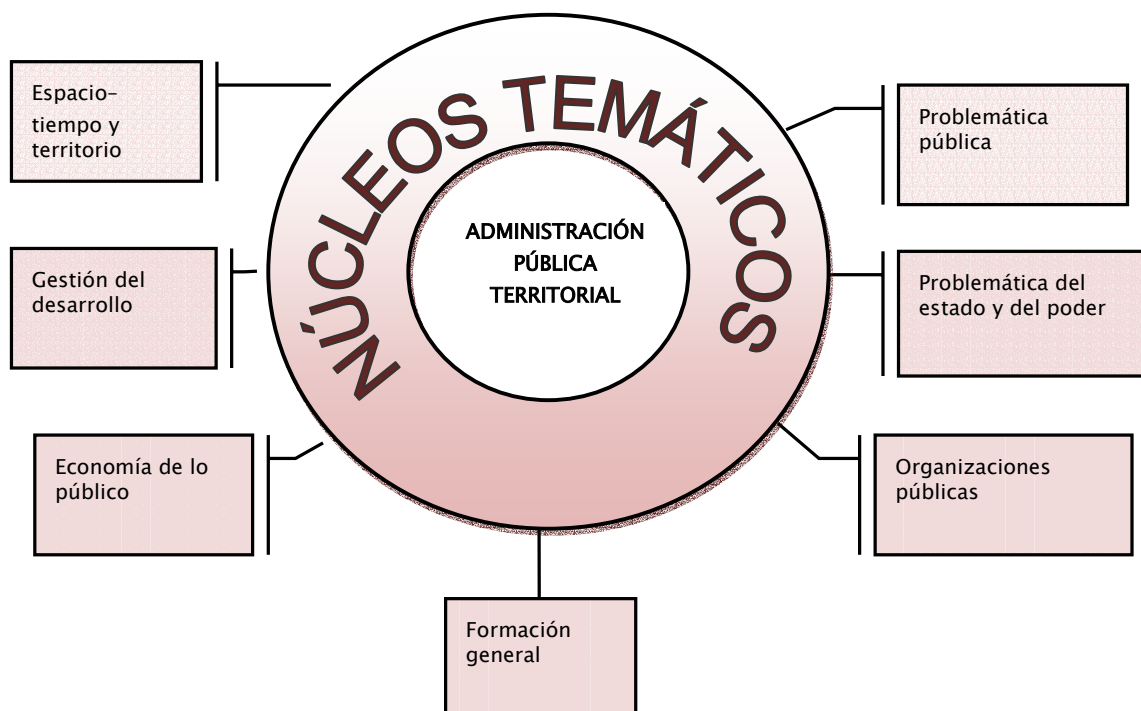
## CONTENIDO

Del trabajo del tutor		
1	¿PARA QUÉ SIRVE UNA CONSTITUCIÓN POLÍTICA?	
1.1	Núcleo problémico	
1.2	Objetivo didáctico	
1.3	Contenidos de la unidad	
1.4	Información acerca de la estructura pedagógica y didáctica de apoyo	
1.5	Desarrollo de la unidad	
1.5.1	Introducción a la unidad	
1.5.2	Las sociedades humanas y su organización	
1.5.3	Sociedad, poder político y Estado	
1.5.4	Estado, Estado de Derecho y Constitución Política	
1.5.6	Poder y Constitución en la antigüedad	
1.5.7	Las constituciones liberales bajo la insignia de la libertad	
1.5.8	Las constituciones socialistas bajo la insignia de la justicia	
1.5.9	Los nuevos horizontes del constitucionalismo	
1.5.10	Reflexiones finales	
1.6	Lecturas de apoyo adicional	
1.7	Mapa conceptual	
1.8	Lectura autoregulada	
1.9	Construcción cognitiva	
1.10	Glosario	
1.11	Recapitulación	
1.12	La evaluación	
1.13	Resultado didáctico	
1.14	Bibliografía	
2	LAS DINÁMICAS DEL CONSTITUCIONALISMO EN COLOMBIA	
2.1	Núcleo problémico	
2.2	Objetivo didáctico	
2.3	Contenidos de la unidad	
2.4	Información acerca de la estructura pedagógica y didáctica de	

	apoyo	
2.5	Desarrollo de la unidad	
2.5.1	Origen y evolución de las constituciones colombianas	
2.5.2	El proceso constituyente de 1991	
2.5.3	La interpretación de la constitución	
2.5.4	La constitución en acción	
2.5.5	Las dinámicas del control de constitucionalidad	
2.5.6	Los procesos de reforma a la constitución	
2.6	Lecturas de apoyo adicional	
2.7	Mapa conceptual	
2.8	Lectura autoregulada	
2.9	Construcción cognitiva	
2.10	Glosario	
2.11	Recapitulación	
2.12	La evaluación	
2.13	Resultado didáctico	
2.14	Bibliografía	
3	¿CUALES Y PORQUÉ SON TAN IMPORTANTES LOS CONTENIDOS DE LA CARTA CONSTITUCIONAL? LOS PRINCIPIOS, LOS DERECHOS Y LOS DEBERES	
3.1	Núcleo problémico	
3.2	Objetivo didáctico	
3.3	Contenidos de la unidad	
3.4	Información acerca de la estructura pedagógica y didáctica de apoyo	
3.5	Desarrollo de la unidad	
3.5.1	De los principios y valores socio-políticos en la constitución de 1991	
3.5.2	De los derechos	
3.5.3	De los deberes del estado y de los particulares	
3.6	Lecturas de apoyo adicional	
3.7	Mapa conceptual	
3.8	Lectura autoregulada	
3.9	Construcción cognitiva	

3.10	Glosario	
3.11	Ensayo de la unidad tres	
3.12	Recapitulación	
3.13	La evaluación	
3.14	Resultado didáctico	
3.15	Bibliografía	
4	¿CUÁLES SON LOS OBJETIVOS Y FUNCIONES BÁSICAS DEL ESTADO COLOMBIANO Y COMO SE ORGANIZA PARA EL CUMPLIMIENTO DE TALES OBJETIVOS?	
4.1	Núcleo problémico	
4.2	Objetivo didáctico	
4.3	Contenidos de la unidad	
4.4	Información acerca de la estructura pedagógica y didáctica de apoyo	
4.5	Desarrollo de la unidad	
4.5.1	Introducción	
4.5.2	El Estado colombiano	
4.5.3	Los fines esenciales del Estado colombiano	
4.5.4	Presupuesto del Estado	
4.5.5	Las funciones del Estado	
4.5.6	Conclusiones	
4.6	Lecturas de apoyo adicional	
4.7	Mapa conceptual	
4.8	Lectura autoregulada	
4.9	Construcción cognitiva	
4.10	Glosario	
4.11	Recapitulación	
4.12	La evaluación	
4.13	Resultado didáctico	
4.14	Bibliografía	

## DE LOS NUCLEOS TEMÁTICOS Y PROBLEMÁTICOS



El plan de estudios del Programa de Administración Pública Territorial, modalidad a distancia, se encuentra estructurado en siete núcleos temáticos. Éstos, a su vez, se constituyen en los contenidos nucleares del plan de formación que, en la exposición didáctica del conocimiento, se acompañan de contenidos complementarios específicos.

Cada uno de los siete núcleos temáticos que componen el programa tiene una valoración relativa en número de créditos y, en consecuencia, varía también en el número de asignaturas que lo conjugan. El primer momento en cualquier proceso de formación ha de establecer las particularidades del programa, de ahí que sea necesario dar a conocer los núcleos temáticos con su respectiva valoración en número de créditos: Problemática pública, once (11) créditos; Problemática del estado y del poder, 23 créditos; Organizaciones públicas, 24 créditos; Espacio-tiempo y territorio, 22 créditos; Gestión del desarrollo, 16 créditos; Economía de lo público, 18 créditos; y Formación general, 21 créditos.

De igual manera, se debe reconocer que el plan de estudios se cimienta en el principio de la problematización. En otras palabras, la formación en Administración Pública Territorial parte del hecho de que la disciplina se encuentra en constante cambio teórico y práctico; lo cual genera, a su vez, problemas multifacéticos que implican la formación de profesionales con capacidad de comprender, explicar y resolver los distintos textos y contextos que conforman la administración pública.

## **NÚCLEO PROBLEMÁTICA DEL ESTADO Y DEL PODER**

El núcleo “Estado y poder” permite al estudiante comprender y analizar, de manera autónoma, la problemática del Estado y, de modo consecuente, entenderlo como la máxima instancia de organización política y de las relaciones de poder que le son consustanciales. Analiza los diferentes niveles de expresión y concreción de la dinámica del Estado como eje de vital importancia para la comprensión del papel del Administrador Público<sup>1</sup>.

El estudio del Estado y del poder obedece a que durante los últimos siglos las sociedades accidentales modernas han asumido el Estado como una forma de organización y unidad política dominante según entraban a plegarse, articularse y proyectarse colectivamente las variables territoriales, sociales, económicas, culturales y militares de dichas sociedades. Pero, de igual manera, ha de reconocerse que la concreción de tales ideas colectivas requirió la organización de aparatos administrativos que dieron origen a las instituciones de carácter público, sin un interés individual o privado.

De otra parte, no se puede desconocer cómo este tipo de organización ha sufrido cambios históricos, políticos, culturales y económicos que la han redimensionado hasta el punto de ofrecer una compleja red de relaciones que afectan el pasado, el presente y el futuro de las naciones. Por ejemplo, en este tiempo, el sistema capitalista, las tendencias políticas neoliberales, los conflictos ideológicos, el terrorismo, la autonomía de las naciones son, entre otros, evidencias del redimensionamiento de los Estados.

Ahora bien, la administración pública y la administración estatal se hallan estrechamente relacionadas, puesto que el campo de lo público se encuentra mayoritariamente en el aparato estatal. De ahí que, en el plan de estudios se aborde esta relación de manera interdisciplinaria; se pretende, de este modo, la proyección política-administrativa a partir de nueve (9) asignaturas:

<b>ASIGNATURAS DEL NÚCLEO PROBLEMÁTICA DEL ESTADO Y PODER</b>	<b>CRÉDITOS</b>	<b>SEMESTRE</b>
1. Teorías del estado y del poder	3	1º
2. Regímenes y sistemas políticos	3	1º
3. Regímenes y sistemas políticos latinoamericanos	3	2º
4. Régimen y sistema político colombiano I	3	3º
5. Régimen y sistema político colombiano II	3	4º
6. Derecho constitucional	2	4º
7. Organización del estado colombiano y formas organizativas del estado a nivel territorial	3	5º
8. Gobierno y política pública	3	6º
9. Política pública territorial	2	7º

<sup>1</sup>CONDICIONES INICIALES. Op. cit.

## **EL TRABAJO DEL TUTOR**

El tutor tendrá libertad de cátedra en cuanto a su posición teórica o ideológica frente a los contenidos del módulo, pero el desarrollo de los contenidos de los módulos son de obligatorio cumplimiento por parte de los tutores. Los Tutores podrán complementar los módulos con lecturas adicionales, pero lo obligatorio para el estudiante frente a la evaluación del aprendizaje son los contenidos de los módulos; es decir, la evaluación del aprendizaje deberá contemplar únicamente los contenidos de los módulos. Así mismo, la evaluación del Tutor deberá diseñarse para dar cuenta del cubrimiento de los contenidos del módulo.

El Tutor debe diseñar, planear y programar con suficiente anticipación las actividades de aprendizaje y los contenidos a desarrollar en cada sesión de tutoría (incluyendo la primera). También debe diseñar las estrategias de evaluación del trabajo del estudiante que le permita hacer seguimiento del proceso de autoaprendizaje del estudiante. Por cada crédito, 16 horas son de tutoría presencial o de encuentro presencial y 32 horas son de autoaprendizaje (y este tiempo de trabajo del estudiante debe ser objeto de seguimiento y evaluación por parte del tutor). Las asignaturas (módulos) de APT son de 2, 3 y 4 créditos.





**D**ERECHO

**CONSTITUCIONAL**

---

## INTRODUCCIÓN

Los grandes y también los pequeños enfrentamientos por los cuales ha atravesado la humanidad no se han caracterizado ni por el uso de la razón ni por el de la violencia, en estado puro. Estos dos factores siempre han estado combinados en porcentajes variables, buscando afianzarse en los espacios de un aspecto fundamental en política: la *legitimidad*.

A veces hay más violencia que razón y a veces sucede lo contrario. También en distintas ocasiones se han ganado o perdido batallas en nombre de la razón. La misma razón ha sido manipulada para convertirse, por ejemplo, en la temida *razón de Estado* con todas sus consecuencias. Afortunadamente la evolución de la humanidad tampoco se ha caracterizado sólo por enfrentamientos o contradicciones; también han existido convergencias, interacciones, cooperaciones, y en medio de este quehacer humano, complejo y diverso, el derecho ha jugado un rol fundamental para la construcción de la cultura.

La presencia del derecho en la sociedad puede ser calificada de criticable, insuficiente, manipulada, si se quiere, pero siempre ha sido importante, siempre ha estado en primera fila. El derecho siempre ha estado listo para consolidar logros y para conjurar peligros eventuales o circunstanciales que, paradójicamente, en numerosas ocasiones y con posterioridad, logran entrar al grupo de las valoraciones aceptadas convirtiéndose así en derecho, en algo adquirido, en nuevos valores, en nuevas conquistas, en reformas, o incluso en revoluciones que sin embargo, también buscan perpetuarse a través del derecho.

El derecho marcha con los valores; pero hoy se reconoce que esos valores no son absolutos ni eternos y que su pretensión de totalidad, manifestada por el dogmatismo acendrado, los hace peligrosamente dictatoriales. Hoy también se analizan y reconocen las dinámicas del derecho, de la inclusión, de las minorías, de respeto a las diferencias, de pluralismo y, por supuesto, de un nuevo derecho.

El camino recorrido ha sido, es y será largo y disímil: del derecho del “*despotés*” es decir, el derecho sobre los esclavos, hoy llamado despotismo; de los derechos sobre los siervos de la gleba y sobre los extranjeros, se ha pasado a los derechos de los trabajadores, de los indígenas, de las mujeres, de los minusválidos, del medio ambiente y así, poco a poco, se va logrando la construcción de un derecho más incluyente, no sin reveses, no sin retrocesos, no sin contradictores, pero con logros importantes.

El derecho implica a la vez una ideología -la de la razón-, y un método -el de la solución pacífica de conflictos-. Esta circunstancia introduciría una nueva paradoja, pues se incluye tanto el llamado derecho a la guerra “*ius ad bellum*” –Derecho bellico-, como el derecho de la Guerra “*ius in bello*”, lo cual implicaría una contradicción, si no se tuviera en cuenta que estas reglamentaciones precisamente se producen en búsqueda de soluciones pacíficas, negociadas y de control a los excesos de la guerra. El derecho es un instrumento de la cultura que contribuye a conformar una sociedad infra-estatal, estatal y supra-estatal o internacional más incluyente, más ecuánime y con más herramientas para lograr una coexistencia con calidad de vida.

Esto no significa que, en su decurso, el derecho no vaya dejando libres unos espacios a los dominios de la ética o de los usos sociales, del mismo modo que ocupe o incluya en

sus preceptos otras disposiciones que antes no eran aceptadas ni reconocidas y que posteriormente adquieran aplicación y vigencia. Por ello no se puede desconocer que el derecho, como ciencia, como técnica social y como valor, sigue siendo una herramienta fundamental de la cultura.

El derecho constitucional, en particular, hace parte de esa trayectoria de la humanidad. No fue el primer derecho en aparecer, tampoco es el que tiene en su haber los mejores indicadores de impacto, para usar un lenguaje moderno. Cómo negar la influencia, en ese proceso histórico, del derecho civil y de instituciones como la propiedad privada o del derecho penal con sanciones como la pena de muerte o la cárcel. Pero no puede negarse que hoy, con el derecho público y con el derecho constitucional en particular, las páginas de la historia y las del avenir muestran esa zaga de la humanidad por racionalizar el poder, por hacerlo más incluyente, más equitativo, más justo. La lucha de los derechos humanos es la lucha del derecho constitucional, la lucha por un Estado que actúe dentro de formas ajenas al despotismo y, además, con reglas preestablecidas; es decir, la lucha por el Estado de Derecho es también una lucha y una conquista del Derecho Constitucional.

Tampoco se pretende atribuir al derecho todos los logros alcanzados por la humanidad. No pueden ni deben desconocerse los aportes de las otras ciencias, los avances de la medicina, de la ingeniería, de la economía, las evidencias de la sociología y de la antropología y las consecuencias tecnológicas de todas estas ciencias. De todos modos y aún con sus riesgos -bomba atómica, clonación, crisis ambiental, etc.-, sin lugar a dudas, han contribuido a construir la complejidad y la diversidad que caracterizan nuestras actuales sociedades.

Este trabajo no intenta entonces mostrar los logros absolutos del derecho o de la Constitución Política, pues la sola emisión de una ley no soluciona un problema, pero si intenta poner en evidencia las dinámicas mundiales y nacionales del constitucionalismo y de los contenidos de las Cartas Políticas, con sus significaciones, con sus logros y con sus fracasos. Intenta poner en evidencia la importancia de la Constitución como carta de navegación social que implica principios y valores, es decir, fundamentos y horizontes y también como una estructura lógica que pretende enfrentar los retos de la organización y sus dinámicas en materia de derechos, de deberes, de estructuras, de funciones, de planeación, de presupuestos, de recursos y otros factores que integran el quehacer social y que se ven organizados a través de los parámetros del derecho.

La posición preferente de la Constitución Política en un ordenamiento jurídico genera una relación de subordinación de los poderes que de ella emergen; subordinación que no excluye un amplio margen para el legislador en relación con la libertad jurídica de que dispone para diseñar las normas de orden legal que considere pertinentes para el adecuado desarrollo de la Constitución; pero que tampoco puede, o mejor, no debe, en ningún caso, extralimitar el marco creado por los preceptos constitucionales, cuyos contenidos son, cada vez más, una verdadera conquista ciudadana en aras del respeto a los derechos humanos, la democracia, la convivencia, la inclusión y el pluralismo. Ello implica un proceso de interpretación de la Constitución que abarca tanto las esferas oficiales como la actividad de los ciudadanos.

La aplicación directa e inmediata de la Carta es uno de los aspectos más importantes de la transformación del derecho constitucional en nuestro país. La consagración expresa de su valor normativo y no sólo indicativo, permite que su contenido tenga efectos de

aplicación directa e inmediata en el grado en que las circunstancias lo permitan. Los fines esenciales del Estado, de acuerdo con este documento, que de alguna forma refleja un consenso social, no pueden ser una simple expresión de buenas intenciones. El fundamento y la finalidad de nuestra organización político-social se reflejan en los propósitos de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; en las tareas de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; en la defensa de la independencia nacional y en asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Por ello la estructura de este estudio parte de los orígenes y de la justificación del constitucionalismo en el mundo, posteriormente se concentra en su evolución y en la organización del Estado en la sociedad colombiana y en sus perspectivas futuras. A continuación se analizan los contenidos de la Carta tanto en el ámbito funcional como organizacional, en temas relacionados con derechos y deberes, estructura del Estado y bases económicas de orden constitucional. En consecuencia el módulo está integrado por las siguientes unidades temáticas: origen y evolución del constitucionalismo; dinámicas del derecho constitucional en Colombia; principios y valores, derechos y deberes junto con sus mecanismos de defensa; organización del Estado y aspectos económicos de nuestra Carta.

Es necesario advertir que el tema de organización del Estado es presentado solo en sus fundamentos constitucionales básicos dado que existe un módulo especializado y se considera conveniente evitar repeticiones innecesarias.

La estructura pedagógica de la obra incluye también elementos de carácter didáctico relacionados con lecturas de apoyo adicional, elaboración de mapas conceptuales, elementos para la reconstrucción cognitiva, glosario especializado, elementos para la auto y la hetero-evaluación y referencias bibliográficas para ahondar en los temas tratados. Esperamos con ello ayudar a la formación de los interesados o, por lo menos, a ampliar su panorama de cuestionamientos acerca de los alcances y efectos del derecho y del derecho constitucional en particular y, ¿porqué no?, para proponer alternativas y soluciones a las graves problemáticas que aquejan a nuestra sociedad.

Como bien dice el ilustre constitucionalista Jaime Vidal Perdomo: “No se acaba nunca de escribir una obra de derecho constitucional, como no se acaba de escribir sobre la vida de los hombres en sociedad”. Por ello, esta no es sino una etapa que esperamos sirva de reflexión sobre las dinámicas, los orígenes, la hora actual y las perspectivas de esta herramienta fundamental de cualquier sociedad política que aspire a respetar el consenso y la convivencia ciudadana, basadas en el respeto de los derechos, el cumplimiento de los deberes y el logro de la prosperidad general en un medio pacífico, en cuanto aspiraciones legítimas de una sociedad.

*El autor*



# **U**NIDAD I

**¿PARA QUÉ SIRVE UNA  
CONSTITUCIÓN POLÍTICA?**

## UNIDAD PRIMERA

### ¿Para qué sirve una Constitución política?

#### 1.1. NUCLEO PROBLÉMICO

¿Qué dispositivos o herramientas debe utilizar una sociedad política para darle legitimidad, estabilidad, funcionalidad y orientación a sus proyectos colectivos, especialmente cuando está de por medio el uso del poder político?

#### 1.2. OBJETIVO DIDÁCTICO

Describir y analizar, a través de la evolución histórica de la organización socio-política el servicio que ha prestado el documento CONSTITUCIÓN POLÍTICA, las circunstancias en que ha surgido y los contenidos que de se ha nutrido, junto con sus limitaciones, fracasos y perspectivas. Se trata de presentar de forma sintética el ayer, el hoy y el mañana del constitucionalismo bajo unos interrogantes claves: *¿Para qué ha servido?, ¿a quienes ha servido? y, ¿para que debe servir?*

#### 1.3. CONTENIDOS DE LA UNIDAD

##### 1.3.1. Conceptuales

Organización social  
Poder político  
Constitucionalismo  
Constitución Política  
Derecho Constitucional  
Constituyente primario  
Soberanía  
Derechos Humanos  
Control constitucional

##### 1.3.2. Procedimentales

Reconstruir los procesos y entornos sociales en los que se han insertado los conceptos de Constitución Política y Derecho Constitucional dentro de las relaciones políticas de una sociedad en un momento y un espacio determinados para poder analizar así sus efectos y sus perspectivas.

##### 1.3.3. Aptitudinales/actitudinales

- ✓ Desarrollo de competencias *cognitivas fundamentales* para la apropiación de la relación histórica y dinámica organización social – Ejercicio del poder político-Constitución Política.
- ✓ Desarrollo de competencias *cognitivas para generar habilidades en el análisis de la historia de las luchas políticas, generar críticas y formular proyectos de futuro.*
- ✓ Desarrollo de competencias *cognitivas operativas* para realizar una exploración documental de opinión sobre el Estado de Derecho.
- ✓ Desarrollo de competencias socio-afectivas relacionadas con los valores que encarna una carta y su defensabilidad.
- ✓ Desarrollo de competencias en la creación y desarrollo de equipos de trabajo para rastrear la historia, logros y fracasos del constitucionalismo.

## **1.4. INFORMACIÓN ACERCA DE LA ESTRUCTURA PEDAGÓGICA Y DIDÁCTICA DE APOYO**

### **1.4.1 ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE**

El proceso de aprendizaje implica necesariamente la lectura y discusión de los contenidos de la unidad, incluidas sus lecturas anexas, además de otras actividades formativas que contribuyen a la consolidación del conocimiento de la Carta, a la ampliación de sus contenidos, al logro de su eficacia, y a las propuestas de modificación.

#### **1.4.1.1. De autoformación**

##### **a) *Elabore su propia construcción cognitiva***

Lea con atención toda la unidad y apunte o subraye las palabras que desconocía. Vuelva a leer la Unidad y enuncie los problemas que aparecen, las soluciones ofrecidas y las ideas principales en forma de esquema o mapa conceptual, que sintetice las ideas claves expuestas. Luego de una segunda lectura, depure el mapa conceptual con una reelaboración.

##### **b) *Elabore un ensayo***

Haga su ensayo en pocas páginas, rematando siempre con una elaboración propia o análisis crítico sobre el tema *diferencias entre el Derecho Constitucional y la Ciencia Política*.

##### **c) *Conceptos y glosario***

-Elabore su glosario con la respectiva definición dentro del contexto que se plantea en la presente unidad.

#### **1.4.1.2. De interformación**

Los estudiantes conformarán grupos de trabajo, con los cuales deberán socializar las actividades de autoformación y llegar a unas conclusiones de grupo.

Mediante una construcción colectiva tome como casos de estudio, la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano y la Constitución Política de Colombia de 1991 en la parte de derechos y compare contenidos y efectos. Establezca además cuales derechos son nuevos.

Subdivídase un grupo en dos y determine un subgrupo las fuentes ideológicas del constitucionalismo liberal, y el otro, las del constitucionalismo social.

#### **1.4.1.3. Presencial**

- Presentación y explicación del mapa conceptual al tutor
- Exposición de los mapas conceptuales en grupos de trabajo
- Discusión de los mapas conceptuales
- Aclaración de conceptos
- Realización de un taller con una jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre un caso relacionado con la libertad de escoger profesión u oficio.

### **1.4.2. Actividades sobre la investigación formativa**

Siguiendo la evolución histórica y procurando generar agrupaciones y categorías haga una investigación sobre uno de los dos tópicos siguientes:

a) El origen, funciones y estado actual de la institución PARLAMENTO o CONGRESO o ASAMBLEA NACIONAL, comparándolo con las otras instancias que tengan o hayan

tenido poder legislativo. No se trata de analizar el sistema parlamentario, pero puede incluirlo en su análisis. No olvide incluir un capítulo sobre el Parlamento Andino.

b) Las reformas a la Constitución colombiana de 1991, su contexto, ponentes por partido, contenidos y efectos más importantes (positivos y negativos).

No olvide plantear el problema, los casos o ejemplos, el contexto, etc., que orientarán el desarrollo de su investigación. Tampoco olvide incluir sus aspectos positivos y negativos y su propia posición personal. Puede utilizar los textos de la referencia o indagaciones en Internet, citando siempre su fuente.

## 1.5. DESARROLLO DE LA UNIDAD

### 1.5.1. Introducción a la unidad

Quizás el desarrollo lógico del tema bajo un enfoque sistémico implicaría resolver las preguntas en el siguiente orden: 1) *¿Qué es una Constitución?*, (estructura), 2) *¿Cómo opera?* (funcionamiento), y por último, *¿para qué sirve?*; sin embargo, consideramos pertinente invertir este orden y analizar primero para qué sirve y si creemos que tiene una utilidad social, entonces veremos cómo surge, qué es, qué contiene, cómo opera y cuales son sus limitaciones y perspectivas. Con tal propósito haremos un análisis de su surgimiento histórico, su evolución y sus objetivos.

### 1.5.2. Las sociedades humanas y su organización

Una aproximación que respete la complejidad del concepto *sociedad* debe incluir la situación de una agrupación de seres humanos integrados por *relaciones* de diverso carácter, incluidas las económicas, políticas y jurídicas, bajo unas instituciones, unas ideologías y unos valores, en un momento histórico y un espacio determinados.

Aportes culturales como el derecho de los romanos, la filosofía de los griegos, las religiones judía, islámica o budista, el establecimiento de los bancos, el paso de la navegación de vela a la de vapor, al tren o al avión, la creación de parlamentos, congresos o asambleas, las grandes obras de la pintura del Renacimiento o de la literatura universal, las revoluciones americana, francesa, rusa o cubana, los trasplantes de órganos, la clonación o el alquiler de úteros constituyen aspectos de esa compleja caracterización social y de la dinámica de sus relaciones.

Esa sociedad de seres humanos tiene por cualidad básica el *trabajo*, en cuanto actividad productora, creadora y transformadora; “al adquirir la capacidad biológica para el trabajo, el hombre supera la naturaleza, actúa sobre ella e inicia un proceso social histórico de progreso”<sup>2</sup>.

Entre las herramientas sobresalientes de las personas asociadas que trabajan y actúan tanto sobre sí mismas, para su formación y superación, como sobre los demás (relaciones de poder, p.e.) y sobre los objetos (relaciones de propiedad, p.e.), encontramos el lenguaje, las instituciones o las ideologías; todos ellos sujetos a evolución y con incidencia directa en el tema que nos ocupa.

#### **a) La importancia del lenguaje escrito en materia constitucional**

El lenguaje es una herramienta fundamental de la humanidad aunque no es patrimonio exclusivo del ser humano. Hay muchos lenguajes; los delfines tienen su lenguaje, las

---

<sup>2</sup> SAA VELASCO, Ernesto. *Teoría Constitucional General*. Ed. Universidades Simón Bolívar, Libre de Pereira y Medellín, Bogotá D.C. 1977, p. 14.



aves, las hormigas también tiene su forma de comunicarse; lo que si resulta claro es que el lenguaje es una de las herramientas fundamentales de los animales gregarios, de los animales sociales, pero especialmente del *zoon politikon*, del hombre. Los seres humanos generan sistemas hablados de comunicación que se constituirán en herramienta fundamental de su consolidación como grupo, como clan, como etnia o como nación. El lenguaje servirá como vía de comunicación, pero al mismo tiempo, como identificación, dando sentido de pertenencia y hasta protección a los individuos de un grupo.

La invención de la escritura y la creación del texto escrito como medio de expresión del lenguaje van a producir nuevos y profundos cambios en la sociedad y en la cultura humanas, comenzando por los textos sagrados que dan paso a las *religiones del libro* tales como los Vedas, el Pentateuco, la Biblia o el Coran, entre otros. Esta forma de comunicar se convierte en una memoria permanente que recuerda los contenidos ya sea de un mensaje, de una orden, de una alianza, de un acuerdo o de un contrato. Tal función va a ser fundamental en el campo político a efectos de registrar tratados o acuerdos internos y como prueba tangible de los contenidos establecidos o acordados, de los compromisos adquiridos, de las consecuencias de los mismos y de las responsabilidades derivadas de su incumplimiento.

El desarrollo inicial de los textos escritos con significaciones jurídicas se relacionó tanto con la esfera de lo público como con aquella de lo privado. En el primer sentido con las disposiciones tomadas por los gobernantes en cuanto creadores del derecho, como expresión de su voluntad absoluta y soberana, y publicadas por todos los rincones de sus dominios para su cumplida ejecución por parte de sus súbditos; en el segundo, como prueba de los acuerdos comerciales celebrados por privados. El derecho civil, el comercial, y el contractual, en especial, van a conocer una amplia aplicación de tales textos escritos que aún hoy se conocen con documentos como las letras de cambio o las escrituras públicas.

En la antigüedad, el uso del lenguaje escrito en el ámbito de lo político estuvo caracterizado por una relación vertical: la orden, el mandato, el ucuse, la decisión del monarca, reconfirmada por su sello imperial, expedida para conocimiento y aplicación de sus súbditos. Podríamos decir que el uso de la escritura prestaba una función básicamente de comunicación de sus deseos, cuyos contenidos también eran de su arbitrio exclusivo; el gobernante, en ejercicio de sus potestades y por mucho tiempo mantuvo un sistema caracterizado por abusos en el ejercicio del poder, legitimados por las concepciones ideológicas, políticas y religiosas de su época, que incluían pretendidas relaciones de parentesco del gobernante con los dioses, la obligación de obediencia y la ausencia de dignidad para ciertas personas (situación de los esclavos, por ejemplo).

De todos modos este sentido de que lo escrito facilita la prueba de lo acordado va a ser tenido en cuenta para el desarrollo de la organización política en las distintas sociedades que posteriormente se irán haciendo cada vez más complejas en su estructura y en sus funciones, ya sea por su extensión territorial o por la heterogeneidad de sus integrantes o la multiplicidad de sus intereses, muchas veces encontrados.

#### **b) La tendencia a la institucionalización**

La misma sociedad, paralelamente, va generando y fortaleciendo procesos de institucionalización; es decir que va desarrollando “un sistema regular de normas

circunscritas, status y roles que son aceptados por la mayoría<sup>3</sup>. Mediante tales procesos, la conducta espontánea e impredecible es reemplazada o trata de serlo de la manera más eficaz posible y por los intereses más diversos, por conductas regulares y pronosticables. Este proceso genera instituciones.

Cuando hablamos de una institución nos estamos refiriendo a un sistema más o menos completo de pautas sociales, relativamente permanente y organizado, que formula ciertas conductas sancionadas y unificadas, con el propósito de satisfacer y responder a necesidades más o menos generales de una sociedad<sup>4</sup>.

En toda sociedad están presentes cinco grandes grupos de instituciones básicas: familiares, educativas, religiosas, económicas y políticas o gubernativas. Cada uno de estos grupos, a su vez, genera otros tipos de instituciones derivadas o relacionadas; por ejemplo, la familia incluye la institución matrimonial, las instituciones educativas incluyen la escuela, las religiosas, la iglesia; las económicas, la propiedad; las políticas el Parlamento y así sucesivamente. Cada institución tiene asignadas funciones y responsabilidades particulares que confluyen al logro de objetivos como la estabilidad social y que pretenden el progreso, dado que los ideales de una institución son generalmente aceptados por la gran mayoría de los miembros de una sociedad, participen estos o no directamente en las actividades de la institución. Muchas de estas instituciones sobreviven aún hoy, otras son oprobiosas y afortunadamente han desaparecido (por ejemplo la esclavitud) y otras surgen con el correr de los tiempos.

Dado que las instituciones tienen su campo de acción en el ámbito social necesariamente implican ya sea interacciones entre individuos, relaciones *intra-institucionales* y relaciones externas o *inter-institucionales*. En el primer evento, los individuos ocupan posiciones dentro de la estructura total de la institución y desempeñan allí unos roles. De acuerdo con el segundo, si una sociedad pretende funcionar con relativa estabilidad, sus instituciones básicas deben estar interrelacionadas de una manera eficiente y productiva. Ello significa la necesidad de mantener un equilibrio, muchas veces delicado, entre las instituciones familiar, educacional, religiosa, económica y gubernamental; sin embargo, las tendencias modernas de organización social han presenciado importantes transferencias de funciones en beneficio de las instituciones relacionadas con lo político-gubernamental y lo económico.

Es necesario tener presente que muchas instituciones son anteriores a una Constitución Política e incluso al mismo sistema estatal: La familia, la propiedad, la Iglesia son instituciones anteriores al Estado; pero todas ellas van a encontrar espacios en los contenidos de las constituciones políticas que a su vez se van convirtiendo en instituciones fundamentales de la cultura política y de la organización social.

### **1.5.3. Sociedad, poder político y Estado**

El ser humano, en cuanto ser de relaciones, por razones naturales nace, vive, se reproduce y muere con sus semejantes, siempre está en relación con los demás. Esta situación ha generado el establecimiento de unas relaciones caracterizadas por fenómenos de verticalidad entre superior e inferior, es decir relaciones de dominación, de sometimiento, de desigualdad social, las cuales a su vez han ido variando en intensidad y

---

<sup>3</sup> Cfr. COHEN, Bruce J. Teoría y problemas de la introducción a la sociología. Ed. Mc. Graw – Hill, Serie de Compendios Schaum, cap. 7, p. 72

<sup>4</sup> Ibidem, p. 72.

en extensión con el transcurso del tiempo. Esa situación plantea lo que se conoce como *relaciones de poder*.

El *poder* comprende los conceptos de capacidad, energía, potencia, fuerza y conocimiento. Como capacidad se lo puede considerar como una cualidad que hace referencia a los seres humanos en relación con sus objetivos o finalidades. En efecto, el hombre en su vida de relación con el medio ambiente y con su misma especie, vive y actúa tras finalidades. Esta capacidad, individual y de grupo depende de múltiples factores que a veces se confunden con ella. Estos factores incluyen aspectos de orden económico, ideológico, cultural, o geográfico, entre otros. Un pueblo con una cultura participante (heredada o adquirida) con ideas, valores y actitudes hacia el cambio está más capacitado para intervenir en el desarrollo de su país o para participar en las decisiones políticas; será un pueblo con más poder. En sentido contrario, una cultura de aceptación puede llevar al sometimiento y en consecuencia caracterizará un pueblo con menos poder.

En resumen, podría aceptarse que el poder, en general, es “la capacidad del ser humano que le permite alcanzar los objetivos que la naturaleza o el medio ambiente le presentan, o los que él mismo va colocándose como metas”<sup>5</sup>.

El concepto de *poder político*, por su parte, ha tenido diversas definiciones dependiendo de las distintas posiciones filosóficas que lo enfocan. Para el *idealismo*, por ejemplo, el poder político es la consecuencia de la idea de que todo cuanto existe necesita un orden y éste requiere una causa y una fuente: el poder, y que existe desde siempre la necesidad de orden. El poder político sería la concreción de esta necesidad a nivel social, lo cual hace que exista una autoridad, un gobierno que haga posible y garantice ese orden.

Para el *positivismo*, por el contrario, el poder político es un fenómeno anterior a la idea, es decir que primero es el *hecho* político y luego la *idea* de lo político. En este sentido, el poder es la fuerza para la realización de una idea, al contrario que para el idealismo, para el cual el poder es una idea al servicio de una fuerza. Así el poder político sería un factor permanente de cohesión social, incluso en el evento de que esta asociación no lo sea solo por adhesión sino por situación.

Para el *materialismo dialéctico*, por su parte, el poder político es antes que nada poder de una clase sobre otra, el poder político es consecuencia del poder económico, de la propiedad de los instrumentos por medio de los cuales se ejerce la fuerza física, es el poder de una clase explotadora y minoritaria y por esto, tiene carácter esencialmente coactivo.

Prácticamente todas las teorías que se ocupan de los problemas del poder, del poder político y del Estado deben tomar una posición previa sobre la naturaleza de las relaciones entre la sociedad y el Estado -institución política por excelencia-. Tal posicionamiento va a tener incidencia directa en los fines políticos propugnados por el poder.

En líneas generales y siguiendo el criterio de Kelsen<sup>6</sup> podemos reducir tales posiciones a dos:

---

<sup>5</sup> ROZO ACUÑA, Eduardo. *Introducción a la Ciencia Política*. ESAP, Centro de Publicaciones, Bogotá, 1993, pp. 24.

<sup>6</sup> KELSEN, Hans. *Teoría general del Estado*, pp. 4 y 5.

a) *Identidad entre Estado y sociedad*.- De acuerdo con Spengler el Estado sería la Historia desde un punto de vista estático y la Historia sería el Estado desde un punto de vista dinámico<sup>7</sup>. La consecuencia práctica de esta posición es la posibilidad para el Estado de regular toda la vida humana, todos los aspectos de las relaciones sociales. El Estado podría llegar hasta los extremos de determinar cuándo puedes contraer matrimonio, cuántos hijos puedes tener, en qué debes trabajar, qué debes estudiar, a dónde puedes viajar, etc.

b) *Diferenciación entre Estado y sociedad*.-Para la mayoría de analistas el Estado es distinto de la sociedad, pero esta distinción varía en grados y depende de la idea que se tenga del ser humano. Para los anarquistas, por ejemplo, la sociedad es natural al hombre, el Estado, por el contrario, es artificial, producto de una imposición. Otros, con una visión menos optimista de la naturaleza del hombre, consideran que dados ciertos instintos negativos del ser humano, se hace necesario garantizar la libertad, la igualdad, la justicia o los valores aceptados o coercitivamente impuestos y que la herramienta para ello es el Estado, entendido como manifestación de un cierto orden político.

No se puede negar que el Estado, también está constituido por un conjunto de relaciones sociales y por eso es parte de la sociedad, pero no es la sociedad. ¿Cuál sería, entonces, el criterio que permite distinguir entre relaciones estatales propiamente dichas y relaciones sociales? Palacios, en su *Teoría del Estado*, considera que “la cuestión es sobremanera compleja y dinámica, pero la doctrina la resuelve en el sentido de que lo propio de las relaciones estatales consiste en ser relaciones sujetas o referidas al poder político, esto es, reguladas por normas que pretenden validez general, impuestas por una autoridad capaz de hacerlas obedecer y a la que la población considera legítimamente posibilitada para dictarlas”<sup>8</sup>.

*¿A qué ideal político sirve esta tesis?* A todos y a ninguno en particular, considera este autor, porque “sus consecuencias prácticas dependen del concepto que se tenga sobre otro elemento fundamental de la organización social: el *Derecho*. Si se supone que éste tiene en potencia la posibilidad de regular todas las materias, sin sujeción a principios y valores como la justicia o la libertad, la tesis que hace del Estado sólo una parte de la sociedad también puede conducir al totalitarismo; si, por el contrario, consideramos que el derecho debe actuar dentro de ciertos límites impuestos por la justicia o el bien común, entonces se facilita la aceptación de la intervención del Estado y una ampliación de su radio de actividad, adecuada a las necesidades de cada circunstancia, pero nunca del dominio completo de la vida del individuo”<sup>9</sup>.

#### **1.5.4. Estado, Estado de Derecho y Constitución Política**

El ejercicio del poder y el poder mismo han sido objeto de duras críticas particularmente relacionadas con su abuso, y más recientemente, con su existencia misma, considerándolo como obstáculo para el logro de la igualdad y de la libertad, dos valores fundamentales perseguidos por las sociedades modernas, junto con el de justicia social.

Los caminos recorridos por la humanidad para lograr el predominio de ciertos valores considerados válidos han conocido procesos tanto pacíficos como violentos en sus esfuerzos de implementación. La larga historia de las luchas del ser humano en el terreno político está caracterizada precisamente por las reacciones contra los abusos del poder,

<sup>7</sup> Citado por PALACIOS MEJÍA, Hugo, *Introducción a la Teoría del Estado*. p. 36.

<sup>8</sup> PALACIOS MEJÍA, op. cit., p. 37.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 37.

los paradigmas de desigualdades legitimadas y la necesidad de una organización básica para la convivencia social y el logro de unos objetivos, concordados o por lo menos consensuados entre sus integrantes.

En efecto, los seres humanos, durante su existencia, buscan seguridades, beneficios, satisfacción a sus necesidades que constantemente van en aumento. Hoy no se trata solo de comer y dormir. Una de esas necesidades que constantemente ensancha nuestros horizontes es la *seguridad*. La búsqueda de seguridad se orienta tanto hacia nosotros como personas (a nivel individual, familiar, como clan, grupo, nación y hasta como raza o género) como hacia nuestros bienes (relaciones garantistas de propiedad, posesión y tenencia) y esto genera la necesidad de un *orden*. Este orden construido a nivel social manifiesta un poder político y tiene componentes ideológicos, de carácter político, económico, jurídico y de usos sociales, entre otros.

El establecimiento y mantenimiento de un cierto tipo de orden es una clara demostración del poder político efectivo de uno, de unos pocos o de muchos, según la ideología, el sistema de organización política y la evolución misma de la sociedad y de sus instituciones.

Lo cierto es que el ejercicio del poder político por unos pocos y con criterios exclusivos y excluyentes condujo a los extremos del abuso para el logro de unos objetivos casi siempre sectoriales, elitistas y ventajosos para unos grupos reducidos. Estos grupos contaron con la habilidad para justificar de alguna manera su proyecto de orden (el poder que proviene de dios, el gobernante como sacerdote rey, hijo de los dioses o como persona sagrada, por lo general) y también contaron con la capacidad de mantener una estructura que funcionaba por la aceptación, la sumisión o la represión por medio de una fuerza pública organizada por el gobernante y obediente a sus instrucciones.

Sin embargo, a pesar de la existencia de estos ejércitos y de estas admoniciones de obediencia y de las represiones brutales de la desobediencia, los mismos acontecimientos derivados de los abusos, la posición contestataria de algunos pensadores, la fuerza de argumentos contrarios más sólidos o más acordes con los valores que tomaban más fuerza, hacían tambalear las estructuras tradicionales del poder y generaban esperanzas y posibilidades de cambio que poco a poco fueron modificando la faz de la tierra en cuanto a organización política se refiere.

Para la estructuración de ese orden también han contribuido famosos tratados escritos de política y tratados sobre la guerra y la paz, que originalmente consistían en análisis y recomendaciones de los asesores, ministros, válidos, y asistentes de los gobernantes con el objeto de lograr la mejor sumisión, la victoria y la estabilidad, que no pueden considerarse como acuerdos o compromisos, ni mucho menos como limitaciones al poder del soberano. Con la evolución política también se fue dando “expresión escrita y sanción especial sobre un pergamino a manifestaciones que tenían su raíz en los resortes reales de poder. Y así surgían los fueros, las libertades, los derechos especiales, los privilegios, los estatutos y cartas otorgadas a una clase, a un gremio, a una villa, etc.”<sup>10</sup> Documentos que eran celosamente guardados en sitios especiales de los edificios públicos de los municipios.

---

<sup>10</sup> LASSALLE, Ferdinand. ¿Qué es una Constitución?, p. 52.

Primero se produjo la toma de conciencia por parte de ciertos grupos de que su intervención era fundamental, si no indispensable, para el mantenimiento del orden establecido y entonces estos grupos procedían a obtener del monarca las ventajas del caso, como contraprestación a la garantía de su apoyo. Para evitar que la "mala memoria" de los gobernantes, especialmente debida a que tales medidas significaban restricciones al poder absoluto, los opositores tuvieron buen cuidado de hacer que los acuerdos que reconocieran limitaciones, beneficios o necesidad de consultas tuvieran validez, quedaran claramente establecidos *negro sobre blanco* en un documento especial, inicialmente inalterable, para poder recordárselo al gobernante en los momentos oportunos; es decir, un documento tangible y ritualizado, por no decir, mitificado.

Históricamente primero fue la organización política, que con el Estado logra su máxima expresión actual y con las distintas características de ejercicio del poder que determinan lo que podríamos llamar su *constitución real*; con posterioridad, aparece el sistema de la *constitución escrita* como establecimiento de limitaciones al poder absoluto del soberano y cuya dinámica va generando los problemas que plantea la dialéctica entre constitución real y constitución formal.

De acuerdo con Lassalle, en el fondo, todo tiene una constitución: "Del mismo modo y por la misma ley de necesidad que todo cuerpo tiene una constitución, su propia constitución, buena o mala, estructurada de un modo o de otro, todo país tiene, necesariamente, una constitución real y efectiva, pues no se concibe país alguno en que no imperen determinados factores reales de poder, cualesquiera que ellos sean"<sup>11</sup>. Otra cosa es que esta situación no se hallara recogida todavía en ningún documento especial. En efecto, refiriéndonos a los cuerpos, decimos que tal persona tiene una constitución robusta o débil....En materia política y siguiendo a Lassalle, teniendo en consideración estas aportaciones de significado, podríamos decir que los pueblos tienen una constitución real, una caracterización real de su estructura y del funcionamiento de sus instituciones, derechos y deberes, que efectivamente funciona y que es comprobable sociológica y antropológicamente hablando.

Frente a esta constitución real moldeada por las características de los integrantes de una determinada sociedad e influenciada básicamente por los factores reales de poder y que ha sido connatural a las organizaciones sociales desde su origen, surge una nueva posibilidad de clasificación de lo que ha dado en llamarse *constitución forma I* (Lassalle), constitución escrita, constitución en el papel que ya no obedece tanto a lo que se es, sino a lo que se *quiere ser* como sociedad... a un proyecto político que sospecha que las palabras se las lleva el viento mientras que lo escrito, escrito está.

Es en este contexto que se alimenta la corriente cada vez más caudalosa de la organización socio-política basada en una *constitución escrita*. Constitución etimológicamente proviene del latín *statuere, statum*, que significa *reglar, establecer, ordenar, regular*, pero también significa naturaleza y cualidades de una cosa que la constituyen en su ser y la diferencian de las demás<sup>12</sup>.

En ese sentido de la necesidad de normas, y sólo en ese, debe entenderse que las monarquías absolutas y hasta las tiranías tienen una constitución (enfermiza, si se quiere), es decir que están *constituidas* orgánica y funcionalmente hablando, sin que la

---

<sup>11</sup> Ibidem, p. 51.

<sup>12</sup> Cfr. DEL SANTO, Víctor. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, p. 267.

inexistencia de una intervención popular directa (salvo que pudiera manifestarse revolucionariamente) sea óbice para captar la Constitución de un Estado.

La segunda acepción considera la Constitución como “el conjunto de reglas fundamentales que rigen la organización del Estado, y que tienen que ser encabezadas por la nación misma, ya sea por votación o por aplicación indiscutida y respetada de la costumbre. Dichas reglas fundamentales tienen por finalidad fijar y limitar las facultades que el pueblo impone a los gobernantes que elige”<sup>13</sup>. Ello implica la inclusión de la separación de poderes del Estado (característica de los Estados de Derecho, porque sólo así se pueden representar una garantía de respeto a los derechos individuales, a las libertades públicas y a la limitación de cada uno de los poderes a sus funciones específicas.

La Constitución es, en sentido formal, el Código político en que un pueblo, por medio de sus representantes, por él libremente elegidos, fija *por escrito* los principios fundamentales de su organización y especialmente los relativos a las libertades políticas, y ese proceso ha tenido un largo recorrido histórico.

### 1.5.5. Poder y constitución en la antigüedad

#### 1.5.5.1. Los aportes de la democracia griega al constitucionalismo

Para comenzar, es necesario resaltar que la publicidad de la ley como condición para su cumplimiento por parte de la sociedad es una concepción original de los griegos. El término *constitución* es utilizado por Aristóteles en su obra *La Política* cuando estudia aproximadamente 132 distintas constituciones de las ciudades-Estado de Grecia, que incluyen la escrita por Faleas para la república de Calcedonia, la constitución de los lacedemonios, de los cretenses, de los cartaginenses y la de Atenas. Curiosamente Sócrates, Platón y Aristóteles estudian las constituciones *posibles* para la ciudad-Estado, pero no son amigos de la democracia. Sin embargo, fue con la democracia que en Atenas “la industria fue puesta en un plano de igualdad con el comercio y la agricultura; los viejos clanes fueron despojados de su influencia política; los requisitos de propiedad para aspirar a las magistraturas fueron abolidos; cada ciudadano<sup>14</sup> debía asistir a las asambleas y participar en los tribunales...”<sup>15</sup>. La Constitución de Solón (594 a.C.) legendario legislador de Atenas, autor de la primera constitución política de que se tenga noticia, perfeccionada por Clístenes (508 a.C.) llega a su mayor realización con Pericles (462-429 a.C.). En efecto, todos los habitantes, sin importar su clase, se agrupaban en divisiones territoriales llamadas “*demos*”. La totalidad de los “*demos*” formaban diez tribus. Las funciones administrativas eran desempeñadas por diez *arcontes*, uno por cada tribu, elegidos por la “*Asamblea de los demos*”. El “*Consejo de los quinientos*” estaba integrado por quinientos ciudadanos, cincuenta por cada tribu, electos por sorteo de los candidatos aprobados por la “*Asamblea de los demos*”, que tenía por función despachar los asuntos públicos corrientes. Su presidente era el jefe del Estado Ateniense. Por encima de este cuerpo se colocaba el “*areópago*” conformado por los ex-arcontes y que cumplía funciones judiciales y de guarda de la Constitución. La “*Asamblea del pueblo*” (*Eclesia*) inspeccionaba la gestión de los magistrados, deliberaba sobre la paz y la guerra, discutía y aprobaba las leyes previamente elaboradas por el “*Consejo de los quinientos*”.

---

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> Es necesario tener presente que en estas democracias incipientes no todos los habitantes de la ciudad eran ciudadanos.

<sup>15</sup> ECHEVERRI URUBURU, Álvaro. Teoría Constitucional y Ciencia Política. Ed. Fondo de Publicaciones Fundación Educativa Autónoma de Colombia, Bogotá D.C. 1980, p. 180.

Con todo, el Estado de Pericles no puede idealizarse, pues hay que tener en cuenta que no todos los habitantes de Atenas eran ciudadanos (*polítés*); muchos estaban excluidos de los derechos políticos y sólo tenían derechos civiles, además existía un elevado número de esclavos; las mujeres carecían de injerencia institucional en la vida política y los extranjeros también estaban excluidos de la ciudadanía y por tanto de los derechos políticos.

### **1.5.5.2. El concepto de Constitución en Roma**

La república romana se aproximó un poco al modelo político griego, pero el imperio se orientó hacia los modelos del absolutismo. En Roma va a desaparecer el concepto de Constitución tal y como fuera concebido por los griegos para convertirse en una ley emanada del emperador. Los romanos identificaban la Constitución con la *lex*, el *edictum* y con las demás disposiciones o mandatos imperiales. Cicerón, en su obra *De res publicae* identifica el concepto Constitución con *forma de Estado* y afirma que no “no es obra de un sólo hombre ni de una sola época”<sup>16</sup>. Para Catón no todos los romanos podían intervenir en la formación de la Constitución; era necesario excluir a la plebe, a los revoltosos, a los enemigos de la república.

Polibio, otro gran teórico político, por su parte, ubica el concepto de Constitución en relación con la evolución histórica de la organización social. Tarta de demostrar, además, que ninguna de las formas históricas de Constitución –monárquica, aristocrática, o democrática- tomada en forma aislada, puede ser buena ni duradera; la adecuada sería la Constitución mixta, representada por la integración de la realeza imperial, el senado y el pueblo. Las teorías de Cicerón, Catón y Polibio tuvieron influencia mientras duró la república; con el Imperio, esa trilogía fue perdiendo valor real hasta fusionarse en la idea de poder absoluto en torno al *Imperator*.

La *Pax Romana* produce muchos documentos escritos incluso a través de su *Senatus*; pero son, antes que nada, órdenes. Su fortaleza será el Derecho privado. Su desintegración abre paso al sistema feudal que vuelve a presentar esfuerzos por la reorganización de la sociedad política.

El derecho público, sin embargo, debe a Roma un concepto que será fundamental en la caracterización de las constituciones: la *soberanía*. “Bajo el Imperio, los jefes locales se sabían sometidos, de manera natural, a un poder por encima de ellos, de igual forma que las poblaciones sometidas al poder local sentían que, a su turno, este poder estaba subordinado a una autoridad superior. Así, el poder el emperador se presentaba como *aquel por encima del cual no existe nada más*. La autoridad del emperador era suprema; el término latino “*superioritas*” traduce esta cualidad en un poder sobre el cual no existe ningún otro; de ella se deriva el término *soberanía*, noción que encontramos nuevamente al final de la edad media”<sup>17</sup>.

### **1.5.5.3. La situación política institucional del Medioevo**

Con la desintegración del Imperio Romano el mapa europeo se convierte en un mosaico de poderes locales, feudos, sin límites bien definidos que impedían a los príncipes imponer su autoridad. La Iglesia Católica intentará de alguna manera a dar cierta cohesión al sistema.

---

<sup>16</sup> Ciceron, *De republica*, I, 45.

<sup>17</sup> Naranjo Mesa Vladimiro. Elementos de teoría constitucional e instituciones políticas, pp. 31.



En el gobierno de Carlomagno (S. VIII de nuestra era) en una Europa más unificada, se trata de reproducir el sistema imperial; en la primavera y el otoño de cada año se realizaban dos asambleas en la Corte: una de *jefes militares* y otra de los *grandes señores* del reino, donde se analizaban las cuestiones de Estado y luego se dictaban unas ordenanzas reales llamadas *Capitulares*, consistentes en escritos cuyos contenidos podían tratar un problema fundamental del Estado o de la Iglesia, así como aspectos cotidianos de la vida social (como la crianza de las aves de corral).

Los métodos de gobierno de las órdenes religiosas de la Iglesia Católica durante la edad media representaron una novedad para la época; en efecto, “los sistemas de elección de los superiores, en asambleas de todos los miembros de la comunidad y por medio del voto secreto, presentan un agudo contraste con los sistemas corrientes en las sociedades políticas de la época, en las cuales los gobernantes accedían al poder por la herencia”.<sup>18</sup> Paradójicamente tal actividad electoral de la Iglesia nada tenía que ver con la subsiguiente situación de obediencia y sumisión características de la jerarquía religiosa.

La palabra Constitución se usaba entonces en el contexto religioso para designar las reglas monacales o las organizaciones de tipo religioso. Se habla así de Constitución apostólica (En Colombia se conocen las constituciones que otorgó Fray Cristóbal de Torres para la fundación en 1653 del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario)<sup>19</sup>.

Las constituciones formales (escritas) mas recientes toman el ejemplo de los contratos y acuerdos medioevales, en los que el señor feudal *concedía* a sus súbditos ciertos derechos, bien por el pago de servicios o por el compromiso a ciertas prestaciones. Este precedente tuvo un gran influjo en los teóricos de las constituciones escritas, quienes, formados en las doctrinas del *pacto social*, concebían la Constitución como un verdadero *contrato político*, que debía tener la forma (escrita) característica de los contratos civiles.

La concepción de “pacto social” ya se encuentra presente en las obras de Santo Tomás, de los jesuitas Vitoria y Mariana y en la del Cardenal Belarmino, y va a tener influencia en los ideólogos liberales burgueses posteriores, sólo que en ellos tal concepto aparece mediado más por el de *estado de naturaleza* que excluye la intervención de la divinidad.

Hacia el siglo XI se produce en Europa el resurgimiento del comercio que produce a su vez el crecimiento de las ciudades –los burgos- en los que la atmósfera política es radicalmente opuesta a la de la feudalidad. Ella se resume en la palabra *libertad*, sobre todo libertad de comercio, que no es entendida entonces como un derecho “*natural*” sino como un derecho “*útil*”. “Sin libertad, es decir, sin la facultad de trasladarse de un lugar a otro, de hacer contratos, de disponer de sus bienes (derechos todos desconocidos y negados por el derecho estamentario feudal) ¿Cómo sería posible el comercio? ... Es preciso que los villanos, es decir aquellos que vienen a establecerse en las villas (la mayoría escapados de las tierras de sus amos feudales) para buscar en ellas nuevos medios de subsistencia, se sientan a salvo y que ninguno tenga que temer que lo lleven por la fuerza al “dominio” del que se ha escapado, ni que se le impongan las prestaciones personales o los derechos odiosos que agobian a la población servil, tales como la obligación de casarse exclusivamente con una mujer de la misma condición que ellos y,

---

<sup>18</sup> ECHEVERRI U. Op. cit. p. 110.

<sup>19</sup> Cfr. VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas. Ed. Legis, Bogotá, Octava Edición 1999, p. 29.

sobre todo, la de dejar al señor parte de su sucesión<sup>20</sup>. Los fueros son así verdaderas constituciones pero de alcance local.

## 1.5.6. Las constituciones liberales bajo la insignia de la libertad

### 1.5.6.1. Los aportes del sistema político de Inglaterra

El antecedente más utilizado para Occidente en lo que respecta este fenómeno del constitucionalismo es el de la llamada *Carta Magna* inglesa (15 de junio de 1215), mediante la cual los varones, eclesiásticos y laicos del reino prácticamente obligaron a don Juan sin Tierra, rey de Inglaterra a firmar un documento en el que, si quería mantener su trono, se comprometía, por escrito, a respetar ciertos derechos y seguir ciertos procedimientos en la toma de decisiones políticas. En este documento “se establecían garantías relativas a la libertad de la Iglesia y a la determinación de que los impuestos no podían ser recaudados sin el consentimiento del Consejo Común del reino. Se concedían perpetuamente todas las libertades para todos los hombres libres de Inglaterra, así como a las ciudades, distritos, aldeas y barones, el goce de sus privilegios, fueros y costumbres y la facultad de enviar diputados al Consejo Común; se prohibía el embargo de muebles de las personas para obligarlas por causa de su feudo a prestar más servicios que los debidos. Ningún vasallo podía ser condenado a pena pecuniaria sino bajo condiciones iguales, sin que se le pudiera privar de sus instrumentos de trabajo. Nadie podía ser detenido, preso ni desposeído de sus bienes y libertades sino en virtud del juicio de sus pares, comprometiéndose el monarca a no vender, rehusar ni dilatar a nadie la administración de justicia. Se declaraba la libertad de entrada y salida del reino, excepto en tiempos de guerra<sup>21</sup>. La Carta Magna, de acuerdo con los estudiosos, no hizo otra cosa que concretar formalmente en un documento las libertades pre-existentes ya reconocidas en las Cartas de Enrique I de 1100, de Esteban de 1136, de Enrique II de 1154 y en las *Constituciones de Clarendon* de 1164.

Aquí ya queda establecido uno de los elementos que van a caracterizar el concepto y la finalidad de una constitución política hasta nuestros días: un escrito en el que quedan consignadas unas limitaciones al poder público, el reconocimiento de unos derechos y la fijación de unos procedimientos para la toma de decisiones en ciertos aspectos sensibles de los asuntos públicos (tributos, guerra, p.e.). A este pacto le seguirán en la misma Inglaterra la *Petición de Derechos* de 1628, el Acta de *Hábeas Corpus*<sup>22</sup> de 1670 y la Declaración de Derechos de 1689.

El *Bill of Rights* o Declaración de Derechos de 1689 fue una ley del Parlamento inglés (los ingleses inventan el parlamento moderno) motivada por el encarcelamiento de varios ciudadanos por no pagar unos préstamos forzosos decretados por el Rey. En este documento queda constancia de que se prohíbe la suspensión de leyes sin consentimiento del Parlamento.

Cada uno de estos textos muestra una disminución del poder de los reyes y un avance de los poderes del parlamento y de los ciudadanos. Todo este proceso evidencia el influjo que tales textos han tenido en las declaraciones posteriores, pues de él han brotado

<sup>20</sup> PIRENE, Henry. *Historia Económica y Social de la Edad Media*. Fondo de Cultura Económica. Bogotá, 1977, p. 44.

<sup>21</sup> OSSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Contables*, Edit. Heliasta SRL, Buenos Aires, Argentina, 1982, p. 161.

<sup>22</sup> Expresión latina que quiere decir “que traigan su cuerpo” y que consiste en el derecho de todo ciudadano, detenido o preso, a comparecer inmediata y públicamente ante un juez o tribunal para que, oyéndolo, resuelva si su arresto fue o no legal, y si debe alzarse o mantenerse. Cfr. *Diccionario de Ciencias Jurídicas...*, p. 473.

principios de derecho constitucional que todavía se mantienen, como aquel famoso de *no taxation without representation* (no habrá impuestos sin representación que los autorice), para indicar que el voto de tributos es competencia del órgano legislativo y no del gobierno, salvo situaciones de emergencia<sup>23</sup>.

Paradójicamente hoy la Gran Bretaña carece de una Constitución escrita, pero respeta sus leyes tradicionales.

Como síntesis, el constitucionalista colombiano Echeverri Uruburu<sup>24</sup> anota que la evolución política inglesa influyó en el moderno constitucionalismo liberal burgués en:

- a) “El establecimiento de la tridivisión del poder, a través, primero, de un sistema de “monarquía constitucional” o limitada, cabeza de la función ejecutiva; un Parlamento como depositario exclusivo de la función legislativa y un órgano judicial independiente de ambos;
- b) La limitación de los gobernantes por las costumbres y usos constitucionales y por la ley, y
- c) Un sistema de derechos civiles y políticos, fruto de una larga evolución, que configuran un sistema defensivo del ciudadano frente a las posibilidades arbitrariedades del poder”.

Este esfuerzo generó nuevos equilibrios político-sociales pero no impidió el fortalecimiento de las monarquías absolutas en Europa. Con el llamado *despotismo ilustrado* se toca el límite de los abusos pero los teóricos, los pensadores, los opositores al régimen, van extendiendo la voz de alerta: Locke enseña que el *consentimiento* es clave en la convivencia social, que el *legislativo* está por encima del ejecutivo, y que ese legislativo debe ser *representativo*. Montesquieu sostiene que la *división de poderes* es clave para impedir el abuso, para impedir que uno solo sea juez y parte. Rousseau, por su parte, reestructura la teoría del Pacto social como expresión de la *voluntad general* en aras del *interés común*.

### 1.5.6.2. Los aportes de los Estados Unidos de América

Los colonos ingleses en América seguirán el ejemplo. El territorio de lo que hoy son los Estados Unidos comenzó con trece colonias que, guardando fidelidad a la corona inglesa, se gobernaban con cartas escritas que definían su estructura bajo los principios de gobierno representativo y autonomía local. Dada la evolución de los acontecimientos políticos y económicos, en un plano institucional se hizo necesario reemplazar la autoridad del rey y se produce la Declaración de independencia de las colonias, en Virginia el 4 de julio de 1776, la cual incluye principios contra el poder absolutista del monarca: “*Los hombres son por naturaleza autónomos e independientes: tienen derechos innatos que son irrenunciables e imprescriptibles. Ningún poder los puede desconocer*”<sup>25</sup>.

Precisamente una de las respuestas al desafío independentista y a la creación de una nueva nación consistió en dotarse de una Constitución escrita que fijara las reglas de la nueva organización política. Mediante la Constitución de 1777 el nuevo Estado tomó la forma de una confederación que agrupaba a las colonias rebeldes mediante una asamblea de representantes de los Estados asociados, pero sin ejecutivo común. La

<sup>23</sup> VIDAL PERDOMO, Jaime, Op. Cit., p. 272.

<sup>24</sup> Cfr. ECHEVERRY U. Op. cit., p. 116.

<sup>25</sup> VIDAL PERDOMO, Op. Cit., p. 279.

experiencia desfavorable de falta de coordinación condujo a la necesidad de una reorganización política que se plasma en la Carta de 1787 animada por Washington en la Convención de Filadelfia. Con 26 enmiendas la Constitución de 1787 rige aún la vida de los Estados Unidos y sienta el principio de superioridad de la Constitución sobre las leyes federales y las de los Estados. En 1803 en virtud de la jurisprudencia del famoso juez Marshall se instaura el control de constitucionalidad sobre las leyes, otro fenómeno fundamental del constitucionalismo.

Las instituciones políticas surgidas del proceso de independencia norteamericano y de la lucha entre las fuerzas y clases en que devino dicho proceso, contribuyeron, de acuerdo con Echeverri<sup>26</sup> a la elaboración constitucional moderna en los siguientes aspectos:

- a) Fortalecimiento del sistema del constitucionalismo escrito;
- b) La consagración de las condiciones y tramites de reformabilidad del texto constitucional;
- c) La estructura del régimen federal;
- d) El sistema de gobierno presidencialista, electivo y limitado en el tiempo, y
- e) El Control Constitucionalista por parte de la Suprema Corte de Justicia. Esta institución, característica del sistema norteamericano desde 1803 tuvo acogida en Europa solamente después de la segunda guerra mundial.

De otra parte, “la Declaración de Independencia” de Jefferson, que en alguna medida fue la expresión de la tendencia democrática, influiría mucho mas tarde en la introducción del “*bill* de derechos” en el texto constitucional de 1787. Desde entonces, todas las constituciones escritas incluyen una lista, por decirlo así, de derechos y garantías civiles y políticas reconocidas a los ciudadanos del respectivo Estado.

### 1.5.6.3. Los aportes franceses

La lucha por encontrar límites al ejercicio abusivo del poder político, y por el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades públicas se prepara para un nuevo esfuerzo. El escenario ahora es Francia. En el siglo XVIII se da un primer paso hacia la monarquía limitada, pero luego se produce la radicalización del proceso: La revolución francesa es el siguiente hito fundamental en esta batalla. Bajo el lema de *Liberté, Egalité, Fraternité* se impulsan nuevas corrientes políticas que pretenden no sólo el reconocimiento sino el respeto de la libertad y de la igualdad ante la ley.

La Revolución Francesa produce la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano el 26 de agosto de 1789. Este histórico documento está compuesto por un preámbulo y diecisiete artículos que servirán de fundamento a muchas constituciones del mundo, incluida la colombiana. En sus disposiciones se declara que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Son sus derechos naturales: la propiedad, la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión. La soberanía reside en la Nación. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena, ni puede ser privado de lo que la ley no prohíbe. Todos los hombres son iguales ante la ley.

La Declaración establecía, además, la libertad de opinión, de religión y de pensamiento; el reparto de los impuestos en proporción a las riquezas y la votación de los mismos por los diputados. La inviolabilidad de la propiedad privada; la responsabilidad de los funcionarios; el libre acceso a los empleos oficiales y garantías personales para los casos

---

<sup>26</sup> Cfr. ECHEVERRI U., Op. Cit., p 118.

de arresto y enjuiciamiento. Luis XVI no quiso promulgar esta Declaración; su actitud, vinculada con maniobras de la Corte, marcó el destino de la monarquía francesa.

El texto trascendental producido por la revolución francesa no es una Constitución política en el sentido que hoy la conocemos, pero es un antecedente fundamental pues sus contenidos van a ser de ahora en adelante incluidos en las cartas políticas y sus objetivos van a ser las banderas de lucha y una especie de catecismo para orientar la acción política de gobernantes y gobernados.

Con la evolución de los acontecimientos y este antecedente de 1789, la asamblea francesa promulga la Constitución de 1791, sancionada el 3 de septiembre y aprobada diez días después por el rey. Esta carta incluye en su primera parte el reconocimiento de los derechos fundamentales, y establece entre otras medidas, que las limitaciones a tales derechos sólo se pueden producir por ley, que ningún hombre puede ser detenido sino en los casos determinados por la ley, y que todo ser humano se presume inocente hasta que se le haya demostrado culpable. La Constitución establece que la soberanía reside en la Nación, los diputados son los representantes de la nación, establece el sufragio (que sin embargo no es todavía universal) para la elección de diputados indirecta a dos grados. El poder legislativo se atribuye a una asamblea compuesta por 700 miembros.

Si la Constitución de 1791 significó el triunfo de las teorías de Montesquieu (la Nación, como depositaria de la soberanía, la tridivisión y equilibrio de los poderes, etc., sobre la base de una no disimulada desconfianza hacia las masas), la siguiente carta, la de 1793 fue el triunfo de las ideas de Rousseau (Soberanía popular, universalidad del sufragio como expresión del carácter fragmentado de la soberanía en cada individuo y el recurso a la manifestación de la voluntad general a través del sistema de mayorías).

Como fruto de la alianza de una parte de la burguesía, la radical, con las fuerzas sociales que reivindicaban la *igualdad*, la Constitución de 1793 consagraba por primera vez algunos "derechos sociales", como el "derecho al trabajo" y a "la instrucción pública", derechos que solamente volverán a figurar en las constituciones socialistas a partir de 1917 y en la Constitución Alemana de la República de Weimar de 1919.

Con estos antecedentes se fortalece una corriente de pensadores políticos muy fuerte que se orienta por el *constitucionalismo*, un movimiento que propugna porque las limitaciones al poder y las conquistas por parte del ciudadano de sus derechos, se manifiesten por escrito en documentos básicos para el comportamiento de gobernantes y gobernados; es decir que la concreción del constitucionalismo como movimiento es la carta escrita, la Constitución política y, una vez establecida, esta es entendida como regla de derecho, como regla obligatoria, establecida por el *constituyente primario*.

El constitucionalismo como movimiento se consideraba una reacción contra el absolutismo; sus teóricos consideraban que si se dejaban escritas en las constituciones las declaraciones de principios y reconocimientos de derechos se tendría la misma seguridad de validez que en el caso de las declaraciones contractuales. Esta inspiración es evidente en algunos de los documentos constitucionales de los Estados Unidos de América.

Interesante es tener presente que en 1830 se produce en Francia una nueva Carta Constitucional, pero esta ya no es *otorgada*, sino *pactada*, pues se ha regresado a la monarquía y el rey acepta la Constitución votada por las cámaras legislativas.

Una segunda etapa del proceso institucional francés aparece caracterizada por un nuevo empuje democrático que conduce a nuevos cambios y a la convocatoria y elección de una asamblea constituyente mediante sufragio universal, y a la aprobación de una nueva constitución del 4 de noviembre de 1848. En esta Carta se establece que el poder ejecutivo se confiaba a un presidente elegido cada cuatro años y el poder legislativo a una asamblea de 750 diputados por un período de tres años. Ambos poderes emanaban del sufragio universal. La desgracia fue que los comicios consagraron como presidente a Luis Napoleón Bonaparte, quien restablecería el sistema imperial como Napoleón III.

De acuerdo con Vidal Perdomo, en este proceso “Es de destacar el establecimiento del sufragio universal y la nueva concepción de los derechos, que corresponden al deseo de acrecentar la democracia política con la democracia económica. Los derechos ya no se miran como obstáculo a la decisión estatal, sino como prerrogativas de los ciudadanos destinadas a exigir del Estado determinadas prestaciones. La noción de *igualdad* es esencial para explicar este cambio conceptual. De esta manera aparecen en la Constitución el derecho a la instrucción, a la asistencia pública, y, en cierto modo, el derecho al trabajo”<sup>27</sup>

Estas orientaciones significan la crisis de los sistemas absolutistas y el reingreso con mayor fuerza y mayor extensión de un concepto caro a la tradición política de Atenas: la democracia.

Una observación importante en relación con estas dinámicas es que “el derecho constitucional creció primero en las sociedades que iban a la delantera en la civilización, en Europa y en los Estados Unidos de América. Luego se extendió a las otras naciones “pero no todo fue obra de la influencia del pensamiento. En muchos casos medió la conquista del territorio. La condición de colonias que tuvieron muchos Estados que hoy en día son libres y soberanos impregnó sus sistemas constitucionales de elementos derivados del derecho de la metrópoli. En el Canadá, la India, Australia, algunas islas del mar Caribe integradas al *Commonwealth* británico puede advertirse, por ejemplo, la presencia de un régimen parlamentario similar al inglés, como se encuentra también en naciones africanas que estuvieron colocadas en situaciones de dominación semejantes.”<sup>28</sup>

#### **1.5.6.4. El constitucionalismo en España y la independencia de América**

Don Antonio Nariño, joven criollo de gran ilustración congregó a su alrededor a otros intelectuales de Santafé en el virreinato de la Nueva Granada, para comentar obras políticas. En 1794 tradujo del francés y distribuyó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. La Real Audiencia de Santafé lo arrestó y lo envió a España donde fue condenado a 10 años de presidio y a la pérdida de todos sus bienes. De España logró escapar a Francia, pasó luego a Inglaterra y después regresó a Santafé a continuar la lucha independentista.

La invasión de Napoleón a España y la proclamación de su hermano José como rey (5 de mayo de 1808) excluyendo a Carlos IV de Borbón y a su hijo, Fernando VII, aprovechando el conflicto en que se encontraban, aceleró el proceso político en las colonias de América. El pueblo de Madrid, por su parte, al enterarse del hecho, se lanzó a la calle y a pesar de ser sometido inicialmente por las fuerzas invasoras de Murat, no se pudo impedir que el

---

<sup>27</sup> VIDAL PERDOMO. Op. Cit., p. 290.

<sup>28</sup> VIDAL PERDOMO, Op. Cit., p. 272.

movimiento se extendiera rápidamente. Por todas partes surgieron las llamadas *juntas de defensa*, defensa de la independencia y de la legitimidad borbónica, coordinadas más tarde por la Junta central de Sevilla.

La invasión resultó funesta para Francia pues sus fuerzas debieron capitular en Bailén (19 de julio de 1808) derrotadas por las fuerzas españolas al mando del general Castaños en cuyas filas actuó brillantemente José de San Martín, premiado con medalla de oro y ascendido a teniente coronel. José I —el hermano de Bonaparte— abandonó España pero Napoleón regresó a finales de 1808 y ocupó Madrid; a principios de 1810 entró a Sevilla y la *Junta Central* se trasladó entonces a Cádiz.

En forma simultánea de marzo a septiembre de 1810, se produjeron movimientos emancipadores en América, especialmente en Venezuela, Río de la Plata, Nueva Granada, México y Chile. Las juntas de esos lugares sostuvieron inicialmente a las autoridades de la metrópoli invocando el principio de representación (que actuaban en nombre de Fernando VII), a la sazón cautivo en Francia.

El Constitucionalismo es uno de los componentes que caracterizan este proceso. En España, ya la situación de conflicto entre Carlos, el rey y su hijo Fernando había hecho nacer la idea de convocar las antiguas *cortes*. El propósito maduró en la *junta de defensa* con la invasión napoleónica. Al principio existió el deseo de mantener la división de los tres órdenes: clero, nobleza y estado llano, pero tras deliberar, el *Consejo de regencia* convocó una cámara única, formada por diputados elegidos por los territorios libres de ocupación francesa y otros, suplentes, en representación de las partes ocupadas y de las colonias en América. La asamblea se reunió a fines de septiembre de 1810 cerca de Cádiz, y desde allí se declaró que en ella residía la soberanía nacional y que se reconocía solamente a Fernando como rey de España.

El 19 de marzo de 1812 las *cortes* convocadas aprobaron una Constitución política para España considerada durante varias décadas como modelo por los liberales europeos. En ella el poder legislativo era desempeñado por un Consejo de Estado y una Cámara de Diputados, el poder judicial gozaría de plena independencia. Aseguraba, además, los derechos individuales y la libertad de imprenta. Este ordenamiento establecía que la soberanía residía esencialmente en la nación y que a ella pertenecía el derecho de establecer sus leyes; también establecía la igualdad de todos los habitantes del imperio. Con base en esta Constitución las leyes suprimieron el Consejo de Indias y el tribunal de la Santa Inquisición. En su elaboración participaron 15 diputados novohispanos, entre ellos dos ciudadanos que después serían constituyentes en 1824, en el México independiente.

Cuando Fernando VII regresó a España lo primero que hizo fue abrogar la Constitución de 1812 y restablecer el régimen absolutista. Por cuanto respecta América, esta ya había decidido otros caminos.

En Ecuador, el 10 de agosto de 1809, fue destituido el presidente de la capitanía y se lo sustituyó por una *junta de gobierno*. Luego de la reacción del virreinato de Santafé que envió tropas a restablecer el orden, los patriotas repusieron al presidente, bajo la condición de una amnistía general.

En Venezuela, los habitantes de Caracas, en abril de 1810, depusieron a las autoridades españolas y constituyeron una *junta de gobierno*, pero el 5 de julio de 1811 proclamaron su independencia absoluta de España y votaron una Constitución.

La primera manifestación del constitucionalismo argentino se encuentra en el cabildo abierto del 22 de mayo de 1810 cuando el pueblo de Buenos Aires asumió el ejercicio de la soberanía, considerando la caducidad del mandato del virrey, pero ratificando fidelidad a Fernando VII. La primera junta adopta normas de carácter constitucional y luego la siguiente junta, integrada por los diputados de las provincias, organizó en 1811 un gobierno republicano, estableciendo la separación de poderes e implantando el *habeas corpus*. El estatuto provisorio de 1817 y las constituciones de 1819 y 1826 pueden ser considerados como actos constituyentes, como lo son también los pactos interprovinciales, cuyo objetivo fue lograr la unidad nacional.

El 20 de julio de 1810 el pueblo de Santafé organizó su *Junta Suprema de Gobierno* y destituyó y deportó al Virrey. La carta de 1811 redactada por Jorge Tadeo Lozano, quien tomó como modelo la Carta de los Estados Unidos, incluye cánones republicanos y principios monárquicos (reconoce a Fernando como rey) con un perfil federativo. Casi inmediatamente surgieron dificultades por la forma de organizar el gobierno. Dos tendencias se disputaban el control: los federalistas encabezados por Camilo Torres y los centralistas por Antonio Nariño.

La Constitución Política de la Monarquía Española, o constitución de Cádiz, que rigió en España y sus colonias, tuvo vigencia en el virreinato de la Nueva España (México) durante dos breves periodos: uno, a partir de septiembre de 1812 por un año, y otro, de mayo de 1820 a febrero de 1822.

Antecedentes fundamentales para la elaboración de la primera Constitución de México fueron la carta española de Cádiz de 1812, el documento denominado "sentimientos de la Nación", del patriota José María Morelos, y el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, denominado Constitución de Apatzingán, de 1814. Este documento contiene importantes principios políticos que reflejaban la necesidad de lograr una organización propia y autónoma, destacando, entre otros puntos, que "América es libre e independiente de España y de cualquier otra nación, gobierno o monarquía", y que "la soberanía dimana esencialmente del pueblo". Establecía, además, los derechos humanos de igualdad, seguridad, propiedad y libertad, la religión católica como la única reconocida en el país, y la división de poderes. Para fines del sufragio, instituía juntas electorales de parroquia, de partido y de provincia.

Morelos logra así unificar esfuerzos de diversos grupos que desde 1810 habían emprendido la lucha por la independencia y, en un Congreso Constituyente itinerante, se logró en octubre de 1814 la expedición de este Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, mejor conocido como *Constitución de Apatzingán*. El documento que recogía algunos de los principios políticos y aspiraciones de los "Sentimientos de la Nación" no pudo estar en vigor un solo día, porque prevalecieron los intereses de los españoles, que aún dominaban al país.

Luego de lograr su independencia, se instala el primer Congreso Constituyente mexicano en febrero de 1822, que concluye con la proclamación de un emperador: Agustín de Iturbide, quien disolvió el congreso tres meses después, pero, ante la posibilidad de ser despojado del trono debido a la inestabilidad política que provocó su autoritarismo, lo reinstaló en marzo de 1823. El Congreso declaró la nulidad de su coronación.



En enero de 1824 un nuevo Congreso estableció el Acta Constitutiva de la Federación, que instituía el sistema federal. Dos meses después inició el debate que llevó la promulgación, el 3 de octubre de ese año, de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos.

La Constitución de 1824 descartó todo tipo de legislación extranjera, proclamó la autodeterminación del pueblo mexicano y dio vida, en México, al federalismo. Entre sus disposiciones se incluye que La soberanía reside esencialmente en la nación; se constituye una república representativa popular federal; división de poderes en legislativo, ejecutivo y judicial; la religión católica es reconocida como la única oficialmente autorizada; se reconoce la libertad de escribir y publicar ideas políticas sin censura previa; el Congreso está integrado por dos cámaras, la de Diputados y la de Senadores; se deposita el poder ejecutivo en una sola persona y se instituye la vicepresidencia.

En 1818 España organiza por segunda vez la reconquista de América con fuerzas al mando del comandante Riego (la primera reconquista estuvo comandada por el General Pablo Morillo), pero la influencia de los liberales españoles provocó la sublevación del ejército que reclamó el establecimiento de la Constitución de Cádiz de 1812. Fernando VII, ante el peligro para su poder, concedió momentáneamente cuanto se le pidió, pero en el Congreso de Verona (Italia) en 1822, guiado por Metternich, se decidió que las potencias europeas invadirían España para restablecer el absolutismo. Un ejército francés que se conoció con el nombre de “*Los cien mil hijos de San Luis*” invadió a España para poner fin al régimen constitucional que limitaba los poderes de la monarquía.

A la muerte de Fernando VII en 1833 le sucedió su hija Isabel de tres años de edad bajo la regencia de la reina madre María Cristina. Ante el conflicto con don Carlos, hermano del fallecido quien no le reconoció su calidad de regente, María Cristina acudió a los liberales españoles para conservar el poder y promulgó en 1834 un *Estatuto real* que creaba dos cámaras: la de los *grandes*, nombrados por la corona y con carácter vitalicio, y la de los *procuradores*, elegidos por tres años por votación indirecta. Con esa resolución también se impuso una tercera vigencia de la Constitución de 1812 que rigió hasta que las cortes constituyentes, convocadas en 1836 sancionaron la Constitución de 1837. Esta carta concedía a las *Cortes* la facultad (que no tenían) de presentar proyectos de ley, extendiendo además a un mayor número de ciudadanos el derecho al voto.

Con posterioridad fueron promulgadas en España las constituciones de 1845, 1869 y la de 1876 que tuvo vigencia hasta 1931, cuando se produce la caída de la monarquía y se proclama la república española que a su vez terminó en 1939. El tránsito hacia la democracia después de un largo periodo de dictadura franquista (1939-1975) caracteriza la Constitución española de 1978 que va a tener incidencia en la Carta colombiana de 1991. Aunque como sostiene Vidal “No es la primera vez que pueden establecerse vínculos concretos entre aspectos constitucionales de España y de Colombia. La investigación histórico política ha mostrado como la Constitución de 1931, es decir, la de la segunda república española, fue bien conocida por quienes elaboraron la reforma constitucional colombiana de 1936”<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Cfr. VIDAL PERDOMO. Op. Cit., p. 272.

Como puede observarse en estos procesos, los regímenes liberales tienden a ser equiparados a regímenes constitucionales<sup>30</sup> en cuanto el derecho constitucional ha pretendido ser un derecho para la libertad. Como se vio, en los países iberoamericanos el constitucionalismo floreció a partir de las luchas de independencia contra España en el siglo XIX. Las declaraciones de derechos de las revoluciones americana y francesa inspiraron a los próceres de la obra emancipadora. Algo similar ocurrió con el triunfo de las guerras de liberación contra las potencias colonizadoras en el continente asiático y en el africano<sup>31</sup>.

La lucha en efecto era por derechos pero no precisamente por derechos civiles sino por derechos políticos, por la participación, por la distribución del poder, por la democracia como forma adecuada de gobierno. La Constitución se convierte entonces en un instrumento más en la lucha por la *democracia*; en una oposición de las mayorías a las minorías inequitativas y oligárquicas. Es expresión de la lucha contra la tiranía en el terreno de lo político.

#### 1.5.7. Las constituciones socialistas bajo la insignia de la justicia

A la revolución de 1848 que se produjo en Francia, Italia y Alemania se le atribuyen también vínculos con la formación del pensamiento revolucionario marxista. En noviembre de 1847 el segundo congreso comunista celebrado en Londres decide publicar un manifiesto del partido que estaba encuadrándose cuando estalló en París la revolución de febrero de 1848. La incidencia de este documento va a ser fundamental en la historia de la humanidad.

A partir de 1848, al manifestarse las primeras revoluciones del proletariado industrial, se inicia un proceso de reclamo por una mayor democratización que buscaba consagración en las constituciones y que se acentúa en algunos Estados al finalizar la primera guerra mundial con la aparición de una etapa que enfatiza, a nivel constitucional, los derechos sociales.

En efecto, es entre la primera y la segunda guerras mundiales que aparecen las primeras constituciones de orientación social. Reciben el adjetivo de *sociales* debido a que la mayoría de las políticas establecidas allí, van encaminadas hacia el reconocimiento de los derechos de los menos favorecidos.

Las características del **Estado Social** vienen dadas por el reto social al que se enfrenta la organización política, provocando en algunos casos la mutación radical de los planteamientos liberales; como se observa en la interacción Estado-sociedad o en la condición de Estado distribuidor y gestor, que tiende a consolidarse frente a la posición anterior del *Estado gendarme*.

Las constituciones de este tipo incluyen una parte económica. “Keynes resume como debe ser esta intervención económica defendiendo la intervención del Estado para cumplir con los fines sociales. Defiende una teoría intermedia entre el liberalismo y el comunismo, en el sentido de que todo Estado debe intervenir, gestionar una parte de la actividad económica, y sobre todo, defiende la planificación económica por parte del Estado. Se considera que el Estado, al contrario que los individuos, no debe perseguir el beneficio económico, sino la protección del débil a través de una distribución equitativa de la

---

<sup>30</sup> Idem. p. 272.

<sup>31</sup> Ibidem, p. 273.

riqueza. El Estado debe conseguir el mayor grado de bienestar para la mayor parte de los individuos".<sup>32</sup>

#### **1.5.7.1. La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1917**

En 1910 se inicia el movimiento armado de la Revolución Mexicana, a causa de las condiciones sociales, económicas y políticas generadas por la permanencia de Porfirio Díaz en el poder por más de 30 años. Carranza, en su carácter de primer jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo, convocó en diciembre de 1916 al Congreso para presentar un proyecto de reformas a la Constitución de 1857. El documento se promulgó el 5 de febrero de 1917 en el Teatro de la República de la ciudad de Querétaro, y significó la expresión escrita de los ideales revolucionarios del pueblo mexicano. Por su contenido social ha sido definida como la primera *Constitución social* del siglo XX en el mundo.

El Congreso Constituyente contó con diputados de todos los Estados del país, con excepción de dos (Campeche y Quintana Roo). La nueva Constitución incluía una gran parte de los ordenamientos de la de 1857, especialmente lo referente a los derechos humanos, como "garantías individuales". La forma de gobierno siguió siendo republicana, representativa, democrática y federal; se refrendó la división de poderes en legislativo, ejecutivo y judicial, si bien el legislativo dejó de ser unicameral para dividirse en dos cámaras: la de Diputados y la de Senadores.

La Carta ratificó el sistema de elecciones directas y decretó la no reelección, suprimiendo la vicepresidencia y dando mayor autonomía al Poder Judicial y más soberanía a los Estados. En este marco se creó el municipio libre, y se estableció un ordenamiento agrario relativo a la propiedad de la tierra. También se reconoció la libertad de cultos, la enseñanza laica y gratuita y la jornada de trabajo máxima de 8 horas, y las libertades de expresión y de asociación de los trabajadores.

Esta Constitución ha experimentado múltiples modificaciones a fin de responder a los cambios políticos y sociales del país; entre ellas son particularmente importantes las referidas a la organización electoral, para el ejercicio del sistema democrático que la propia ley fundamental consagra.

Es significativa la reforma constitucional de 1953, en la que se otorgó derecho de voto a las mujeres, y la de 1969, en la que se concedió la ciudadanía a todos los mexicanos mayores de 18 años.

#### **1.5.7.2. El constitucionalismo social de la Alemania de Weimar (1919)**

A la terminación de la primera guerra mundial, en 1918, se registran continuas huelgas en las fábricas alemanas de armamentos. Para octubre de 1918 se registran amotinamientos de la marinería y manifestaciones callejeras de soldados armados. En noviembre de 1918, ondeaba ya en todos los navíos de guerra de la ciudad de Kiel la bandera roja. Siguiendo el modelo de la Revolución rusa empezaron a constituirse "Consejos de soldados y trabajadores". El Alto Mando del Ejército decide sofocar los amotinamientos de la marinería con tropas traídas del frente de la guerra. La división elegida para ello se negó a llevar a cabo tal misión y se disolvió. El 8 de noviembre se

---

<sup>32</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Estado\\_Social](http://es.wikipedia.org/wiki/Estado_Social)

registra la formación de "Consejos de soldados" en las guarniciones del frente occidental, que llegan a afectar al propio cuartel general.

El 9 de noviembre, el Canciller Von Baden precipita los acontecimientos dando telegráficamente la noticia de la abdicación del Kaiser y la renuncia al trono del príncipe heredero. El Partido Socialista Alemán (SPD) solicita el traspaso de poderes para evitar un posible derramamiento de sangre. Von Baden dimite en favor de Ebert. Poco después, dirigentes de la liga Espartaquista, embrión del futuro Partido Comunista Alemán, reúnen a sus seguidores ante el Palacio de Berlín y desde su balcón principal proclaman la "República Socialista de Alemania", apelando a la unión del proletariado, en un intento de continuidad con la Revolución rusa.

El nuevo canciller Ebert constituye un Consejo de Ministros, que pasa a denominarse "Consejo de los Diputados del Pueblo", formado por el propio Ebert, cinco de sus seguidores, tres socialistas del SPD mayoritario y tres socialistas independientes, del USPD. Mientras tanto, y en un intento de fuerza paralela, al igual que sucedió con los soviets en Rusia (1917), se van formando los "Consejos unificados revolucionarios de trabajadores y soldados". Tratando de evitar a toda costa la experiencia rusa, sindicatos obreros y patronales firman un pacto el día 15 de noviembre de 1918 comprometiéndose a una "paz forzada". Se trata de evitar un choque frontal o ruptura total que conduzca a un proceso revolucionario, a una guerra civil. Paradójicamente, con la institucionalización de los "Consejos revolucionarios de trabajadores y soldados", los "espartaquistas" (comunistas) van perdiendo paulatinamente el control de tales consejos, y cuando se celebra en Berlín el Congreso Nacional entre los días 16 y 21 de diciembre de 1918, los comunistas no logran más que 10 delegados de un total de 489.

Mientras tanto, continúan los intentos revolucionarios en la calle, a través de convocatorias y campañas de agitación de masas. En diciembre de 1918, se produce una represión armada en las calles de Berlín con víctimas mortales. A través del órgano de difusión de los espartaquistas, ya convertidos en Partido Comunista de Alemania (KPD), el periódico "*Die rote Fahne*" (*Bandera Roja*), se convoca a la huelga general para el día 6 de enero de 1919.

Los disturbios, que ya a finales de diciembre eran de consideración, contaron con la intervención de ex-soldados y ex-marinos, provistos de armamento, lo que provocó la alarma de las autoridades alemanas. Intervienen tropas del Ejército instalando piezas de artillería en lugares estratégicos de Berlín. El 11 de enero de 1919 se registran disparos de artillería, contra el edificio del Partido Socialista "*Worwärts*" ("Adelante"). Se ordena la detención de los cabecillas revolucionarios, entre ellos Karl Liebknecht y Rosa Luxemburg. El 15 de enero se produce el asesinato de ambos.

El 18 de enero, víspera de las elecciones generales, tiene lugar una manifestación socialista de protesta en Berlín. El 19 de enero se celebran elecciones parlamentarias. En algunas regiones alemanas, como Alsacia-Lorena, se prohíbe su celebración por los vencedores de la primera guerra mundial (en este caso, la prohibición expresa por parte de Francia). Los resultados, con la participación de un 82.7% de la población indican que los nacionalistas, católicos, y afines, suman un total de 229 escaños, frente a 185 de los socialistas.

El 6 de febrero se reúne, en su primera sesión, la Asamblea Nacional constituyente en la ciudad de Weimar, donde ha sido convocada para evitar los constantes disturbios y

manifestaciones

de

Berlín.

La pequeña ciudad de Weimar es perfectamente controlable y no se puede entrar en ella sin salvoconducto especial. Se nombra una Comisión encargada de redactar una nueva Constitución sobre la base del anteproyecto del profesor Hugo Preuss, secretario de Estado de Interior. Queda aprobada por 262 votos contra 75. Para el 11 de agosto de ese mismo año, se ratificó la Constitución.

De corte social-demócrata, la Constitución de Weimar “creó” la República del Reich, organizándola de la siguiente forma: de inicio, se dividía en órganos del gobierno central y los gobiernos locales (los *Länder*). Los órganos del gobierno central eran cinco: el parlamento, denominado el *Reichstag*, el Jefe de Estado, el Gabinete, el Consejo Federal y la Corte. Era una república democrática parlamentaria.

La cuestión social se produce tras quebrar la idea de la igualdad social, demostrando que los trabajadores vivían en una situación inferior y deprimida. Esto supuso que el derecho social se redefiniera al establecer que la justicia se realiza únicamente en el caso que se establezca un tratamiento *desigual, favorable* al trabajador. Es así, como tanto la Constitución de Weimar como la OIT, en 1919, establecen los principios del derecho social.

Es en 1919 cuando se establece la constitucionalización y la internacionalización del Derecho social. Gracias al tratado de Versalles, nace la Sociedad de Naciones, la cual da origen a la Organización Internacional del Trabajo –OIT-, además de la promulgación de la Constitución de Weimar, rechazada tanto por los de izquierda como por los de derecha: finalmente, algunos la veían como una imposición por parte de los Aliados; no era, en muchos sentidos, una creación verdaderamente alemana. En 1934 Hitler quien había triunfado en las elecciones de 1933 abolió en la práctica la Constitución de Weimar, anuló el parlamento e implantó la dictadura.

Es precisamente la Constitución de Weimar la que va a tener incidencia en las nuevas apreciaciones jurídico-políticas del derecho de propiedad al establecer en su artículo 14 [*Propiedad, derecho a la herencia y expropiación*] numeral 2º, que “Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común”. Esta disposición va a tener incidencia en la Carta Política colombiana de 1886 y sirvió de base ideológica a los intentos de reforma agraria que posteriormente se intentaron.

### **1.5.7.3. Las constituciones de la Unión Soviética**

La Unión Soviética, que como Estado ya no existe desde 1991, fue cuna del sistema socialista marxista. Confirme a la concepción marxista de la Constitución, los cambios que se iban realizando en la realidad política, económica y social de la Unión Soviética se iban reflejando en sus instituciones. En el largo periodo que se extiende desde el estallido de la Revolución de octubre de 1917, tres constituciones jalonan el terreno institucional de la vida política de la URSS. La de 1918 que corresponde al comunismo de guerra; la de 1924 para la nueva política económica (NEP) y la de 1936 que se extendió hasta la consolidación de la obra de Stalin.

En 1918 Rusia era el primer y único Estado socialista del mundo; los bolcheviques consideraron necesario el ordenamiento constitucional, pero rechazaron los modelos vigentes en otros países —principalmente liberales—, considerados inadecuados para la construcción del nuevo régimen. Veían a la democracia representativa tradicional y su

multipartidismo como un modelo burgués, opuesto a la democracia socialista que buscaban implementar.

El sistema económico, considerado la base de la sociedad, era uno de los primeros aspectos que institucionalizaba la Constitución. Se establecían la propiedad socialista de los medios de producción y las diferentes formas en que esta podía manifestarse.

La primera Constitución que gobernó la República Socialista Federativa Soviética de Rusia, describía al régimen que asumió el poder en la Revolución de Octubre de 1917; reconocía informalmente a los trabajadores como los gobernantes de Rusia de acuerdo con el principio de la dictadura del proletariado. También afirmaba que los trabajadores formaban una alianza política con los campesinos, y garantizaba asimismo la igualdad de derechos entre trabajadores y campesinos. Sin embargo denegaba el derecho a la burguesía o a quienes apoyaran al llamado ejército blanco (monárquico) a participar en las elecciones soviéticas o a tener poder político.

Como lo advirtió Maurice Duverger<sup>33</sup>, la dictadura del proletariado fue proclamada en la primera Constitución con cierta violencia: no hay lugar para los explotadores en ningún órgano del Estado. El sufragio es limitado a tres grupos de personas: 1) los que ganan su vida con un trabajo productivo y no explotan el trabajo de otros, 2) los soldados y 3) los marinos. Expresamente se niega el derecho de voto a ciertas categorías sociales (Propietarios de tierras, monjes, policías zaristas, p.e.).

El poder supremo residía en el *Congreso de los Soviets*, constituido por los representantes de los *consejos de soviets locales* del conjunto de Rusia. El comité director del *Congreso de los Soviets*, conocido como el *Comité Central Ejecutivo*, actuaba como el "órgano supremo de poder" entre las sesiones del congreso y en calidad de presidencia colectiva del Estado.

El Congreso reconocía al *Consejo de Comisarios del Pueblo (Sovnarkom)* como el brazo administrativo del joven gobierno y establecía sus responsabilidades relacionadas con la "administración general de los asuntos de Estado". El *Sovnarkom* ejerció la autoridad gubernamental desde noviembre de 1917 hasta la adopción de la Constitución de 1918.

Las constituciones de la Unión Soviética, sobre todo las de 1936 y 1977, sirvieron como modelo para prácticamente todas las demás constituciones socialistas que se redactaron desde entonces. Junto con los fundamentos principales del sistema legal socialista, su influencia puede verse en la década del 2000 en países tan distantes como Vietnam y Cuba.

La constitución establecía una serie de derechos considerados inalienables como la educación pública, la seguridad social, el derecho a un medio ambiente sano y otros derechos culturales y sociales. En contraposición al principio de propiedad privada se instauraba la propiedad personal, que amparaba a los bienes propios de cada ciudadano. Adicionalmente, se garantizaban entre otras las libertades de expresión, prensa y movilización, las cuales se aseguraban "*poniendo los edificios públicos, calles y plazas a disposición del pueblo trabajador y sus organizaciones, diseminando ampliamente la información, y con la oportunidad de usar la prensa, televisión y radio*". Los opositores al

---

<sup>33</sup> DUVERGER, Maurice. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. Paris, Presses Universitaires de France, 1977, p. 85.

sistema soviético afirman que estas libertades eran sólo nominales y no se respetaban de hecho.

La constitución soviética de 1977 da un viraje conceptual profundo; al moverse de acuerdo con el principio según el cual el partido controla al Estado pero el Estado es de todo el pueblo, lo que significó la ruptura con la tradición de la dictadura del proletariado.

Las reformas de 1988 y 1989 condujeron a la *Perestroika* y la *Glasnost* y a la desintegración de la Unión Soviética. Hoy una comunidad de Estados independientes agrupa a las anteriores repúblicas y reemplaza desde 1991 a la URSS. El nuevo modelo de constitucionalismo ruso se ha orientado hacia el acercamiento a las formulas políticas occidentales. El voto es libre y secreto, democrático y pluralista, la elección de las autoridades, las reformas hacia las libertades prensa y los partidos políticos dieron paso a la Constitución rusa de 1993.

#### **1.5.7.4. Socialismo y Constitución en China**

La Guerra del Opio de 1840 marcó un viraje en la historia china. La monarquía imperante firmó con el Gobierno de Inglaterra el "Tratado de Nanjing", con lo que China se caracterizó como una sociedad semicolonial. Al perder la *guerra contra el opio*, los vencedores, Inglaterra, Estados Unidos, Francia, Rusia, Japón y otras potencias occidentales obligaron al gobierno Qing a firmar tratados desiguales, se apoderaron por la fuerza de "cesiones" y delimitaron "esferas de influencia". Era el apogeo del imperialismo. En 1911, Sun Yat-Sen dirigió una revolución democrática burguesa que derrocó la dinastía, dando término a la monarquía.

Posteriormente y bajo el impacto de la Revolución de Octubre de Rusia, en 1919 estalló en China el movimiento del 4 de mayo que posibilitó la propagación del marxismo-leninismo. En 1921, en representación de los grupos comunistas de los diversos lugares, Mao Zedong, y otros líderes, celebraron en Shanghai el Primer Congreso Nacional que daría nacimiento al Partido Comunista de China.

En 1924 China se vio envuelta en una cruenta guerra civil que tuvo su origen en una intensa propaganda bolchevique; muchas provincias se declararon independientes del poder central. La lucha terminó en 1928 con el triunfo de los nacionalistas, que estableció la unión nacional, y cuyas consecuencias inmediatas fueron el traslado de la capital de la nación a Nanking, la promulgación de una nueva Constitución, y el nombramiento de Chiang-Kai-Shek como jefe supremo del Estado.

A mediados de septiembre de 1931 estalló el conflicto entre China y Japón. Los japoneses invadieron el territorio chino; China apeló a la Sociedad de las Naciones, luego volvió a poner reparos a la Independencia de la Manchuria; el Japón, por su parte, en 1933 anunció una nueva guerra si no se satisfacían sus aspiraciones e invadió otra provincia china.

Al terminar la segunda guerra mundial en 1945, China consiguió verse libre de los japoneses pero no de la guerra civil que prosiguió entre las fuerzas comunistas, mandadas por Mao Zedong y las nacionalistas de Chiang-Kai-Shek. Una Constitución fue promulgada el 1º de enero de 1947 y entró en vigor el 25 de diciembre del mismo año basada en los *Tres Principios del Pueblo* propuestos por el Dr. Sun Yat-Sen: *nacionalismo, democracia y bienestar social*.

El Partido Comunista de China logró, sin embargo, derribar el régimen del *Kuomintang*; Chiang-Kai-Shek se replegó en la isla de Formosa (China Nacionalista). En 1949 era

proclamada la República Popular China que sólo sería admitida en la ONU, 23 años después, en febrero de 1972.

Con posterioridad a estos acontecimientos se han elaborado en China cuatro constituciones, la de 1954, la de 1975, la de 1978 y la promulgada el 4 de diciembre de 1982 (vigente con enmiendas), dividida en cuatro capítulos: principios generales, derechos y deberes de *los ciudadanos, estructura del Estado, símbolos patrios y capital*. La Constitución establece una estructura de poder que comprende tres ámbitos fundamentales: el partido y, subordinados a éste, el ejército y el Estado. La jefatura del Estado corresponde al presidente de la República mientras que el líder del partido es su secretario general y el líder del ejército es el presidente de la Comisión Militar Central. En la actualidad, estos tres cargos están ocupados por una misma persona. Esta tendencia a nombrar a una misma persona para los tres cargos pretende evitar las luchas por el poder que la estructura tricéfala ha provocado en el pasado.

La Constitución actual china establece que “el poder del Estado pertenece en su totalidad al pueblo, a través de la Asamblea Popular Nacional y de las asambleas populares locales, las cuales se constituyen mediante elecciones. Las asambleas populares de los diversos niveles deciden las políticas y principios importantes y eligen los organismos de administración, juicio y fiscalía del Estado. La Constitución garantiza a los ciudadanos la libertad de palabra, de edición, de reunión, de asociación, de desfiles y de manifestaciones, la libertad religiosa, personal, de comunicación y los derechos a la crítica de la administración, a exigir una indemnización por parte del Estado, al trabajo, al bienestar y a la educación. Asimismo, la Constitución establece la igualdad entre el hombre y la mujer, las obligaciones del pago de impuestos y de la prestación del servicio militar”.<sup>34</sup> Los críticos consideran que estas declaraciones son letra muerta en la práctica. Recientemente la China ha introducido nuevas reformas en su organización política y en su texto constitucional que conducen a una relativa liberalización del sistema, especialmente en sus aspectos económicos.

A manera de conclusión sobre el modelo socialista podemos decir que la revolución soviética del 17 comportó un cambio sustancial en la evolución de la organización política de las sociedades humanas. “El aparato estatal iba a servir, de manera explícita, a los intereses de una clase, el proletariado, mediante la creación de las condiciones materiales requeridas para asegurar su predominio social. El instrumento creador de tales condiciones no podía ser otro que la planificación estatal. Ello suponía la reorganización del Estado como “dictadura del proletariado” a fin de lograr el objetivo de la construcción de la sociedad socialista, mediante la destrucción de la oposición, interna y externa, de las antiguas clases poseedoras y las más amplia participación de las masas en las tareas de construcción del socialismo”.<sup>35</sup>

De acuerdo con sus teorías, la instauración del socialismo, al borrar las barreras clasistas, permitiría la ampliación de la democracia al punto de hacerla innecesaria en la etapa final de este proceso, la etapa de la sociedad comunista.

Dos serían en el sentir de Echeverri las características de las constituciones socialistas que recogen estos presupuestos:

---

<sup>34</sup> <http://www.editorialalvarado.com/cgi-bin/noticias/print.pl?article=1392>

<sup>35</sup> Echeverri p. 129 y 130.



“a) La instauración de la más amplia democracia social y económica, mediante la consagración de “derechos sociales y económicos de los ciudadanos”, que tiene como correlato, la obligación por parte del Estado de asegurar la plena realización de los mismos, creando las condiciones materiales que hagan efectiva su vigencia.

Por una parte, se consagran derechos desconocidos en las constituciones burguesas, tales como el derecho a la recreación, al descanso, a la vivienda, a la salud, etc.

Por otra, la Constitución establece los mecanismos de acción estatal que garantizan su realización.

“b) La segunda característica es el señalamiento de una variedad de mecanismos de participación directa en el ejercicio del poder (toma, ejecución y fiscalización de las decisiones políticas), a fin de lograr la más vasta participación de los ciudadanos en los asuntos públicos.

Otras características de las constituciones socialistas, son:

“c) dependencia de los órganos administrativos de los órganos de poder;

“d) No existe la formal rigidez constitucional típica de los regímenes burgueses pues se entiende que la Constitución es más una guía de acción del Estado socialista al trazar los objetivos hacia los cuales debe enrutarse, lo mismo que la constatación, el inventario, por decirlo en alguna forma, de los logros de la sociedad socialista. En consecuencia no existiendo minorías que puedan verse afectadas, la reformabilidad de la Constitución es muy amplia atendiendo a las variaciones de la realidad sociopolítica;

e) Determinación del papel dirigente del partido comunista en la vida económica política de la sociedad socialista”<sup>36</sup>.

En consecuencia “el constitucionalismo como todo derecho dentro de la sociedad socialista tiene solamente un valor técnico indispensable para el mejor desarrollo de las actividades productivas, sociales, culturales y políticas de la sociedad”<sup>37</sup>

## 1.5.8. LOS NUEVOS HORIZONTES DEL CONSTITUCIONALISMO

### 1.5.8.1. A nivel interno, nacional o estatal

#### 1.5.8.1.1. Estado Social de Derecho

El concepto relativamente reciente de *Estado social del Derecho* que va adquiriendo fuerza entre las expresiones constitucionales, históricamente, fue precedido por el de *Estado de derecho* que se identifica por dos elementos: Primero, el valor de la ley que como mecanismo civilizador es el presupuesto filosófico del Estado de Derecho; en éste la ley aparece como el instrumento más adecuado para disponer una determinada forma de sociedad y de Estado. El segundo elemento es el *principio de legalidad*, lo que significa que tanto el Estado como la sociedad deben estar sometidos a la Ley, en este caso a la ley fundamental, es decir, a la Constitución Política.

Los rasgos fundamentales de la nueva orientación política institucional hacia el Estado Social de Derecho, por su parte, pueden resumirse así<sup>38</sup>:

<sup>36</sup> ECHEVERRI U. Op. Cit., p. 135.

<sup>37</sup> Idem., p.132.

<sup>38</sup> Cfr. [http://es.wikipedia.org/wiki/Estado\\_Social](http://es.wikipedia.org/wiki/Estado_Social)

- *Igualdad versus libertad.* La libertad además de ser un derecho fundamental individual, es un principio que el Derecho ha defendido especialmente. Esta libertad, sin embargo, genera desigualdad y, con el tiempo, cuanta más libertad más desigualdad. El Estado social, defiende la libertad, pero en caso de intervenir lo hará en favor de la igualdad, no de la libertad. El modelo de Estado Social es un modelo gestor que interviene para perseguir el fin de la redistribución de la riqueza. Su actuación intenta corregir desigualdades.
- *El Estado gestor.* Cuando aparece el Estado social, por un extremo se encuentra el Estado liberal y por el otro el modelo comunista. El Estado social tiende a posicionarse en el centro, de tal forma que no será propietario de todos los medios de producción sino de algunos y no opta como principio por el liberalismo, aunque sí mantiene el respeto por la libertad de los individuos de participar en actividades económicas. Con estas premisas el Estado organizará la actividad económica, planificando e incluso participando en determinados sectores.
- *Importancia de los derechos sociales.* Es decir, de aquellos que tienen que ver con la protección de los más desfavorecidos, son derechos que obligan al Estado a actuar. Entre ellos se incluyen el derecho a la educación, el derecho a una vivienda digna, el derecho a la salud y la seguridad social, etc.
- *Estado bienestar.* Por la cual el Estado debe proporcionar si no a todos, sí a una mayoría, el mayor grado de bienestar posible respecto de aquellas necesidades que el individuo no pueda proporcionarse por sí mismo. Según García de Enterría, el Estado debe encauzar adecuadamente la tarea de la asistencia vital, asegurando las bases materiales de la existencia individual y colectiva. El ciudadano debe poder obtener de los poderes públicos, todo aquello que siéndole necesario para subsistir dignamente, quede fuera de su alcance.
- *Respeto del principio democrático.* El Estado Social de Derecho respeta los principios democráticos de las democracias liberales pero los completa bajo los horizontes de un “orden justo”.

Surgen así los esfuerzos por la implantación y aclimatación de una cierta democracia económica que consiste en el reconocimiento de los derechos económicos, en la creación de la planeación y en el enfoque hacia la justicia social; nace también el reconocimiento al principio de la democracia empresarial por la que se abren vías de participación a los trabajadores en el seno de las empresas; sin embargo, muchas de estas aspiraciones consagradas en disposiciones constitucionales se quedarán más en un intento que en algo práctico, frenado aún más por las nuevas tendencias neoliberales que implican una renuncia del Estado a algunas de sus actividades.

#### **1.5.8.1.2. Los temas ambientales**

Otro de los contenidos que cada vez toma más fuerza en los textos constitucionales es el relacionado con la preocupación por el medio ambiente y su deterioro y la necesidad de lograr un desarrollo sostenible. En efecto, la acelerada destrucción a que son sometidos los recursos naturales y el convencimiento de agotabilidad de los mismos, característico de la sociedad posindustrial, aunados a la aceptación de la unidad biológica del planeta Tierra y a la fragilidad de su biosfera, litosfera e hidrosfera, llevaron a exponer la gravedad del problema ecológico y ambiental ante las conferencias de las Naciones Unidas que se han realizado, en 1972, en Estocolmo, en Río en 1992 y en Kioto en 1997, y a formular, por parte de la comunidad científica, de una serie de planteamientos pesimistas, si no se controlan los límites del crecimiento mundial. Todo ello enmarcado por el esfuerzo de

hacer compatibles las posiciones del conservacionismo extremo con las de un desarrollo sostenible.

La Conferencia de las Naciones Unidas de Estocolmo (junio de 1972) produjo una serie de recomendaciones a los gobiernos sobre el tratamiento de los recursos naturales y sobre su responsabilidad ambiental, que se tradujeron en una variedad de políticas en cada uno de los 113 países que la suscribieron y, en especial, con la expedición de cuerpos de normas concretas, técnicas y adecuadas que constituyen en su gran mayoría la legislación ambiental de casi todas las naciones<sup>39</sup>. La Constitución colombiana de 1991, teniendo en consideración la importancia de la biodiversidad en nuestro país, es una de las Cartas con mayor contenido ecológico en sus textos.

#### **1.5.8.1.3. Tendencias hacia la inclusión democrática**

Las teorías iniciales de la democracia como *derecho de las mayorías* han hecho crisis. Existe ahora una clara orientación hacia una democracia más incluyente y más participativa y orientándose hacia un reconocimiento de las situaciones inequitativas, diversas y marginales de ciertas personas que también integran nuestra sociedad y reclaman el respeto de sus derechos.

Las nuevas tendencias del constitucionalismo se orientan así hacia los temas de género, minorías étnicas, juventudes, ancianos y discapacitados. Precisamente la Carta colombiana de 1991 establece en sus principios fundantes (art. 4) que "*El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana*", de lo cual deriva otra serie de normas, incluso de carácter constitucional. El artículo 171, por ejemplo, establece que "*Habrà un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción esencial de comunidades indígenas*" y en el artículo 246, 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...*". Igualmente existen normas relacionadas con la situación de las comunidades afro-colombianas.

En materia de género, en su capítulo de derechos sociales económicos y culturales (art. 43) nuestra Constitución establece que "*La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades*". La realización efectiva de este derecho está todavía en proceso.

En este sentido merece la pena recordar y rendir tributo a la francesa Marie Gouze, conocida como *Olimpia de Gouges* y considerada una de las precursoras del feminismo. Olimpia dirigió el periódico *L'Impatient*, fundó la *Société populaire de femmes*, y en 1791 redactó, en respuesta a la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789), la *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana*, en la que reivindicaba la igualdad de derechos de las mujeres. "Gouges reclamó un trato igualitario de la mujer con respecto al hombre en todos los aspectos de la vida, públicos y privados: el derecho de voto, a ejercer cargos públicos, a hablar en público sobre asuntos políticos, a la igualdad de honores públicos, el derecho a la propiedad privada, a participar en el ejército y a la educación e, incluso, de igual poder en la familia y en la iglesia"<sup>40</sup>. Adversaria de Robespierre, fue acusada de de intrigas sediciosas y guillotínada.

"La muerte de Olimpia de Gouges, a quien le cortaron la cabeza por haber osado creer y

<sup>39</sup> PATIÑO POSSE, Miguel. Derecho ambiental colombiano. 2ª ed., Legis, 1999, pp. 23 y ss.

<sup>40</sup> <http://clio.rediris.es/udidactica/sufragismo2/biogra.htm#gouges>

exigir que los derechos que la Revolución Francesa había ganado para los hombres libres y ciudadanos fuesen aplicados también para las mujeres, que por cierto no eran ciudadanas, es un ejemplo de la consecuencia práctica de la construcción androcéntrica de los Derechos. En este sentido, es legítimo preguntarnos por qué si en teoría los Derechos Humanos son intrínsecos al "ser" humano, los derechos de las mujeres y de otros sectores de la sociedad eran entonces y son aún percibidos, tanto por los hombres como por las mujeres, como otro tipo o clase de derechos, distintos y en otra categoría que los derechos contemplados dentro del conjunto de los derechos humanos<sup>41</sup>.

#### **1.5.8.1.4. A propósito de deberes**

Finalmente, dentro de las perspectivas futuras del desarrollo constitucional hay un aspecto que seguramente va a tener desarrollos mayores. Es el relacionado con los deberes de las personas. Los orígenes del constitucionalismo clásico no fueron establecidos precisamente para establecer deberes a los ciudadanos, sino derechos y limitaciones al ejercicio del poder; sin embargo, la evolución misma de las sociedades y de su cultura han entendido que a cada derecho corresponde un deber y que la construcción social es producto de un compromiso compartido por la sociedad y sus instituciones.

Las constituciones incluyen cada vez un más amplio elenco de *derechos* que admiten además clasificaciones y sub-clasificaciones, y eso está bien, tanto su reconocimiento como su respeto; sin embargo, es curioso que en materia de *deberes* nuestra carta, por ejemplo, sólo contiene un artículo (el 95). "Una cultura sobre nuestros deberes y nuestras responsabilidades y no sólo sobre nuestros derechos, contribuiría a afianzar el ambiente de respeto y de la tolerancia, que son factores claves de una sociedad más armónica y amable, y menos agresiva"<sup>42</sup>.

La Corte Constitucional colombiana ha afrontado en varias oportunidades, a través de su jurisprudencia, el tema de cuándo son exigibles los deberes constitucionales. En efecto, sostiene la Corte: "La idea liberal de una Constitución... carece de una *teoría de los deberes* como preceptos jurídicos relevantes, salvo que su desarrollo legal consagre una sanción en caso de incumplimiento. Lo anterior en razón de que su finalidad era la limitación del poder a través de la separación de poderes y la consagración de derechos a los ciudadanos. El valor normativo de la Constitución que acompaña a la concepción del Estado Social de Derecho lleva aparejado, en cambio, la sujeción de los particulares a los preceptos constitucionales y la potestad legislativa de imponer cargas a las personas fundadas en la solidaridad, la justicia o la igualdad. Excepcionalmente, los deberes constitucionales son exigibles directamente. Ello sucede, entre otros eventos, cuando su incumplimiento por un particular, vulnera o amenaza derechos fundamentales de otra persona, lo que exige la intervención oportuna de los jueces constitucionales para impedir la consumación de un perjuicio irremediable (C.P., art. 86)"<sup>43</sup>.

El desarrollo futuro del constitucionalismo seguramente se orientará también hacia esa esfera de los deberes dentro del contexto de la responsabilidad social.

La dinámica constitucional, en relación directa con la evolución social no se detiene, y tampoco podemos hacer una apreciación absoluta de futuro a sus desarrollos; sin embargo, de acuerdo con las tendencias actuales de nuestra sociedad, nada excluye que

<sup>41</sup> <http://thales.cica.es/rd/Recursos/rd99/ed99-0257-01/olimpia.html>

<sup>42</sup> YOUNES MORENO, Diego,. Derecho Constitucional Colombiano, 4ª ed., Bogotá, Temis, 2001, p. 205.

<sup>43</sup> Corte Constitucional colombiana, Sent. T-125, mar. 14/94. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

mañana las cartas fundamentales de la organización política incluyan temas relacionados con el número de hijos permitidos, los requisitos para tenerlos, los derechos de los animales, el derecho al agua, la clonación, el voto electrónico, el voto de los extranjeros, la eugenesia o la eutanasia, entre otros.

#### **1.5.8.1.5. El bloque de constitucionalidad**

Toda esta problemática ha hecho que la formulación de los principios propios de una teoría constitucional desborde el ámbito de los Estados nacionales y sus legislaciones internas. La doctrina más conocida en el caso colombiano es la del *bloque de constitucionalidad*. En efecto, en el sistema de la Carta de 1886 los tratados internacionales ratificados eran considerados formalmente como manifestaciones ordinarias del legislador y, por tanto, ubicados debajo de la Constitución Política. Actualmente, de acuerdo con las disposiciones de nuestra actual Carta Constitucional, especialmente el artículo 93: “*Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*”.<sup>44</sup>

El *bloque de constitucionalidad* comprende no sólo los tratados internacionales debidamente ratificados a nivel externo, sino también las *Leyes estatutarias* a nivel interno. En efecto, las cartas constitucionales no reglamentan todo, sino que delinean los aspectos fundamentales y muchas veces su normativa es de carácter lacónico y a veces vago. Ello genera la necesidad de una ampliación en el tratamiento de ciertos temas fundamentales que hayan dado paso en el constitucionalismo colombiano a las llamadas “*leyes estatutarias*” que de acuerdo con la jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional, también hacen parte del *bloque de Constitucionalidad*.

En efecto, el artículo 152 de la Carta de 1991 establece que mediante *leyes estatutarias*, que tienen un trámite especial para su aprobación por el Congreso de la República, se deberán regular las siguientes materias:

- a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;
- b) Administración de justicia;
- c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, estatuto de la oposición y funciones electorales;
- d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana;
- e) Estados de excepción.
- f) La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley.

#### **1.5.8.2. Las relaciones Derecho Internacional - Derecho Constitucional**

Históricamente las acciones políticas han buscado como marco de referencia dos caminos, ambos escritos: Las declaraciones universales y regionales, y las constituciones políticas de los Estados.

---

<sup>44</sup> Constitución Política de Colombia 1991, Legis, compilador, José Vicente Barreto. Art 94.

#### **1.5.8.2.1. La Carta de la Organización de las Naciones Unidas – ONU-**

Modernamente, en junio de 1945, a la conclusión de la segunda guerra mundial, los delegados de cincuenta naciones firmaron en San Francisco, California, la *Carta Fundamental de las Naciones Unidas*; posteriormente adhirieron otras naciones. La ONU tiene como objetivo mantener la paz y la seguridad internacionales y buscar la solución pacífica a los grandes problemas que afectan al mundo.

Consta de una *Asamblea General* que se reúne periódicamente, y de un *Consejo de Seguridad* compuesto por once miembros de los cuales cinco son permanentes; además de otros organismos y agencias especializados, como la UNESCO, o la FAO, entre otras.

Entre las declaraciones universales, que sólo hasta ahora van adquiriendo el mismo valor que las declaraciones constitucionales, tenemos las declaraciones de la Organización de Naciones Unidas o la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, por ejemplo. Todo ello indica que los Estados no están solos en el mundo y que han ido perdiendo terreno en términos de soberanía absoluta. Los instrumentos internacionales del derecho inciden en la vida y el derecho nacionales; los principios y las normas sobre protección de los derechos humanos, así como las relacionadas con el castigo por su violación, son ya universales y por tanto desbordan las fronteras de un solo país.

#### **1.5.8.2.2. La Carta de la Organización de los Estados Americanos –OEA-**

En 1890, la Primera Conferencia Internacional Americana, efectuada en Washington, estableció la Unión Internacional de las Repúblicas Americanas, precursora de la OEA. En 1910, esta organización se convirtió en la Unión Panamericana. El 30 de abril de 1948, 21 naciones del hemisferio se reunieron en Bogotá<sup>45</sup>, para adoptar la *Carta de la Organización de los Estados Americanos*<sup>46</sup>.

La Carta de la OEA fue reformada en 1967, 1985, 1992 y en 1993 y de acuerdo con ella, se trata de una organización internacional de carácter regional y principal foro político para el diálogo multilateral y la toma de decisiones de carácter hemisférico. La Organización debe trabajar para fortalecer la paz y seguridad, consolidar la democracia, promover los derechos humanos, apoyar el desarrollo social y económico y promover el desarrollo sostenible en América. En su accionar busca construir relaciones más fuertes entre las naciones y los pueblos del hemisferio. Fundamentalmente establece en su articulado los derechos y deberes de los Estados miembros. En la actualidad su relevancia se ve afectada dado lo reducido de su poder decisorio.

La OEA tiene su sede en Washington y está compuesta actualmente de 35 países miembros. Cuba fue suspendida por considerarse que el comunismo era incompatible con el espíritu de esta organización americana. Según la Carta de la OEA, la instancia consultiva y política más importante es la *Asamblea General*, el órgano supremo, integrado por los Estados miembros, con derecho a un voto cada uno.<sup>47</sup>

Particular interés muestra la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una institución judicial establecida en 1979, autónoma de la OEA, que tiene su sede en San José de

---

<sup>45</sup> La OEA tuvo una inauguración turbulenta, ya que la IX Conferencia Panamericana debió ser trasladada a los campos del Gimnasio Moderno por los disturbios del 9 de Abril a causa del asesinato del líder liberal Jorge Eliecer Gaitán.

<sup>46</sup> Cfr. <http://es.wikipedia.org/wiki/OEA>

<sup>47</sup> Véase sitio web de la OEA para mayor información. Los expresidentes colombianos Alberto Lleras Camargo y César Gaviria Trujillo fueron secretarios generales de la ONU.

Costa Rica, y cuyo propósito es aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos. Forma parte del llamado *Sistema interamericano de protección de derechos humanos*.

La Corte ejerce competencia contenciosa y consultiva. La competencia contenciosa le otorga capacidad para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, por declaración o convención especiales.

Básicamente, conoce de los casos en que se alegue que uno de los Estados partes ha violado un derecho o libertad protegidos por la Convención, siendo necesario que se hayan agotados los procedimientos previstos en la misma<sup>48</sup>.

Las personas, grupos o entidades que no son Estados no tienen capacidad de presentar casos ante la Corte, pero si pueden recurrir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión puede llevar un asunto ante la Corte, siempre que el Estado cuestionado haya aceptado su competencia. De todas maneras, la Comisión debe comparecer en todos los casos ante la Corte.

### 1.5.8.3. ¿Constituciones supra-estatales?

Otro de los fenómenos interesantes en el desarrollo del constitucionalismo contemporáneo tiene que ver con los procesos de integración económica y política de los Estados. El modelo de análisis a la vanguardia de este fenómeno es el que se conoce como la *Constitución Europea*.

En efecto, Europa ha dado un paso más hacia su integración al precisar, en un texto unificado, los valores comunes de los países miembros de la Unión y las bases de esta asociación de Estados que, conservando sus identidades nacionales, manejarán de modo federal algunas de sus competencias, para coordinar estrechamente sus políticas en el ámbito interno e internacional. Entre las instituciones que incluye la Constitución de la Unión Europea se incluyen un Parlamento, Consejo Europeo, Corte de Justicia, banco central y, eventualmente, un Presidente y un Ministro de Relaciones Exteriores.

La Constitución Europea es en realidad un tratado o mejor, un proyecto de tratado que recoge otros anteriores; las innovaciones que le dan carácter de "Constitucionalidad" tienen que ver esencialmente con la "Carta de los derechos fundamentales", pues la inclusión del texto del Tratado de Niza concede a tales disposiciones un valor jurídico particular, con la posibilidad para el ciudadano de exigir su cumplimiento ante tribunales nacionales e internacionales. Si bien es cierto que el *Tratado que instituye una Constitución Europea* ha sufrido tropiezos dado que estaba sujeto referendos confirmatorios y países como Francia han votado negativamente, no impide que la gran mayoría de sus contenidos se mantenga incólume dado que son fruto de tratados anteriores y vigentes.

El texto de esta "Constitución" representa un compromiso político entre los partidarios de un "método comunitario" de democracia participativa y los de un "método

---

<sup>48</sup> Para mayor información véase sitio Web de la Corte: <http://www.corteidh.or.cr/>

intergubernamental” de democracia representativa. Así se enfoca la situación no solo como una unión de Estados, sino como una unión de ciudadanos y Estados.

“La necesidad de realizar un documento constitucional es fuertemente subrayada por aquellos que sostienen que, en ausencia de tal texto, la Unión Europea nunca alcanzará a convertirse en un sujeto plenamente legitimado sobre el plano político en el ámbito internacional. Por el contrario, se hipotiza, en caso de interrupción del proceso constituyente europeo, un retroceso de la Unión Europea hacia una mera zona de libre comercio, en consideración del hecho que la ampliación de Europa de 15 a 25 Estados miembros volvería aun mas difícil el gobierno político de una Unión así de amplia. Surge la incógnita, además, sobre cuales serán los efectos de tal ampliación sobre los equilibrios europeos derivados de la entrada masiva a la Unión Europea de un grupo de países en parte declaradamente proamericanos”<sup>49</sup>.

El verdadero significado de la Constitución Europea reside, por lo tanto, “en plantearse como documento que asocia el nacimiento de un nuevo sujeto institucional a una tabla de valores y derechos fundamentales y muestra la voluntad de Europa de apropiarse de nuevo de la dimensión jurídico-institucional, contrastando la tendencia a hacer del derecho un mero instrumento de fuerza”<sup>50</sup>.

La Constitución Europea se constituye así en el momento final del proceso evolutivo que ha caracterizado las transiciones constitucionales y la consolidación democrática conocida por el continente europeo en etapas sucesivas de la historia reciente (las democratizaciones de Italia y Alemania posteriores a la segunda guerra mundial, el regreso a la democracia de España y Portugal a mitad de los años setenta, el rechazo del modelo socialista soviético, y las transiciones constitucionales en Europa centro-oriental posteriores a 1989). Se constituye así como orden de valores y principios comunes de las dos partes de Europa divididas desde hace cincuenta años por la guerra fría y hoy finalmente reunidas, en paz, y partes integrantes de una causa común y como afirmación de la identidad de tradiciones y valores históricos y de civilización de un continente de historia milenaria.

El mayor logro de la construcción europea ha sido sin duda alguna la paz que reina entre los países miembros desde hace más de cincuenta años. En tal proceso se entendió que la prosperidad es necesaria para la paz; por eso la construcción europea supuso la coordinación de las políticas económicas, con objetivos como la lucha contra la inflación, contra el desempleo, por el desarrollo industrial, la suficiencia alimentaria o la conservación del medio ambiente, junto con la lucha por el respeto de los derechos Humanos.

#### **1.5.8.4. La Comunidad Andina de Naciones –CAN-**

La institución paralela de la Unión Europea en nuestro medio podría ser la Comunidad Andina de Naciones, pero sus realizaciones aún tienen un largo camino que recorrer.

La Comunidad Andina de Naciones (CAN), conocida antes de 1996 como el Pacto Andino o Grupo Andino, es básicamente una organización regional de carácter económico y político, creada por el Acuerdo de Cartagena el 26 de mayo de 1969, con el objetivo de fortalecer sus economías a través del libre comercio, la eliminación de aranceles y la

---

<sup>49</sup> MEZZETTI, Luca. La Constitución de la Unión Europea, Ed. Universidad Central, Biblioteca Dike, Bogotá, 2004. p. 48.

<sup>50</sup> Idem. P. 49.



unión aduanera. Tiene sede en Lima y estuvo constituida inicialmente por Bolivia, Colombia, Chile Ecuador, Perú y Venezuela. Chile se retiró temporalmente (1976-2006), Bolivia se retiró para integrar el Mercosur, y Venezuela fue miembro desde 1973 hasta el 2006, cuando su presidente anunció el retiro, argumentando que los TLCs firmados por Colombia y Perú con Estados Unidos le habían causado un daño irreparable a la normatividad y a las instituciones andinas, volviéndolas inservibles<sup>51</sup>.

Los cuatro países andinos actualmente miembros agrupan a 120 millones de habitantes en una superficie de 4.710.000 kilómetros cuadrados. Entre los principales organismos de la CAN se cuentan el Consejo Presidencial Andino (máxima reunión de los Jefes de Estado); el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (Reunión de Política Exterior de la Comunidad); la Comisión de la Comunidad Andina (Órgano normativo); la Secretaría General de la CAN (Sede en Lima), creada en agosto de 1997 como organismo ejecutivo y técnico, el Tribunal Andino de Justicia (órgano jurisdiccional) y el Parlamento Andino, además de otros órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (SAI)<sup>52</sup>.

El *Parlamento Andino* es el órgano deliberante y de control de la Comunidad Andina y representa a los 120 millones de habitantes de dicha Comunidad. Fue creado el 25 de octubre de 1979 en La Paz, a través de un Tratado Constitutivo que entró en vigencia en 1984. Tiene sede en Bogotá aunque primero funcionó en Lima. Su misión no es legislar, sino brindar consejos y dar su opinión sobre algún tema que afecte a algún miembro de la Comunidad Andina; además, es el órgano encargado de velar porque el proceso de integración represente los intereses de los ciudadanos andinos. Se compone de 5 miembros por cada país integrante; entre 1984 y 1996 sus miembros eran electos por los congresos nacionales de los países miembros, pero según el Protocolo de Trujillo, aprobado en 1996, ahora serán elegidos por un período de 5 años, en forma directa, por los respectivos países integrantes de la Comunidad Andina.

Especial interés tiene el *Pasaporte Andino*, creado por medio de la Decisión 504 de 2001. Este documento es actualmente expedido por Ecuador, Perú y lo fue en Venezuela. Se espera que Colombia lo haga.

Los países andinos que en un comienzo se asociaron sólo por razones económicas, se dieron cuenta de que la integración no debía ser únicamente comercial, por lo que crearon una serie de órganos e instituciones que trabajarán por otros aspectos, tales como política, educación, salud, trabajo, justicia, etc.

La *Universidad Andina Simón Bolívar*, por ejemplo, es una institución académica internacional autónoma, creada por el Parlamento Andino en el marco de la Comunidad Andina, dedicada a la investigación, la enseñanza universitaria y la prestación de servicios, especialmente para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos; también es un centro académico destinado a fomentar el espíritu de cooperación y coordinación entre las universidades de la subregión, con la finalidad de coadyuvar a la realización y el fortalecimiento de los principios fundamentales que presiden la integración

---

<sup>51</sup> Existe un interesante estudio sobre el tema elaborado por Germánico Salgado Peñaherrera. *El grupo andino de hoy, eslabón hacia la integración de Sudamérica*, que puede consultarse en <http://www.comunidadandina.org/bda/docs/EC-INT-0001.pdf>

<sup>52</sup> Para mayor información ver: página web de la Comunidad Andina

y el desarrollo de la comunidad subregional andina. Tiene su sede central en Sucre, (Bolivia), una sede nacional en Ecuador y oficinas en La Paz, Caracas y Cali.

### 1.5.9. REFLEXIONES FINALES

El análisis histórico-político anterior nos permite entender como el derecho en general, y el Derecho Internacional, el Derecho Constitucional y la Constitución Política, en particular, son herramientas valiosas para la sociedad y la cultura, que presentan una naturaleza de carácter dual: de una parte “como una de las formas de conciencia social, el derecho es un verdadero sistema, un sistema ideológico que refleja la realidad y que trata de orientarla, interpretándola bajo ciertos parámetros, hacia un *deber ser*. El otro aspecto del derecho es el de ser una técnica de legitimación pero también de coerción del poder público. “A este nivel, el derecho no es pura idealidad, sistema simplemente ideológico, sino que adquiere una eficacia particular en la medida en que efectivamente regula comportamientos sociales, obedeciendo a ciertos intereses (...)”<sup>53</sup>.

Como dice el constitucionalista SÁCHICA, “El constitucionalismo es el esfuerzo para racionalizar el ejercicio del poder político, sometiéndolo a la ley. Pretensión que equivale a transformar la fuerza, la coerción, en una facultad regulada por normas jurídicas. O, con más precisión: llegar a un punto en que quienes gobiernan sólo pueden actuar cuando la ley los autoriza, dado el supuesto de que también los gobernados únicamente pueden obrar dentro de la Ley”<sup>54</sup>. En este sentido, “el constitucionalismo procura el máximo logro de la cultura política al superar el maquiavelismo que justifica al poder por sus fines y hace que el poder tenga su fin en si mismo, como razón de Estado, que fue la práctica del absolutismo”<sup>55</sup>.

Desde otro punto de vista es necesario reconocer la incidencia de las luchas sociales en los contenidos constitucionales: “Esta lucha de clases repercute en las constituciones que pasan a recoger sus resultados: la revolución mexicana de 1917 incrustó en el estatuto fundamental de ese año las condiciones de esa lucha clasista; la revolución rusa del mismo año dio realidad a la revolución popular y estimuló el fervor del proletariado mundial en sus conquistas; la constitución de Weimar de 1919 anuncia una economía al servicio de la dignidad humana, prevé el margen de un seguro social y el derecho al trabajo”<sup>56</sup>.

Las constituciones contienen dos grupos de normas, normas *programáticas* o directivas, también llamadas *dogmáticas* o declarativas que expresan la ideología política que inspira la organización social en el poder, expresada en el documento constitucional y que recorre como un hilo conductor todo el conjunto normativo constitucional; entre ellas se cuenta el origen del poder, la soberanía, la organización e interrelaciones de los órganos, división del poder, régimen de libertades públicas, derechos y garantías sociales, etc.

Las constituciones también incluyen normas *organizativas* o institutivas relacionadas con la creación y determinación de órganos y funciones. “Su análisis nos permite entender cómo se encuentra organizado el poder, de manera formal, dentro de un sistema político particular. En todo caso unas y otras normas proporcionan un marco a la acción de los

---

<sup>53</sup> ECHEVERRI, op. cit., p. 138.

<sup>54</sup> SÁCHICA, op. cit., p. 9

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>56</sup> SAA VELASCO, Ernesto, Op. Cit., p. 162 y 163.

gobernantes”<sup>57</sup>. Biscaretti considera que una Constitución “es la conjunción de elementos organizativos mínimos para la existencia y funcionamiento del Estado, e idóneos para el logro de fines sociales predeterminados”<sup>58</sup>.

El papel más importante de una Constitución con respecto a las funciones del Estado, es el relativo a su carácter **instrumental**, como **legitimador** del ejercicio del poder. En efecto, dicho ejercicio es referido siempre por los depositarios del poder como lo que la Constitución manda, ordena o permite. Todo se hace como si la voluntad política determinante fuese la Constitución... y ello porque se supone que la Constitución es la expresión del “interés general”, de las “finalidades nacionales”<sup>59</sup>.

Dentro de los derechos que han sido objeto de tratamiento político y reflejados en textos constitucionales tenemos los *derechos y libertades personalísimos* (derecho a la vida y a la integridad física); *derechos personales* (Inviolabilidad de domicilio, libertad de conciencia, por ejemplo), *derechos económicos*, (tales como el derecho al trabajo, la libertad de escoger profesión u oficio, derecho a la seguridad social), *derechos cívicos o políticos*, entendidos como facultades reconocidas a los ciudadanos para elegir y ser elegidos.

En sentido *positivo* las libertades reconocidas en la Constitución consisten en el conjunto de derechos que tienen como objeto dotar al individuo de mecanismos eficaces para enfrentar la tiranía y los abusos del poder. “Tales derechos, agrupados en lo que Duverger llama “libertades-oposición” tienen su origen ideológico en el “derecho a la insurrección” o “desobediencia civil” proclamada por Locke y por el tomismo católico. Las principales libertades son la libertad de prensa, libre difusión del pensamiento, libertad de asociación, de reunión, de manifestación, entre otros”<sup>60</sup>

Gracias a la actuación de los partidos socialistas y socialdemócratas a los *derechos civiles y políticos* se ha agregado en los textos constitucionales un conjunto de derechos “*sociales y económicos*”, tales como el derecho a la educación pública y gratuita o el derecho a la seguridad social entre otros.

Ello significa que si originalmente las constituciones tuvieron una caracterización marcadamente política, en la actualidad también indican un instrumento jurídico para la organización del Estado. “Tanto regímenes de derecha, el de Pinochet en Chile en 1980, como socialistas marxistas, el de Fidel Castro en Cuba en 1976, por diferentes procedimientos, se dan constituciones políticas, y hasta una constitución de tipo teocrático se expide en Irán en 1979. Como el derecho es expresión de la cultura de un pueblo, la Constitución es una manera de aproximarse a su historia, a sus aspiraciones y a su organización social”<sup>61</sup>.

Hemos hecho en estas páginas una selección de momentos muy significativos del proceso de reconocimiento de los derechos que marcan época -la tolerancia religiosa en los siglos XVI y XVII, los derechos políticos en la Inglaterra del siglo XVII, las libertades individuales en las revoluciones americana y francesa del siglo XVIII, el despunte de exigencias sociales al Estado en la revolución de 1848, los derechos de los trabajadores

---

<sup>57</sup> ECHEVERRI U. Op. Cit., p 133.

<sup>58</sup> BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. Derecho Constitucional, Madrid, Editorial Tecnos, 1973, p. 290.

<sup>59</sup> ECHEVERRI U. Op. Cit., p. 107.

<sup>60</sup> ECHEVERRI U. Op. Cit., p, 136.

<sup>61</sup> VIDAL PERDOMO. Op. cit., p. 30.

en la revolución rusa de 1917, los derechos sociales en la República alemana de Weimar de 1919—. Cada uno de estos momentos va precedido de su contexto histórico y su contexto teórico, esto es, la historia de los acontecimientos históricos, que han hecho posible la aparición de los textos positivos reconocedores de derechos, y las obras de pensamiento que los han impulsado. Debemos pues tener claro el proceso de conquista de los derechos en el que destaca la directa conexión de historia, doctrina y texto positivo. El lector debe advertir así una conexión estrecha entre hechos históricos, pensamiento y derecho.<sup>62</sup>

Ello significa que una Constitución en su rol instrumental adquiere ciertas características o mejor, necesita de ciertos atributos que le permitan cumplir su función de memoria y de guía. Tales atributos tienen que ver a) con su supremacía en el funcionamiento jurídico-político del Estado, b) con su reconocimiento a la importancia de un poder constituyente democrático y c) con el establecimiento de mecanismos e instituciones especiales para su guarda y respeto.

a) La **supremacía constitucional** es el resultado de la evolución histórica hacia la limitación de los abusos del poder, ya que “los principios políticos establecidos formalmente en los documentos de las Cartas fundamentales proporcionan el marco de legitimidad y de legalidad a la acción de los gobernantes, los parámetros de los cuales no pueden apartarse, sin desvirtuar la naturaleza de un poder *reglado*. En esta perspectiva, la Constitución adquiere un carácter sacralizado que coadyuva a la función legitimadora del ejercicio del poder, por cuanto, en razón de una salvaguarda de los derechos del ciudadano que supuestamente cumple, la actividad de los gobernantes se remite permanentemente a ella, extrayendo, en esta forma, continua legitimidad para sus actos.”<sup>63</sup>

Esta supremacía tiene que ver con los *contenidos* dado que las normas inferiores (leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas, etc...) no pueden poseer un contenido contrario a la Constitución. De aquí depende la importancia del control constitucional que busca precisamente salvaguardar la integridad del ordenamiento jurídico. Pero hay también una superioridad *formal* en cuanto que la expedición y la reforma de las normas constitucionales exigen requisitos y procedimientos especiales, mucho más exigentes que los previstos para las normas ordinarias.

b) De otra parte, la capacidad de organizar el poder político o de modificar su organización, es lo que se entiende por **poder constituyente**. ¿Quién posee el poder constituyente? La historia ha ido mostrando la evolución de esta potestad y su tendencia hacia una mayor y mejor democratización aunque casi siempre en los espacios de la democracia representativa. “Para la concepción liberal burguesa en su tendencia “aristocratizante” (Montesquieu) tal poder reside de manera inminente en la Nación “que pretende encausar la vida colectiva mediante imperativos de carácter jurídico”... siendo ella, por tanto...la creadora de la estructura del poder en que consiste el Estado”.<sup>64</sup> Para la tendencia “democrática” (Rousseau) el poder constituyente es una emanación de la voluntad general, es decir, “del pueblo que afirma la necesidad de la organización política

---

<sup>62</sup> Para su profundización recomendamos las obras de Ramón Soriano: Compendio de Teoría General del Derecho (1986, 1993: 2ª edic. revisada y aumentada), Las libertades públicas. Significado, fundamentos y estatuto jurídico (1990), Sociología del Derecho (1997), Los derechos de las minorías (1999), Valores jurídicos y derechos fundamentales (1999), y Democracia ciudadana y ciudadanos de perfil (2002).

<sup>63</sup> ECHEVERRI U. Op. Cit., p. p. 138.

<sup>64</sup> SÁCHICA, Luis Carlos. Salvamento de voto al fallo que declaró inexecutable el acto legislativo No. 2 de 1977. CSJ. Relatoría.

de la sociedad, pero mediante un acuerdo libre y voluntario de todos sus individuos (el pacto o contrato) y cuya expresión jurídica es precisamente el acto o contrato constitucional”.

La nación o el pueblo vendrían a ser el constituyente primario, el poder creador. “Los constitucionalistas definen este poder como el ejercicio primario de la soberanía de un pueblo, tendiente a darse un ordenamiento jurídico originario o nuevo por medio de una Constitución”<sup>65</sup>.

La historia política de la humanidad ha mostrado que una revolución no sólo provoca la caída de un régimen sino una nueva constitución; también se pueden conocer casos de tránsito de una Carta a otra sin que medie directamente un acto de violencia y, finalmente, sin que el proceso implique una nueva constitución, puede producirse el caso muy frecuente de las reformas o enmiendas constitucionales. Este último proceso también es importante en materia de democracia y de representatividad.

La actividad reformadora puede ser cumplida por diversos mecanismos e instancias:

a) Por *órganos especiales* distintos a los ordinarios, tales como *convenciones* o *asambleas constituyentes* (caso de los Estados Unidos, art. 5 y de Colombia con la Constitución de 1991); o el mecanismo del *Consejo de delegatarios* (caso de la Constitución colombiana de 1886).

b) Por los *órganos ordinarios* (legislativo, *Congreso, Parlamento, Asamblea legislativa*) pero a través de procedimientos especiales; por ejemplo el requisito de reunión conjunta de las dos cámaras que conforman la Asamblea Nacional francesa; en Bélgica se requiere la disolución del Parlamento y la convocatoria a nuevas elecciones, a fin de que el nuevo parlamento proceda a efectuar la revisión; en la Unión Soviética la reforma una vez aprobada por el órgano legislativo debía ser sometida a *referendum*.

Aspecto importante es el relacionado con la *iniciativa* para la revisión o reforma que ordinariamente está atribuida a los Parlamentos, a los ciudadanos y raramente al ejecutivo, como ocurre en el caso colombiano.

**¿Para qué sirve entonces una Constitución?** ¿Sirve para *organizar* un Estado? ¿Sirve para *resguardar* derechos de los ciudadanos? ¿Sirve para *proteger* derechos que no pueden ser alterados por leyes o actos del gobierno? ¿Establece *criterios de acción* para la administración, *promueve* ideales, *presenta* objetivos?

Todas las respuestas a estas preguntas podrían ser positivas. Pero lo cierto es que una Constitución no presta un servicio efectivo, si no establecen mecanismos y procedimientos adecuados para que los ciudadanos puedan demandar el respeto de los derechos que reconoce una constitución.

Precisamente en relación con los derechos reconocidos en la Constitución y en la óptica liberal, las libertades, como limitantes del poder estatal, operan en dos sentidos: uno *negativo* (hasta dónde puede llegar la acción del Estado, y otro *positivo* (qué pueden hacer los gobernados frente a la eventual arbitrariedad del Estado).

---

<sup>65</sup> SAA VELASCO, E. Op. Cit., p. 171.

c) En relación con su guarda y con los efectos de las normas derivadas que violan sus contenidos, las constituciones generalmente tienen establecida una institución, los tribunales o Corte Constitucionales, y unos procedimientos de **control de constitucionalidad** que hacen respetar la jerarquía normativa y que serán objeto de análisis posterior en esta obra.

Pero, además, todo el ordenamiento jurídico adopta un sistema jerárquico cuya cúspide es la Constitución política que comporta una serie de acciones e instituciones que pretenden salvaguardar esos contenidos. Allí se incluyen las acciones y excepciones de inconstitucionalidad, recurso de amparo (España), el juicio de amparo (México) y las acciones de tutela, de cumplimiento y populares y de grupo (en Colombia), entre otras. Finalmente el análisis de esta evolución nos conduce a la necesidad de hacer algunas precisiones adicionales:

#### **Que NO es una Constitución:**

- a. No es un dogma (ha tenido y seguirá teniendo evolución).
- b. No es la panacea para solucionar todos nuestros problemas (una cosa es legislar y otra actuar).
- c. No es una mera declaración de Derechos. (La declaración de derechos del hombre y del ciudadano no es una Constitución).
- d. No es indispensable (no siempre existió una Constitución), pero es una herramienta fundamental de nuestra cultura política actual.

#### **Y ¿qué es entonces?**

Es una herramienta contra el poder; sobre todo contra el poder arbitrario.

Es un acuerdo social que permite continuar usando el derecho de forma sistemática como herramienta para la solución pacífica de los conflictos. Una Constitución es una herramienta para la defensa pacífica pero legítima de nuestros derechos.

Representa un proyecto de sociedad política, pero también unos logros que deben ser mantenidos, operativos y eficaces.

Es una propuesta de soluciones posibles a los problemas de la libertad, la paz, la justicia, la democracia y la participación.

Una Constitución es una meta volante, no es el final, tampoco es el comienzo. Nuestra vida política no comenzó en 1991.

Una Constitución debe ser susceptible de crítica, de mejoras. Nuestra Carta de 1991 ya ha sido reformada 20 veces, y lo seguirá siendo. Si una Constitución no resiste la crítica, entonces es un instrumento insuficiente, entonces debe cambiarse, debe adaptarse, pero esto requiere de nuestra intervención; las clases en el poder no van a querer cambios que las perjudiquen.

El derecho en general, y la Constitución política expresión mas cimera y representativa del derecho público, es también crítica, resiste a la crítica, soporta la crítica, supera la crítica, sucumbe ante la crítica, se nos ofrece como crítica (pero está abierta a las correlaciones de fuerza, a las reformas).

Sin embargo, no debemos olvidar que la batalla por una sociedad mejor, respetuosa de los derechos humanos, más incluyente, más equitativa, más participativa y más democrática, no es jurídica, no es de palabras, no es sólo de leyes, sino que es social, económica, cultural, de mentalidad, de conciencia. “Un pueblo puede tener una constitución magnífica, muy bien concebida, y sin embargo no servir para nada, porque no se cumple y en tal caso ni importa lo que diga. Pero es preciso distinguir en esta cuestión: ocurre a menudo que una constitución es ignorada en ciertos aspectos pero fielmente acatada en otros, de forma que no podemos rechazarla de plano sin un examen cuidadoso,”<sup>66</sup> tanto de sus contenidos como de su eficacia.

Si alguien se limita solamente a leer el texto constitucional creará encontrarse en un sistema relativamente bien organizado de controles y limitaciones con respecto al ejercicio del poder y el respeto de los derechos; sin embargo, el análisis del funcionamiento real del poder puede mostrar que, por el contrario, en su ejercicio, hay violaciones de diversa intensidad a este sistema escrito y especialmente interpretaciones que a veces permiten o conducen a la configuración de un sistema autoritario. En este sentido, la Constitución no puede ser el único instrumento de medición de un régimen político, entre otras razones porque “las relaciones entre las instituciones (particularmente entre el legislativo y el ejecutivo-gobierno), que definen la forma de gobierno (presidencialista, parlamentario, etc), se encuentran mediadas por el sistema de partidos políticos y grupos de presión e interés que alteran y modifican todo el sistema formal constitucional”<sup>67</sup>.

Y si frente a esta situación la intención política fuera aquella de derrumbar un régimen? Pues es válida e históricamente ha sido utilizada, pero, para crear otro, para organizar otro orden político social, otros contenidos de derecho, otra Constitución, pero siempre se podrá contar con esta herramienta, con esta carta de navegación, instrumento fundamental de la cultura política de los pueblos.

No debemos olvidar que “la previsión humana y social se basa en la convicción de que es posible modificar el curso del mundo, que el futuro se construye desde ahora. Y esta construcción sólo será sólida en la medida en que se apoye en una conciencia perspicaz de la distancia que separa *lo que existe* de *lo que debería existir* y en una clara orientación ética”<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> GARAY, Juan. La Constitución bolivariana de Venezuela, edit. Corporación AGR,SC, Caracas, 2006, p.5.

<sup>67</sup> ECHEVERRI U. Op. Cit., p 106.

<sup>68</sup> LÓPEZ CAICEDO, Mauricio; MEJÍA GUTIERREZ, Jaime. Proyecto de futuro I, ESAP publicaciones, Bogotá, 2005, p. 61.

## **1.6. LECTURAS DE APOYO ADICIONAL**

### **1.6.1. Lectura I**

Obra: DERECHO CONSTITUCIONAL GENERAL  
E INSTITUCIONES POLÍTICAS COLOMBIANAS

**Jaime Vidal Perdomo**

(Páginas 25 a 28)

#### CAPITULO I

#### **Derecho constitucional y Constitución**

En este capítulo se estudian nociones esenciales sobre el derecho constitucional y la Constitución. Aparte de la ubicación del derecho constitucional dentro del universo jurídico, se verán los valores políticos que encierra la Constitución, el principio de su superioridad, los sistemas de su establecimiento y revisión.

#### **A. OBJETO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL**

La temática del derecho constitucional, su ubicación dentro del universo jurídico y sus relaciones con otras ramas del derecho nos ayudaran a comprender cual es el objeto de esta disciplina.

#### **1. Temática del derecho constitucional**

Las sociedades políticas modernas están organizadas en forma de Estados, los Estados-naciones. El derecho publico estudia la organización y la actividad del Estado, por oposición al derecho privado, que se ocupa de las relaciones de los particulares entre si (como individuos, en las compañías o asociaciones que formen).

Al derecho constitucional, parte del derecho público, no corresponde todo lo relativo a la organización y actividad del Estado, sino tan solo los aspectos sobresalientes, los órganos políticos principales (Congreso o cuerpo legislativo), de gobierno (presidente, rey, primer ministro, etc.), de la justicia (Corte Constitucional, Consejo de Estado, etc.); es decir, los que dan las orientaciones generales y toman las decisiones mas importantes, y no los organismos que se ocupan de lo cotidiano, como es la prestación de los servicios públicos.

Se da el nombre de derecho constitucional a esta rama del derecho, por cuanto la mayor parte de las normas sobre la composición de los principales órganos del Estado, su actividad, las libertades y derechos de los ciudadanos, la organización del territorio y los mecanismos de control de los gobernantes, suelen consignarse en un texto escrito que se llama Constitución. La mayor parte, porque hay otras normas de menor jerarquía o complementarios que están en las leyes, o en las tradiciones, costumbres o practicas políticas, o simplemente son el resultado de criterios jurídicos de la interpretación constitucional hecha por los jueces.

Aunque esto ultimo siempre se presenta, varia de país a país, según que la constitución sea mas o menos extensa, que se deje mucho papel a la ley, que la Constitución sea en



parte consuetudinaria (derecho anglosajón), o que tengan mucha influencia las decisiones judiciales, el derecho escrito aparece conformado de manera diversa por la estructura de las normas.

## **2. límites con otros derechos**

La organización y actividad del Estado se presenta sin solución de continuidad; difícil es precisar en que momento se abandona el campo de las grandes opciones políticas u orientaciones generales y se entra en el terreno de la atención de las necesidades de los gobernados, o en las reglas de la organización administrativa; al descender de lo general a lo más particular se entra en el derecho administrativo.

La preocupación puede orientarse hacia el establecimiento de impuestos y el manejo de los recursos estatales a través del presupuesto, y entonces se cae en la legislación financiera o la hacienda pública.

Pero el Estado no solo actúa dentro de su propio territorio y hacia sus súbditos. Hoy en día tiene mucho significado la vida internacional. El derecho constitucional indica, entonces, que el ejecutivo o gobierno dirige las relaciones internacionales en cada país, la participación que se asigna al órgano legislativo especialmente con la aprobación de los tratados, y el control de constitucionalidad sobre los mismos.

De este modo, las actuaciones de las autoridades superiores del Estado se encuentran, según el caso, dentro del dominio del derecho constitucional, del derecho administrativo o de la hacienda pública; en otras ocasiones se colocan en el campo del derecho internacional.

## **3. Definición**

Con base en los temas señalados como objeto, los límites con otros derechos y la perspectiva de que a medida que se desciende de los principios y reglas generales se llega a otro derecho vecino, se puede definir el derecho constitucional como la rama del derecho que estudia los aspectos sobresalientes de la organización del Estado, sus autoridades y funciones, los principios fundamentales de su acción y control, con respecto a personas y grupos que habitan su territorio, y hacia el exterior, dentro de un marco jurídico de libertades y derechos a ellos reconocidos.

De manera más reducida se dicen en derecho francés que el derecho constitucional estudia las cabezas de capítulos de estructura y funcionamiento de Estado, y que el objeto de su estudio es cómo se establece, se trasmite o se ejerce la autoridad dentro del Estado.

Por la riqueza del contenido de la Constitución, sus valores políticos y la extensión del control jurídico se ha realzado la importancia del derecho constitucional.

## **B. DERECHO CONSTITUCIONAL Y CIENCIA POLITICA**

Al lado del derecho constitucional se ha venido formando otra disciplina que observa al Estado no en términos de normas que lo rigen sino en razón de los fenómenos políticos que a su alrededor se producen; ella es de carácter sociológico: la ciencia política.

Las modalidades de los partidos y movimientos políticos; los sistemas electorales y su influencia en la escogencia de los gobernantes; los grupos de presión que buscan orientar ciertas decisiones políticas o administrativas; el funcionamiento concreto de los regimenes políticos, o como se ejerce el poder, si conforme a las reglas constitucionales o separándose de ellas, por ejemplo, suelen ser temas de la ciencia o sociología política.

ARISTOTELES aparece como uno de los precursores de la ciencia política pues unió a su reflexión filosófica el examen de las conductas efectivas y de la realidad social; además, empleó un método no abstracto y deductivo sino comparativo e inductivo.

Pero al italiano NICOLAS MAQUIAVELO, con su obra *El príncipe*, se le atribuye la fundación de la ciencia política, dándole su objeto, el Estado o el poder, y su metodología; esta es descriptiva y no normativa, estudia lo que ocurre o es, no lo que debería ser conforme al derecho.

MONTESQUIEU, en su famoso libro sobre *El Espíritu de las Leyes*, continuó la tarea de observar las constantes, las relaciones, las sucesiones que se presentan en los hechos sociales analizados, y encontró las fuentes de las leyes en el régimen político, el clima, la religión, la población, la naturaleza del suelo, etc.

El progreso de la sociología impulso el avance de la ciencia política, que hallo también buen apoyo en las encuestas, en las estadísticas, en la cuantificación matemática de muchos fenómenos políticos. Sus cultivadores se han llamado politólogos, o *political scientists* en Norteamérica –donde ha tenido gran desarrollo– y en los países de habla inglesa.

Los departamentos de ciencia política que han florecido en las universidades despliegan esa enseñanza sociológica del poder y del Estado, en el cual la constitución es apenas una parte del contenido; naturalmente más como expresión política que como normatividad.

A pesar de los enfoques distintos de las dos disciplinas, el conocimiento de los datos de la ciencia política resulta indispensable para saber como operan ciertas instituciones. Quien elige presidente de la Republica, *verbi gratia*, depende mas del sistema de partidos políticos, y de los métodos electorales, que de un precepto constitucional que autoriza a ser candidato.

Las relaciones entre el gobierno y el parlamento o el congreso son mas una consecuencia del sistema de partidos políticos (dos, tres o mas, liderazgo del primer ministro o presidencial) que el esquema teórico del régimen parlamentario o presidencial (por eso no ha operado en Colombia el voto de censura, a pesar de haber sido consagrado en la Constitución de 1991).

Estos factores extrajurídicos, que empezaron a ser visualizados desde las cátedras de derecho constitucional, y que hoy se despliegan en libros y tratados de ciencia política, muestran lo que las instituciones son en la realidad y no en la letra; con las ideas políticas y la historia política de cada nación integran lo que se conoce como el *régimen político* de cada país, concepto que va mas allá del análisis constitucional. La globalidad al respecto permite el estudio de los regimenes o modelos políticos, como más adelante se verá.

**1.6.2. Lectura II**  
Obra: TEORÍA CONSTITUCIONAL GENERAL  
**Ernesto Saa Velasco**  
(Paginas 165 a 170)

**Clasificación de las Constituciones**

Tres aspectos han servido para clasificar las constituciones: atendiendo a su estructura, según el procedimiento de modificación o sustitución y teniendo en cuenta su efectividad.

Analizando sus estructuras las constituciones pueden ser predominantemente legisladas o predominante consuetudinarias, constituciones codificadas o dispersas.

Esta clasificación nació como reacción a la tradicional de constituciones escritas y no escritas, efectuada a raíz de la revolución francesa y con motivo de la polémica cuyo objeto fue la ventaja de la norma o ley escrita sobre la costumbre o ley no escrita. Pero pronto, y no obstante haber llegado a ser clásica la división anterior, pudo apreciarse la falta de exactitud en sus términos. Entonces, se propuso la clasificación transcrita según prevalezcan en sus estructuras los elementos legislados o consuetudinarios.

Conforme a este primer criterio, las constituciones pueden ser también dispersas o codificadas según que el proceso formal legislativo se concrete en normas distintas o en un documento sancionado solemnemente y que reúne en un solo cuerpo todos los preceptos constitucionales.

Agrúpanse las constituciones observando el proceso de modificación o sustitución en *rígidas* y *flexibles*. Constituciones rígidas son aquellas que exigen un trámite para su modificación y sustitución diferente al de las normas ordinarias.

La principal crítica formulada a las constituciones rígidas por la teoría tradicional es la dificultad que presentan para elevar a la categoría constitucional nuevos principios o reformar los existentes; sin embargo, el argumento pierde su fuerza primitiva porque dentro de los ordenamientos jurídicos actuales no hay constituciones absolutamente rígidas, directa o indirectamente, ofrecen oportunidades de renovación y adaptación.

Constituciones flexibles son aquellas que para su modificación y sustitución siguen un proceso común, análogo al de las normas ordinarias. En Inglaterra, por ejemplo tanto las normas constitucionales como las legales tienen idéntico proceso de creación, modificación y cambio y los poderes competentes para tales fines son también iguales.

La crítica efectuada a estas constituciones es contraria a la formulada contra las constituciones rígidas. Se ha dicho que una norma constitucional flexible abre el camino a la práctica de llevar cualquier postulado al plano constitucional sin haber pasado por un previo periodo de madurez y reformar o sustituir de manera sencilla los existentes colocando, de esta manera, los preceptos fundamentales rectores del Estado, que requieren un periodo de prueba, al ritmo de la opinión variable.

Toda esta doctrina es propuesta desde un punto de vista puramente político y jurídico, descartando el movimiento clasista histórico; insistimos en que la especulación político-jurídica independiente de las relaciones de clases se convierte en discusión sin contenido real.

Al enfocar todo el conjunto doctrinal con el método materialista dialéctico encontraremos su inutilidad; las constituciones, se llamen flexibles o rígidas, legisladas o consuetudinarias. Llegan hasta el momento en que el interés de la clase dominante lo juzgue conveniente; surgirán, entonces, la invención de los canales jurídicos, los sentidos renovados y los mecanismos requeridos para las nuevas circunstancias.

Según su efectividad las constituciones son *dogmáticas* y *orgánicas*. Las constituciones dogmáticas contienen normas abstractas y organizan instituciones generales; las orgánicas, plantean reglas positivas y modelan instituciones concretas.

Los primeros estatutos constitucionales fueron de tipo dogmático, tomaron al hombre teórico e independiente del mundo real y le adjudicaron muchos derechos rodeados de principios apriorísticos. En cambio, las constituciones orgánicas recogen al hombre en una determinada realidad, le brindan derechos concretos, vinculados a prescripciones prácticas.

Un estudioso tradicionalista hallará extraño el caso del inciso segundo del artículo séptimo de la (actual) Constitución de la Unión de Republicas Socialistas Soviéticas que enumera el goce de un hogar koljosiano sobre un terreno pequeño, contiguo a la casa y dentro de él, la propiedad particular de una hacienda auxiliar, vivienda, ganado de renta, aves de corral y aperos de labranza. Con beneplácito leerá el título de los derechos individuales de una constitución clásica.

Magistrales afirmaciones y concreciones prácticas deslindan y caracterizan ambas constituciones, la dogmática tendrá efectividad reducida por el divorcio entre los hechos y sus disposiciones; las orgánicas, más realistas y eficaces, se adaptaran mejor a las condiciones históricas.

La burguesía triunfante consignó en las constituciones iniciales y en las declaraciones de derechos, la ideas centrales de su sistema; el Estado espectador, liberal, de “dejar hacer y dejar pasar”, pudo moverse en este ámbito de hermosas proclamas. En el curso monopolista, con la necesidad del Estado garante, poderoso, intervencionista y activo, su constitución tiene que ser orgánica.

El Estado popular, con su misión histórica de trazar las bases de la sociedad socialista y dentro de la concepción de considerar a las instituciones como medios, presenta una constitución dinámica y eficaz que podríamos llamar también orgánica, utilizando el tipo de clasificación formal.

### **Consecuencias del contenido condicionante de la Constitución y de su modificación extraordinaria**

Tres consecuencias de gran interés, constitutivas a su vez de principios valiosos de la teoría constitucional burguesa, se derivan del contenido constitucional condicionante de la validez de la normatividad y de la modificación extraordinaria y son:

- 1) El principio de la supremacía de la constitución
- 2) La diferencia entre poder constituyente y poderes constituidos
- 3) La guarda de la constitución.

## **Supremacía de la Constitución**

La Constitución, por su naturaleza, presenta una doble superioridad en el orden jurídico: superioridad de contenido por cuanto que ninguna norma válida perteneciente al mismo orden puede tener un contenido contrario y, superioridad formal, porque la modificación de un precepto constitucional reclama requisitos y procedimientos diferentes al de las reglas ordinarias.

La Constitución aparece así en el más alto escalón de la jerarquía de un sistema y la superioridad con relación a las demás normas pasa a ser su característica formal. Se nos presenta, entonces, la constitución como ley suprema o ley fundamental, como la ley de leyes según la acertada expresión de Alberdi, como el centro en torno al cual gravitan, como los astros en torno al sol, todas las fuerzas parciales que componen el mundo de la democracia, según afortunada frase de Echevarría, como el fundamento obligado de todas las demás normas jurídicas, según opinión de Linares Quintana y, como la razón de validez de las disposiciones legales, acogiendo la noción de Kelsen.

Es éste el principio de la supremacía de la Constitución aceptado universalmente por el constitucionalismo burgués como un medio eficaz para la seguridad ciudadana, porque siendo los postulados constitucionales supremos, los poderes constituidos deben enmarcar su labor sin reservas en la regulación y demarcación constitucionales.

**1.6.3. Lectura III**  
Obra: DERECHO CONSTITUCIONAL GENERAL  
E INSTITUCIONES POLÍTICAS COLOMBIANAS  
**Jaime Vidal Perdomo**  
(Paginas 35 y 36)

**1.5.2. LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCION, SU APLICACIÓN INMEDIATA**

La supremacía de la constitución implica su superioridad; frente a ella, además, las otras normas deben someterse o pierden valor jurídico.

La superioridad de la constitución es tanto material como formal. Material, porque ella es el origen de la actividad del Estado y, en consecuencia, todas las demás normas jurídicas le están subordinadas; naturalmente esta superioridad compromete a los gobernantes (legislativo y gobierno) y a los otros órganos del poder, puesto que sus atribuciones emanan de ella y allí tienen sus límites. La superioridad es formal en cuanto que, conforme al criterio de las constituciones rígidas, la constitución solo puede variarse mediante mecanismos más o menos completos de revisión, y las leyes no disponen por lo general de fuerza jurídica para cambiar sus mandatos.

La superioridad de la Constitución sobre los demás actos jurídicos de un Estado la coloca en el primer plano dentro de la jerarquía de las normas. El jurista HANS Kelsen imaginaba este carácter de fuente primaria del derecho bajo la figura de una pirámide invertida en la cual la constitución se hallaba en la superficie más extensa.

Se puede pensar que todo el orden jurídico emana de allí. Las otras normas en primer término las leyes, desarrollan los principios consignados en la constitución para su aplicación a las situaciones de la vida social. Los mandatos de la constitución se van concretando. Esa concreción se sigue haciendo, a medida que se desciende en la pirámide normativa, con los decretos y demás disposiciones de carácter administrativo. De este modo, todo el sistema jurídico va teniendo su fuente en la constitución.

Si corrientemente este es el proceso, y la Constitución se va como incorporando a la ley para la regulación de las situaciones jurídicas, existe siempre una *aplicación directa* de la Constitución; esto se observa cuando es ella la que regula algún punto de manera suficiente y, sobre todo, en materia de los llamados derechos fundamentales.

El tema, que no es de ahora, ha tenido, sin embargo, discusión en los últimos tiempos. Puede atribuirse al profesor español Eduardo García de Enterría el impulso de estas tesis, que se puede enunciar con el nombre de una celebre obra suya: La Constitución como Norma Jurídica.

Esa aplicación directa, que puede corresponder a los jueces, y que evita que la constitución quede condicionada a la reglamentación legal, tiene su raíz en España, en el párrafo 1º del artículo 9º de la Constitución de 1978: los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Entre nosotros es más explícito. En efecto, el artículo 85 utiliza la aplicación directa de la constitución como mecanismo de efectividad de los derechos enumerados allí.

Dicha aplicación inmediata puede resultar también de la acción de tutela contemplada en el artículo 86; el texto, que se ha prestado para ciertos desbordamientos judiciales, menciona la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales. Todo esto se volverá a ver en el capítulo de libertades y derechos.

Esa fuerza normativa de la Constitución, que impone que se la aplique de manera directa e inmediata, se opone al valor pragmático de la misma, que la hace mirar hacia delante y que, en cierto modo, la supedita a la expedición de las leyes de desarrollo o reglamentación.

La aplicación directa de la Constitución puede resultar –conforme a la Constitución colombiana de 1991, artículo 4º- que sea declarada norma de normas. Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicaran las disposiciones constitucionales.

## 1.6. MAPA CONCEPTUAL

Apellidos y nombres del estudiante  
Código  
Grupo

Elabore un mapa conceptual de la lectura realizada de la unidad uno incorporando los siguientes elementos:

Conceptos  
Proposiciones  
Categorías  
Relaciones  
Jerarquías  
Ejemplos

## 1.7. LECTURA AUTOREGULADA

### ACTIVIDADES

Una vez realizada la lectura de la primera unidad deberá:

- ✓ Elaborar la correspondiente ficha e estudio
- ✓ Hacer un resumen de las lecturas
- ✓ Elaborar un mapa conceptual
- ✓ Determinar los problemas planteados
- ✓ Socializar las actividades de autoformación con el grupo (mediante internet si es posible).

### Ficha de estudio y trabajo

Notas sobre la lectura	Comentarios personales

## 1.8. CONSTRUCCIÓN COGNITIVA

Centro territorial \_\_\_\_\_  
Nombre del estudiante \_\_\_\_\_  
Código \_\_\_\_\_  
Grupo \_\_\_\_\_  
Temática \_\_\_\_\_  
Unidad \_\_\_\_\_

Actividades	¿Cómo lo hice?
1. Después de hacer una revisión del contenido del presente capítulo, me gustaría elaborar un ensayo sobre el siguiente problema, dificultad,	



<p>amenaza, oportunidad, potencialidad, fortaleza o aspecto de interés que afecta mi barrio, mi ciudad o mi región.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>2. Dos preguntas que intentaré responderme en este ensayo son:</li> <li>3. El título provisional de mi ensayo será:</li> <li>4. Los beneficios que se derivarían de este ensayo serían:</li> <li>5. La importancia de este ensayo (para mí o para otras personas) a largo plazo, sería:</li> <li>6. De los objetivos propuestos por la unidad el que más se aproxima a mis intereses es:</li> <li>7. En mi concepto el procedimiento más razonable para alcanzar este objetivo es:</li> <li>8. El objetivo que yo quiero lograr con el ensayo es:</li> <li>9. En mis actividades diarias, (incluidas las profesionales) los conceptos que frecuentemente utilizo de esta unidad son:</li> </ol>	
--	--

## 1.9. GLOSARIO DE TÉRMINOS

Sociedad  
 Poder  
 Política  
 Estado  
 Estado de Derecho  
 Estado Social de Derecho  
 Constitucionalismo  
 Constitución Política  
 Derecho Constitucional  
 Constituyente primario  
 Soberanía

## 1.10. Ensayo de la Unidad Uno

Nombres apellidos del estudiante \_\_\_\_\_  
 Código \_\_\_\_\_  
 Grupo \_\_\_\_\_

Elabore el ensayo recordando que un ENSAYO incluye una introducción, una hipótesis o un problema, las posibilidades de resolverlo, los argumentos a favor o en contra, y la posición personal.

Introducción  
 Cuerpo  
 Conclusiones

## 1.11. RECAPITULACIÓN

Realice una recapitulación de esta unidad y explique cuales aspectos usted desconocía, cuales fortalecieron sus argumentos, con cuales no está de acuerdo y porqué y con cuales sí.

## 1.12. LA EVALUACIÓN

Recuerde que se trata de establecer un sistema de evaluación y retroalimentación congruentes con el proceso seguido, que le permita conocer en que medida se han logrado los aprendizajes de conocimientos, habilidades y actitudes valorativas que habían sido previstos en los objetivos específicos, pero también la evaluación de los contenidos, de la estrategia pedagógica y de los tutores.

### 1.12.1. Autoevaluación

El adjetivo “auto” se utiliza para significar que procede de sí mismo y en ese sentido es el aprendiz quién otorga desde sus aprendizajes y conocimientos previos los significados y sentidos a los contenidos en su proceso de construcción de conocimiento. Con base en estas observaciones, responda a las siguientes preguntas:

1. ¿Qué es el constitucionalismo?
2. ¿Cuáles son las fuentes ideológicas del constitucionalismo?
3. ¿Qué estudia el Derecho Constitucional?
4. ¿Cómo se relacionan Constitución Política y democracia?
5. ¿Cuáles son los principales logros del constitucionalismo?
6. ¿Porqué la Constitución Política está relacionada con la participación?

### 1.12.2. Coevaluación

Haga circular **su ensayo** entre los otros integrantes del grupo de estudio y permita que ellos hagan una valoración de sus fortalezas y debilidades junto con sus dudas y críticas.

### 1.12.3. Heteroevaluación

Entregue a su tutor las tareas asignadas, solicite determinación de los puntos débiles y trate de rehacer su trabajo teniendo en consideración sus observaciones.

### 1.12.4. Evaluación del tutor y del módulo

Es conveniente además reportar al tutor las preguntas y dudas que surjan de la unidad para que así el redactor proceda a tomar las medidas del caso en las siguientes ediciones del texto.

Igualmente conviene hacer observaciones sobre el desempeño del tutor y sobre las recomendaciones de ayudas adicionales que contribuyan al logro de los objetivos de la unidad y del módulo.

## 1.13. RESULTADO DIDÁCTICO

A este punto esperamos que usted esté en capacidad de **COMPRENDER** las motivaciones que han inducido a la aparición de los textos constitucionales, a **RELACIONAR** los contenidos de las cartas con las posiciones ideológicas que los

sustentan, a CONOCER y COMPRENDER las dificultades de su aplicación, a CRITICAR su eficacia y a PROPONER nuevos horizontes para sus contenidos y para su efectividad.

## 1.14. BIBLIOGRAFÍA

### 1.14.1. Bibliografía Básica

Los estudiantes pueden consultar

- ECHEVERRI URUBURU, Álvaro. *Teoría Constitucional y Ciencia Política*. Ed. Fondo de Publicaciones Fundación Educacional Autónoma de Colombia, Bogotá D.C. 1980.
- LASSALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Ed. Universales, Bogotá D.C. 1989.
- NARANJO MESA, Vladimiro. *Elementos de Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Ed. Indagraf, Bogotá D.C. 1984.
- PALACIOS MEJIA, Hugo. *Introducción a la Teoría del Estado*. Ed. Temis, Bogotá D.C. 1965.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas*. Ed. Legis, Bogotá D.C. Octava Edición 1999.
- YOUNES MORENO, Diego. *Derecho Constitucional Colombiano*, 4ª ed., Bogotá, Temis, 2001, p. 205.

Y la consulta a las páginas de Internet mediante los buscadores de su preferencia. Nosotros utilizamos:

- ✓ <http://www.editorialalvarado.com/cgi-bin/noticias/print.pl?article=1392>
- ✓ [http://es.wikipedia.org/wiki/Estado\\_Social](http://es.wikipedia.org/wiki/Estado_Social)

### 1.14.2. Referencias bibliográficas:

Textos utilizados en la construcción de la unidad.

- ARISTOTELES, *La política*.
- BARRETO RODRIGUEZ, José Vicente. *Acción de Tutela Teoría y Práctica*. Ed. Legis, Bogotá D.C. Tercera Edición, 2001.
- BARRIOS, Luis A.; ASTOLFI, José C. *Historia moderna, contemporánea y de América*. Ed. Kapelusz Colombiana, Bogotá D.C. 1972.
- BISCARETI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho Constitucional*, Madrid, Editorial tecnos, 1973, p. 290.
- COHEN, Bruce J. *Teoría y problemas de la introducción a la sociología*. Ed. Mc. Graw – Hill, Serie de Compendios Schaum, México. 1979.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Códigos Básicos Legis, Bogotá, 2007. Compilación original a cargo de José Vicente Barreto R.
- DUVERGER, Maurice. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. Paris, Presses Universitaires de France, 1977, p. 85.
- ECHEVERRI URUBURU, Álvaro. *Teoría Constitucional y Ciencia Política*. Ed. Fondo de Publicaciones Fundación Educacional Autónoma de Colombia, Bogotá D.C. 1980.
- GARAY, Juan. *La Constitución Bolivariana*. Ed. Corporación AGR, S.C. Caracas - Venezuela. 2006.
- LASSALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Ed. Universales, Bogotá D.C. 1989
- LOPEZ CAICEDO, Mauricio José; MEJIA GUTIERREZ, Jaime. *Proyecto de Futuro I*. Ed. Escuela Superior de Administración Pública -ESAP- Bogotá D.C. 2005.
- MEZZETTI, Luca. *La Constitución de la Unión Europea, texto y comentarios*. Ed. Universidad Central – Dike, Bogotá D.C. 2004.
- NARANJO MESA, Vladimiro. *Elementos de Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Ed. Indagraf, Bogotá D.C. 1984.
- PALACIOS MEJIA, Hugo. *Introducción a la Teoría del Estado*. Ed. Temis, Bogotá D.C. 1965.

- PATIÑO POSSE, Miguel. *Derecho ambiental colombiano*. 2ª ed., Legis, 1999, pp. 23 y ss.
- PIRENE, Henry. *Historia Económica y Social de la Edad Media*. Fondo de Cultura Económica. Bogotá, 1977.
- ROJAS LASZO, Claudia. *Del Control Constitucional en Colombia*. Ed. Anif, Bogotá D.C. 1981
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social*. Ed. Panamericana, Bogotá D.C. 1996.
- SAA VELASCO, Ernesto. *Teoría Constitucional General*. Ed. Universidades Simón Bolívar, Libre de Pereira y Medellín, Bogotá D.C. 1977
- SANTA, Eduardo. *Instituciones Políticas de Colombia*. Ed. TEMIS, Bogotá D.C. 1978.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas*. Ed. Legis, Bogotá D.C. Octava Edición 1999.
- YOUNES MORENO, Diego. *Derecho Constitucional Colombiano*, 4ª ed., Bogotá, Temis, 2001, p. 205.



# **U**NIDAD II

**¿CUÁLES HAN SIDO LAS  
DINÁMICAS DEL  
CONSTITUCIONALISMO EN  
COLOMBIA?**

## UNIDAD II

### ¿Cuáles han sido las dinámicas de constitucionalismo en Colombia?

#### 2.1. NUCLEOS PROBLÉMICOS

1. ¿Cómo ha utilizado las herramientas del constitucionalismo nuestra sociedad política para darle legitimidad, estabilidad, funcionalidad y orientación a sus proyectos colectivos?
2. ¿Cuáles han sido las causas de la evolución de los contenidos de nuestras Cartas Políticas?
3. ¿Cuál es la cobertura de la Constitución para estados de normalidad y estados de excepción?
4. ¿Cuáles son los mecanismos y los procedimientos para controlar el respeto y la eficacia de la Constitución?
5. ¿Cuáles son los mecanismos y limitaciones de la actividad reformadora de la Carta Política?

#### 2.2. OBJETIVO DIDÁCTICO

Describir y analizar, a través de la evolución histórica, el cumplimiento o menos de la Constitución, sus mecanismos de control y sus reformas el servicio que ha prestado el documento CONSTITUCIÓN POLÍTICA, las circunstancias en que ha surgido y los contenidos que de se ha nutrido, junto con sus limitaciones, fracasos y perspectivas.

#### 2.3. CONTENIDOS DE LA UNIDAD

##### 1. Conceptuales

Poder Constituyente primario  
Poder Constituyente derivado  
Organización del Estado  
Partidos Políticos  
Derechos  
Deberes  
Interpretación constitucional  
Centralismo  
Federalismo  
Control constitucional  
Reforma constitucional

##### 2. Procedimentales

Reconstruir los procesos y entornos sociales en los que se han producido las distintas constituciones que ha tenido la sociedad política colombiana

##### 3. Aptitudinales/actitudinales

- ✓ Desarrollo de competencias *cognitivas fundamentales* para la apropiación de la relación histórica y dinámica organización social – Ejercicio del poder político-Constitución Política.
- ✓ Desarrollo de competencias *cognitivas para generar habilidades en el análisis de la historia de las luchas políticas, generar críticas y formular proyectos de futuro.*
- ✓ Desarrollo de competencias *cognitivas operativas* para realizar una exploración documental de opinión sobre el Estado de Derecho.
- ✓ Desarrollo de competencias socio-afectivas relacionadas con los valores que encarna una Carta y su defensabilidad.
- ✓ Desarrollo de competencias en la creación y desarrollo de equipos de trabajo para rastrear la historia, logros y fracasos del constitucionalismo en Colombia.

## **2.4. INFORMACIÓN SOBRE LA ESTRUCTURA PEDAGÓGICA Y DIDÁCTICA DE APOYO**

### **1. ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE**

El proceso de aprendizaje implica necesariamente la lectura y discusión de los contenidos de la unidad, incluidas sus lecturas anexas, además de otras actividades formativas que contribuyen a la consolidación del conocimiento de la Carta, a la ampliación de sus contenidos, al logro de su eficacia, y a las propuestas de modificación.

#### **1.1. De autoformación**

##### **a) *Elabore su propia construcción cognitiva***

Lea con atención toda la unidad y apunte o subraye las palabras que desconocía. Vuelva a leer la Unidad y enuncie los problemas que aparecen, las soluciones ofrecidas y las ideas principales en forma de esquema o mapa conceptual, que sintetice las ideas claves expuestas.

Luego de una segunda lectura, depure el mapa conceptual con una reelaboración.

##### **b) *Elabore un ensayo***

Haga su ensayo en pocas páginas, rematando siempre con una elaboración propia o análisis crítico sobre el tema *La evolución de los procedimientos para la reforma de la Constitución en Colombia.*

##### **c) *Conceptos y glosario***

-Elabore su glosario con la respectiva definición dentro del contexto que se plantea en la presente unidad.

#### **1.2. De inter-formación**

Los estudiantes conformarán grupos de trabajo, con los cuales deberán socializar las actividades de autoformación y llegar a unas conclusiones de grupo.

Mediante una construcción colectiva tome como casos de estudio, la Constitución de 1863 y la de 1991 y compare contenidos en materia de derechos. Establezca además cuales derechos son nuevos en la Carta de 1991.

Subdivídase un grupo en dos y determine un subgrupo las fuentes ideológicas del centralismo, y el otro, las de la descentralización.

#### **1.3. Presencial**

- Presentación y explicación del mapa conceptual al tutor
- Exposición de los mapas conceptuales en grupos de trabajo

- Discusión de los mapas conceptuales
- Aclaración de conceptos
- Realización de un taller con la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la ley estatutaria de los estados de excepción.

## 2. Actividades sobre la investigación formativa

Siguiendo la evolución histórica y procurando generar agrupaciones y categorías haga una investigación sobre uno de los dos tópicos siguientes:

a) Evolución de las funciones del Congreso de la República en las últimas cuatro constituciones de Colombia.

b) Composición de la Asamblea Nacional Constituyente por partidos y grupos.

No olvide plantear el problema, los casos o ejemplos, el contexto, etc., que orientarán el desarrollo de su investigación. Tampoco olvide incluir sus aspectos positivos y negativos y su propia posición personal. Puede utilizar los textos de la referencia o indagaciones en Internet, citando siempre su fuente.

## 2.5. DESARROLLO DE LA UNIDAD

### ¿Cuáles han sido las dinámicas de constitucionalismo en Colombia?

#### 2.5.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LAS CONSTITUCIONES COLOMBIANAS

Previo el análisis de la evolución histórica del constitucionalismo en Colombia es conveniente resaltar que la aparición de la institución constitucional no coincide en general con la formación del Estado; éste es anterior, es decir que por muchos siglos existió Estado sin que existiera la Constitución formal como hoy la conocemos; la organización política tenía necesariamente su estructura y características, es decir una constitución material, en el sentido genérico del término, pero como observamos en la unidad anterior, el esfuerzo del constitucionalismo se orienta a establecer unos parámetros para el poder político y en especial para el Estado, acordados generalmente por escrito, para el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos y la organización y funcionamiento del Estado dentro de un marco jurídico de competencias regladas. Es lo que se conoce como *Estado de Derecho*.

Una vez establecido y fortalecido el sistema de limitación de los poderes públicos y fijación de los derechos de los ciudadanos mediante una Constitución Política escrita, se plantea la cuestión de su validez en el tiempo; en efecto, las constituciones no pueden ser eternas y deben estar dispuestas a sufrir alteraciones parciales o incluso fundamentales que reconozcan una nueva institucionalidad y den paso a una nueva Constitución. Este proceso social se puede adelantar, y de hecho así ha sucedido, por medios pacíficos o violentos.

Los medios violentos pueden conducir a una revolución y ésta a una nueva Constitución del Estado, como aconteció, por ejemplo, en la China, en la extinta Unión Soviética o en Cuba; pero también puede darse el caso de los golpes de estado, por medio de los cuales las dictaduras dejan en suspenso o afectan una Constitución por las vías violentas. Las dictaduras son, de hecho, una alteración de las disposiciones constitucionales relacionadas con el acceso y permanencia en el poder y con el respeto de los derechos fundamentales.



Acudiendo a los mecanismos pacíficos también pueden presentarse reformas constitucionales o la presencia de una nueva carta, pero esta vez, como producto del consenso del grupo al cual está destinada. Colombia ha conocido todas estas modalidades de cambio. Las Cartas anteriores a la del 91 fueron siempre la consecuencia de hechos de violencia de uno de los dos partidos tradicionales que imponía su criterio y su visión de orden y tenía la fuerza para hacerlo cumplir; la Constitución de Rionegro, por ejemplo, es el efecto de una guerra civil, lo mismo que la Carta de 1886.

La Carta del 91, por su parte, presenta la característica de ser producto de un trabajo conjunto, que si bien ha generado críticas por la composición pluralista de sus constituyentes, no es producto de la conclusión de una guerra, sino esperanza de poder ponerle término al conflicto endémico que azota al país desde hace más de medio siglo. Esta aspiración sigue en suspenso, pero por intermedio de la Carta del 91 se han obtenido otros logros importantes.

Para efectos de analizar esta génesis y evolución de las cartas constitucionales en Colombia tomaremos en cuenta los temas alrededor de los cuales se han presentado las principales controversias y cambios, relacionados con los avances en reconocimiento de derechos y libertades, la estructura y funciones de los órganos del Estado y sus principales modificaciones o innovaciones; el tema de la participación ciudadana en la evolución democrática, relacionado con derecho a elegir y ser elegido y con problemas de género en la participación; problemas relacionados con la organización centralista o federalista y la estructuración consecuente del territorio, además de los aspectos relacionados con las cuestiones religiosas y relaciones Iglesia-Estado y los procedimientos para la reforma constitucional, entre otros.

### **2.1.1. La etapa pre-constituyente en Colombia**

Sin lugar a dudas, un antecedente importante en nuestra patria es la *Rebelión de los Comuneros* que antecede de ocho años la misma revolución francesa. En efecto, la política centralista de la época, adelantada por la corona española, provocó una reacción generalizada en las colonias de América. En el Perú, en 1780, Tupac Amaru encabezó una gigantesca rebelión de indígenas. Este movimiento influyó en la Nueva Granada donde el motivo principal de la protesta fue el aumento del impuesto de la alcabala<sup>69</sup> según decreto del regente Gutiérrez de Piñeres. La protesta se inició en Santa Fe, encabezada por Jorge Miguel Lozano de Peralta – Marques de San Jorge- Juan Bautista Morales y otros criollos<sup>70</sup> adinerados, afectados por las nuevas medidas fiscales y por haber sido marginados de los altos cargos administrativos. En el Socorro, el mismo cura párroco invitó los feligreses a levantarse contra tales medidas fiscales.

Las primeras reacciones populares efectivas se dieron en 1781 en las poblaciones de San Gil, Barichara, Charalá, Simácota y Mogotes. El 16 de marzo en el Socorro, Manuela Beltrán, una vendedora de frutas, rompió el edicto que anunciaba el aumento de los impuestos. Con el respaldo de la multitud y bajo el grito “viva el rey muera el mal gobierno” se asaltaron los estancos, se persiguió a los funcionarios públicos y se forzaron las puertas de la cárcel para liberar a los presos; un mes más tarde los socorranos nombraron una junta para dirigir el movimiento, formada por ricos hacendados y comerciantes de la región que incluían a Juan Francisco Berbeo y Salvador Plata. El interés primordial se concretó en protestar por la falta de participación de los criollos en el

<sup>69</sup> *Alcabala*: Tributo del porcentaje del precio que pagaba al fisco el vendedor en el contrato de compraventa

<sup>70</sup> *Criollo* es el hijo de español que nació en América y por tanto tenía la mancha de la tierra. La otra mancha era relacionada con el origen racial, era la mancha de la sangre como la de los judíos o los árabes.

gobierno colonial. Los indios, por su parte, proclamaron a Ambrosio Pisco como líder de las comunidades indígenas de la sabana y así integrado, el grupo de comuneros marchó hacia Santa Fe. José Antonio Galán surge como líder popular y desde Ambalema se apodera de propiedades de grandes terratenientes y reparte las cosechas entre los trabajadores; además, declaró abolida la esclavitud en la Nueva Granada.

Casi 15.000 personas marcharon hacia Santa Fe. En Zipaquirá se redactó un pliego de peticiones para el gobierno, conocido como *las capitulaciones*. Las autoridades de Santa Fe representadas por el Arzobispo Caballero y Góngora juraron cumplir el pacto pero luego en reunión secreta lo declararon nulo. En febrero de 1872 Galán y sus compañeros fueron condenados a muerte. El Cuerpo de Galán se dividió en cuatro partes para exhibirlo en distintas regiones del virreinato y atemorizar a los sublevados. “Durante la revuelta se evidenciaron todos los problemas económicos y sociales del sistema colonial y se demostró la fuerza de los grupos populares, que se unían en pos de un objeto común. Esto atemorizó a los criollos adinerados, quienes prefirieron apartarse del movimiento y pactar con las autoridades, con el fin de impedir que progresara la sublevación”<sup>71</sup>.

La evolución de los acontecimientos políticos en Europa provocaría otras dinámicas en las colonias. Primero, la independencia de las colonias de Norteamérica del yugo británico<sup>72</sup>, luego, la Revolución Francesa con su ideología del pacto social y, posteriormente, la expansión del imperio napoleónico que repercutió en las colonias españolas de Hispanoamérica, agitadas por las crisis del sistema colonial y por las ideas de la *ilustración* que defendían la libertad, la igualdad y el derecho a la autodeterminación de los pueblos.

Aconteció que mediante el tratado de Fontainebleau, las tropas de Napoleón fueron autorizadas por el rey de España (Carlos IV) para atravesar el territorio español rumbo a Portugal, para sancionarlo por haber prestado apoyo a Inglaterra. Esta autorización agravó el descontento en España y la presión obligó a Carlos IV a abdicar la corona en favor de su hijo Fernando. Napoleón que traslada hábilmente los dos contendores regios a terrenos de Francia, en Bayona, logró que el joven devolviera la corona a su padre y que éste, a su vez, la cediera a los franceses. El hermano de Napoleón, José Bonaparte, fue nombrado monarca de España.

El rechazo a los franceses y la ausencia del único rey considerado legítimo crearon en España un vacío de poder que fue solucionado mediante las *juntas de gobierno*. En septiembre de 1808 las juntas entregaron el control a la *Junta Central Suprema* que operó como un gobierno provisional. En 1810 esta junta pasó su poder a un *Consejo de regencia*, favorable a Fernando VII.

Este proceso tuvo sus efectos en América hispánica. Siguiendo el modelo de las juntas de gobierno españolas se celebraron *cabildos abiertos* en las principales ciudades de América rechazando la dominación francesa. “Los criollos, que aspiraban al poder político, aceptaron formar juntas defensoras de Fernando VII, en las que estuvieron ampliamente representados. Entre septiembre de 1808 y septiembre de 1809 se formaron juntas de

---

<sup>71</sup> MORA Carlos Alberto y PEÑA Margarita. Historia socioeconómica de Colombia, Norma, 1985. p. 104.

<sup>72</sup> La influencia de las ideas políticas norteamericanas se liga a la difusión de Jefferson y de Paine. Lino de Pombo plantea su influjo como ejemplo de *imitatio*. El pueblo que debemos imitar y cuya constitución política ha de servir de modelo es el de los Estados Unidos, escribe en su estudio sobre la constitución norteamericana, editada en 1811.

gobierno en México, Montevideo, Buenos Aires, Chuquisaca<sup>73</sup>, la Paz, Quito y Santa Fé. Estas juntas eran fieles a Fernando VII y, con excepción de las de La Paz, Chuquisaca y Quito, mantuvieron su fidelidad a la Junta Central de España<sup>74</sup>

Napoleón, por su parte, promulgó una Constitución para España<sup>75</sup> que por primera vez la unificaba, pues enunciaba que todos los españoles, los de la península y los nacidos en América eran iguales; además, había ofrecido libertad a las colonias a cambio de concesiones comerciales. La Junta Central, temerosa de que los dominios de ultramar adhirieran a estas tendencias no se opuso a la formación de juntas en América y además, invitó a las colonias a enviar representantes a España para participar en el gobierno provisional. Sin embargo, los criterios fijados significaron que la participación americana se reducía a un representante por cada una de las provincias coloniales (9 en total) mientras que cada provincia española tenía derecho a dos, para un total de 36 representantes.

La Regencia, en ausencia de Fernando VII, convoca a las Cortes Generales que inician sus labores “declarando que la Nación es la reunión de todos los españoles nacidos en ambos hemisferios y que en ella reside la soberanía”. ¿Y el rey?, tendría la responsabilidad de jurar la Constitución a su regreso al poder. Mientras tanto se fomentó en América la creación de juntas autónomas para sustituir a las autoridades que se mostraban “indecisas con respecto al buen rey José, el intruso”<sup>76</sup>.

La desigualdad en la representación agravó el descontento en las colonias. En la Nueva Granada se decidió que Camilo Torres redactara un documento de protesta para que Antonio de Narváez, representante del virreinato, lo presentara a la Junta Central. Este documento conocido como el *Memorial de Agravios* (20 de noviembre de 1809) no era independentista y además nunca se envió a España por considerarse que estaba escrito en términos muy arrogantes... Lo cierto es que el problema de la equidad en la representación quebrantó la confianza de los criollos en la Junta Central y condujo a sustituir las autoridades españolas en América por *juntas de gobierno* locales, formadas en su mayoría por criollos. Entre los primeros antecedentes de este movimiento se encuentran el Cabildo abierto de Cartagena del 22 de mayo de 1810 y, en El Socorro, el Acta revolucionaria del 11 de junio de 1810.

En la capital del virreinato, en reuniones previas, se decidió la realización de un acto de protesta pública que se efectuaría el día de mercado para contar con el apoyo de la multitud y con ocasión de la recepción preparada a Antonio Villavicencio, comisionado por la Junta Central para dialogar con los criollos neogranadinos. La revuelta del domingo 20 de julio solicitó cabildo abierto; el virrey Amar concedió cabildo extraordinario pero no abierto. La sesión culminó con la creación de una junta suprema de gobierno y la firma, a las seis de la tarde, del *Acta de la revolución* que guardaba fidelidad a Fernando VII, nombraba al mismo Virrey Amar y Borbón Presidente de la Junta Suprema y como Vicepresidente al joven criollo José Miguel Pey, alcalde ordinario de primer voto. En el acta se acordó: “*que se deposite en toda la junta suprema de gobierno de este Reino*

---

<sup>73</sup> La Audiencia y la Universidad de Chuquisaca argumentan silogísticamente que al abdicar el rey había que establecer una autoridad nueva que sustituyese al anterior representante del monarca.

<sup>74</sup> MORA Carlos Alberto y PEÑA Margarita. Historia socioeconómica de Colombia. pp. 113.

<sup>75</sup> Francisco Antonio Zea e Ignacio Sánchez de Tejada, del virreinato de la Nueva Granada fueron constituyentes de Bayona y se preveía también el nombramiento de 22 representantes de las provincias ultramarinas. Murat hizo partir para América enviados suyos con el objeto de reforzar los vínculos políticos y cargados de ejemplares de la Carta constitucional otorgada por Napoleón.

<sup>76</sup> Cfr. Credencial Historia, edición 211, julio 2007, p. 6.

*interinamente, mientras la misma junta forma la Constitución que afiance la felicidad pública, ...que protesta no abdicar los derechos imprescriptibles de la soberanía del pueblo a otra persona que a la de su augusto y desgraciado monarca don Fernando VII, siempre que venga a reinar entre nosotros<sup>77</sup>, quedando por ahora sujeto este nuevo gobierno a la superior Junta de Regencia, ínterin exista en la Península y sobre la Constitución que le de el pueblo<sup>78</sup>.*

Seis días después, el 26 de julio, se eliminó la cláusula que reconocía la autoridad de la Junta y se la sustituyó por otra que proclamaba la independencia del Consejo de Regencia. Mientras tanto, las protestas se generalizaban; en Mariquita se producía un acta de independencia el 26 de julio de 1810.

La situación significaba la presencia de tres corrientes ideológicas sobre la organización política del Virreinato: una, defensora del “legítimo” monarca, don Fernando VII, otra, denominada “afrancesada” partidaria de los Bonaparte y sus reformas, y una más, partidaria de la independencia de España<sup>79</sup>. Entre todas ellas se producirían enfrentamientos; posteriormente se produce una división entre los “legitimistas” esta vez las dos corrientes son la de los *Constitucionalistas* partidarios de la monarquía borbónica, pero bajo la Constitución de Cádiz de 1812, y la de los *absolutistas*, partidarios de regresar plenos poderes al monarca. Mientras tanto, otros levantamientos se producirían en América y otros documentos atestiguarían cambios más radicales: Mompox no quería seguir dependiendo de Cartagena, ni Cali de Popayán y, de otra parte, Santafé, Cartagena y Popayán insisten en conservar sus hegemonías. El Acta de Independencia absoluta de la ciudad de Mompox se produce el 6 de agosto de 1810 y, el 11 de noviembre de 1811, la provincia de Cartagena desconoce la autoridad de Fernando VII y también declara su independencia<sup>80</sup>.

### 2.1.2. La etapa constituyente

La Junta suprema de Santa Fe, considerándose autoridad sobre las demás, las invitó a enviar representantes a un Congreso para solucionar los problemas de las nuevas libertades y la organización del Estado y para elaborar una Constitución. Se levanta Acta de instalación del Congreso General del reino en Santa Fe, el 22 de diciembre de 1810, pero como sólo contó con 6 delegados de las 15 provincias de la Nueva Granada no se pudo expedir la Constitución. “El rechazo de 9 provincias a la invitación de la Junta de Santa Fe, y muchos conflictos posteriores, se explican por el regionalismo que servía de inspiración a las juntas. Las 15 provincias eran muy diferentes entre sí. ... La política de la corona había fomentado el aislacionismo...eliminada la autoridad de España el territorio se desintegró en *Estados*, cada uno de los cuales tuvo su posición frente a la independencia. Santa Martha y Popayán eran realistas; Cartagena, Antioquia, Santa Fe y Tunja, partidarias de la independencia absoluta. Cada uno de estos *estados* se sentía con derecho a promulgar su propia Constitución y leyes, sin someterse al gobierno de Santa Fe. Este regionalismo característico del país durante el siglo XIX hizo surgir el partido federalista, cuyos seguidores defendían la autonomía de las provincias frente al poder central<sup>81</sup>.”

<sup>77</sup> Los reyes de Portugal, efectivamente y ante el acoso de Napoleón y sus tropas se, trasladaron al Brasil.

<sup>78</sup> Cr. Credencial Historia, edición 211, julio 2007, p. 15.

<sup>79</sup> Nariño en la Nueva Granada y Miranda en Venezuela son los primeros en afirmar la idea de la independencia completa. Nariño rechazó la sugerencia de Pitt para que el país fuera anexionado al Imperio británico.

<sup>80</sup> Por la parte independentista una gran influencia corresponde a las Sociedades Patrióticas. La fundada por Bolívar y Miranda tuvo parte decisiva en el Congreso de Caracas que proclamó la independencia en 1811.

<sup>81</sup> MORA ed altri, op cit., p. 116.

### 2.1.2.1. Constitución de Cundinamarca de 1811 y otras cartas constitucionales de la época

La mentalidad federalista se impuso y la junta suprema de Santa Fe, incapaz de llegar a un acuerdo con las otras juntas, mediante acta, el 25 de enero de 181, convocó a un Colegio Constituyente. La Constitución de Cundinamarca del 4 de abril de 1811, redactada por Jorge Tadeo Lozano, proclama el Estado de Cundinamarca como monarquía constitucional fiel a Fernando VII, con perfil federativo y ejecutivo plural. Su primer Presidente Jorge Tadeo Lozano fue reemplazado luego por Antonio Nariño, bajo cuyo gobierno se procedió a la anexión de territorios de otras provincias vecinas.

Y ¿cuáles son los contenidos la Carta Constitucional de Cundinamarca de 1811? Como características generales podemos resaltar que incluye la aceptación de la monarquía; invoca a Dios como origen del poder y proclama los principios de igualdad entre las colonias y la metrópoli; es decir que, en materia de derechos, pone de presente la aspiración por parte de los criollos de hacer parte del gobierno colonial.

Entre tanto se convocó un Congreso de representantes de toda la Nueva Granada para noviembre de ese año; su resultado fue la *Confederación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada*, ratificada por representantes de Neiva, Tunja, Cartagena y Pamplona, mediante el Acta de Federación del 27 de noviembre de 1811. Cundinamarca y Chocó se abstuvieron de firmar; Tunja se declaró luego república independiente y promulgó su propia Constitución el 21 de diciembre de 1811; Antioquia, Cartagena y Cundinamarca sancionaron sendas constituciones en 1812; un bando de don Antonio Nariño de 16 de julio de 1813 declaró la independencia absoluta; además, el 4 de agosto de 1813 se produce la Constitución del Estado de Mariquita y el 31 de agosto de 1815 la del Estado libre de Neiva.

Con su retorno al trono de España en 1814, Fernando VII empezó su política de recuperación de los territorios de ultramar, pero por las vías violentas. Este periodo se conoce como la Reconquista de América, con un “pacificador” especial: Pablo Morillo. Las fuerzas militares realistas llegan a Santa Fe e inician un baño de sangre. La república se derrumba. “La precipitada caída de la primera república se explica por la ineptitud del gobierno republicano para mantener la unidad y para integrar las grandes masas de población al movimiento independentista. Se había producido el descontento de la mayoría de los granadinos y, por esta razón, las tropas de Morillo fueron recibidas con manifestaciones de júbilo en muchas regiones del territorio... De la praxis surgió una nueva visión para el logro de la independencia: era necesario que el pueblo se identificara con la causa independentista y asumiera la guerra como una lucha propia”<sup>82</sup>. Para completar la crisis, en mayo de 1815 Nariño fue derrotado y hecho prisionero en el sur.

A comienzos de 1815, Simón Bolívar dirigió una campaña relativamente exitosa en el norte, en la zona del Magdalena medio, pero las divisiones entre los patriotas le impidieron consolidar el triunfo. El 8 de mayo de 1815 abandona la Nueva Granada rumbo a Jamaica, en busca de apoyo internacional para las campañas libertadoras. En su *Carta de Jamaica* (1815) analizó los principales problemas que afrontaban las provincias americanas y propuso la organización de las nuevas repúblicas, una vez conseguida la independencia. Bolívar regresa a Venezuela en 1816 con el apoyo de Alejandro Petion, Presidente de la naciente República de Haití, quien condicionó la ayuda de ese Estado a

---

<sup>82</sup> Mora, op. cit. p. 116.

la promesa de Bolívar de liberar a todos los esclavos en los territorios que lograran su independencia (Bolívar cumplió, no así el resto de patriotas, lo cual solo se lograría en 1850, 34 años después).

En medio de los enfrentamientos entre las fuerzas realistas y las independentistas, el gobernador de Cartagena de Indias y sus oficiales, de igual tendencia, “juran en esa plaza el respeto a la Constitución de Cádiz, contra la oposición del virrey, el absolutista Sámano”<sup>83</sup>. Las consecuencias de esta división entre realistas benefician a la postre a los independentistas. Sámano abandona la Nueva Granada y se consolida la independencia.

En el afán regional de organizarse, se producen en este periodo un total de veinte textos constitucionales, repartidos así: Antioquia: 1811, 1812, 1815; Cartagena: 1812, 1814; Cundinamarca: 1811, 1812, 1815; Socorro: 1810; Mariquita: 1815; Mompo: 1812; Neiva: 1812, 1815 y la de Timaná en Garzón de 1810; Pamplona: 1815, Popayán: 1814; Provincias Unidas: 1811, 1814, 1815 y Tunja: 1811.<sup>84</sup>

<b>Constitución de 1811 - Contenidos</b>	
<b>Principios y derechos</b>	<b>Estructura y organización</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Monarquía constitucional fiel a Fernando VII.</li> <li>- Invoca a Dios como origen del poder.</li> <li>- Proclama los principios de igualdad entre las colonias y la metrópoli.</li> <li>- En materia de derechos pone de presente la aspiración por parte de los criollos de hacer parte del gobierno colonial.</li> </ul>	<p><b>Ramas del poder</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Ejecutivo plural.</li> </ul>
	<p><b>Aspectos territoriales</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Perfil federativo.</li> </ul>

### 2.1.2.2. Creación de la Gran Colombia

Bolívar convocó a los notables criollos para reunirse en Congreso, en la ciudad de Santo Tomás de Angostura; los delegados de las provincias comenzaron trabajos en febrero de 1819. El 17 de diciembre del mismo año se proclamó la *República de Colombia* mediante una *Ley fundamental*. La nueva república estaría conformada por las capitanías generales de Venezuela y Quito y el virreinato de la Nueva Granada, y con tres capitales: Bogotá (fue suprimido el nombre de Santa Fe), Quito y Caracas. Se propuso que la capital común del nuevo se fundaría mas tarde en un lugar estratégico entre la Nueva Granada y Venezuela, con el nombre de Ciudad Bolívar. Se decretó además el reconocimiento solidario de las deudas contraídas por la Nueva Granada y Venezuela. En febrero de 1820 el Congreso de Angostura confirmó la creación del Estado.

### 2.1.2.3. La Carta de 1821

<sup>83</sup> Arias de Greiff, Jorge, en Revista Credencial Historia, edición 211, julio 2007, p. 7.

<sup>84</sup> No se ha encontrado la Constitución del casanare a la cual hizo referencia en sus obras Don José María Samper. Otra constitución perdida es la de Neiva de 1812. En cuanto hace relación con las constituciones de Riohacha y Santa Martha, estas provincias se acogieron a la constitución española y permanecieron durante casi todo este periodo (1810-1816), en manos realistas. Cfr. Revi. Credencial Historia loc. Cit. P. 13.

En enero de 1821 se acordó convocar a un nuevo Congreso en la Villa del Rosario de Cúcuta. El Congreso se instaló el 6 de mayo del mismo año y sería el encargado de redactar la Constitución de la Gran Colombia (ver además lectura anexa).

Como características generales, la Carta de 1821 reafirma la independencia y como soberano ya no es reconocido el rey sino el pueblo; se reacciona contra el federalismo y la debilidad del ejecutivo, pero se exageró el centralismo que también fracasaría debido a lo extenso del territorio, a la falta de vías de comunicación y a otros traumatismos administrativos.

En 1825 se produce el reconocimiento de la independencia de Colombia por la Gran Bretaña, tres años después que los Estados Unidos. La nueva República entró rápidamente en la órbita de la dominación económica británica mediante la inversión de capitales y la venta de armas y productos industriales de ese país, a cambio de nuestras materias primas.

Paralelamente concluía la campaña del sur y el Congreso Constituyente del alto Perú crea un Estado en honor a Bolívar: Bolivia, con una Constitución original que previó cuatro poderes: electoral, legislativo, ejecutivo y judicial. La rama legislativa estaba integrada por tres cámaras: *censores*, *senadores* y *tribunos*. El ejecutivo se caracterizaba por una presidencia vitalicia. Bolívar, candidatizado a la presidencia no aceptó por ser ya Presidente de la Gran Colombia; el cargo correspondió entonces al Mariscal Sucre.

“De acuerdo con el pensamiento de Bolívar, los nuevos estados hispanoamericanos eran demasiado débiles para actuar frente a naciones poderosas. El Libertador intuía, con gran visión, los problemas creados por el dominio imperialista y sus anhelos expansionistas. Por esta razón ideó la **Confederación de los Andes**, con el objetivo de crear una unidad nacional hispanoamericana bajo la Constitución boliviana. Esta confederación estaría formada por Bolivia, Perú y la Gran Colombia. El proyecto fracasó y se diluyó en la idea de crear una poderosa confederación de estados hispanoamericanos contra las intenciones imperialistas de Europa y Norteamérica. Para retomar el tema se convocó al Congreso Anfictiónico de Panamá”<sup>85</sup>.

Bolívar consideró que los Estados Unidos no debían ser invitados al Congreso de Panamá. Santander los invitó. Los norteamericanos, por su parte, tenían dudas sobre su asistencia al Congreso, pues no les convenían algunos temas como la independencia de Haití, lo cual significaba abolir la esclavitud; sin embargo resolvieron asistir, pues primó la opinión de que su asistencia impediría la posibilidad de una alianza contra ellos.

En junio de 1826 comenzó a sesionar el Congreso con presencia de las delegaciones de la Gran Colombia: formada por Panamá, Venezuela y Ecuador; Centroamérica, que comprendía los actuales países de Nicaragua, El Salvador, Honduras, Costa Rica y Guatemala; también asistieron delegados de México y Perú. Como simples observadores asistieron Inglaterra y Holanda. No asistieron Chile y las provincias del Río de la Plata (Argentina) pues temían las ideas monárquicas de Bolívar; Paraguay, bajo la dictadura férrea del doctor Francia, optó por una política aislacionista; tampoco asistió Brasil al que no convenía la abolición de la esclavitud. El representante nombrado por los Estados Unidos falleció antes de llegar.

---

<sup>85</sup> Mora. op. cit., p. 131.

En este Congreso Bolívar desarrolla sus ideas de la Carta de Jamaica<sup>86</sup> y plasma la idea del *Panamericanismo*; no obstante, el encuentro resultó un fracaso, pues nada de lo acordado se llevó a cabo por el regionalismo que caracterizaba a las nuevas naciones. El rechazo de los grupos poderosos a las reformas de Bolívar y a la Constitución Boliviana confirmaron la división de la Gran Colombia en dos tendencias: Bolivarianos y Santanderistas, estos últimos encabezados por Santander, Mariano Ospina Rodríguez, Lorenzo María Lleras, Florentino Gonzáles y otros más. Entre los bolivaristas se contaban Tomás Cipriano de Mosquera, Rafael Urdaneta y José María del Castillo y Rada.

Poco a poco se fue haciendo evidente la dificultad para mantener la unión en la Gran Colombia. En 1826 el Congreso había llamado a juicio al líder venezolano José Antonio Páez por violación de la ley sobre reclutamiento militar. El Congreso lo suspendió de sus funciones y lo llamó a Bogotá. Páez se sublevó con el título de jefe civil y militar de Venezuela.

En 1827, en el Congreso de Tunja, se produjeron intensas discusiones, y como no se llegó a un acuerdo, se convocó a una convención en Ocaña para marzo de 1828, que solo se reunió un mes después, con 54 santanderistas, 17 bolivarianos y algunos neutrales. Las discusiones se suspendieron debido a que los seguidores de Bolívar se retiraron en masa lo que dejó a la convención sin quórum. Ante el fracaso, el intendente de Cundinamarca, Pedro Alcántara Herrán ofreció, con apoyo popular, plenos poderes a Bolívar, quien expidió un decreto orgánico que lo convertía en dictador, suspendía la vicepresidencia y, se atribuía la facultad de legislar. Bolívar también reorganizó el Consejo de Estado y nombró a Santander como embajador ante los Estados Unidos.

<b>Constitución de 1821 - Contenidos</b>	
<b>Principios y derechos</b>	<b>Estructura y organización</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Reafirma la independencia y como soberano ya no es reconocido el rey sino el pueblo.</li> <li>- La nueva república estaría conformada por las capitanías generales de Venezuela y Quito y el virreinato de la Nueva Granada,</li> <li>- Además de cumplir los requisitos necesarios para ser elector, senadores y representantes debían tener propiedades por un valor superior a dos mil pesos. En el caso de los primeros se exigía, además, ser mayor de treinta años y profesor de alguna ciencia.</li> <li>- Para ser elector se requería ser sufragante parroquial, saber leer y escribir, ser mayor de veinticinco años y vecino de cualquiera de las parroquias del cantón donde se celebraban elecciones. Además, era necesario ser dueño de propiedades con valor superior a quinientos pesos o gozar de un empleo de trescientos pesos de renta anual, o tener una profesión.</li> <li>- Se decretó el reconocimiento solidario de las deudas contraídas por la Nueva Granada y Venezuela.</li> </ul>	<p><b>Ramas del poder</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Se instituyó un gobierno popular y representativo, con un poder supremo dividido en tres ramas: legislativa, ejecutiva y judicial.</li> <li>- El poder legislativo lo representaba el Congreso, dividido en dos cámaras: el Senado y la Cámara de Representantes, donde podían originarse indistintamente las leyes.</li> <li>- El <i>poder ejecutivo</i> lo integraban el presidente y un Consejo de gobierno, compuesto por el vicepresidente, el ministro de la Suprema Corte de Justicia y cinco secretarios de despacho</li> <li>-El presidente nombraba los gobernadores de provincia y los intendentes de los departamentos.</li> <li>- El <i>poder judicial</i> lo desempeñaba la Alta Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados.</li> </ul> <p><b>Aspectos territoriales</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Dividió el territorio en <i>departamentos</i>, estos en <i>provincias</i>, y éstas en cantones y parroquias.</li> <li>- Se establecen tres capitales: Bogotá (fue suprimido el nombre de Santa Fe), Quito y Caracas.</li> </ul>

<sup>86</sup> En su Carta de Jamaica ve el futuro de América sobre aquel istmo de Panamá que podría ser el centro del mundo americano donde se instalase una capital como la que Constantino quiso sobre Bizancio.



	<ul style="list-style-type: none"> <li>- La capital común del nuevo estado se fundaría mas tarde en un lugar estratégico entre la Nueva Granada y Venezuela, con el nombre de Ciudad Bolívar.</li> <li>- Se reacciona contra el federalismo y la debilidad del ejecutivo, pero se exageró el centralismo que también fracasaría debido a lo extenso del territorio, a la falta de vías de comunicación y a otros traumatismos administrativos.</li> </ul>
--	---

#### 2.1.2.4. El Congreso Admirable y la Constitución de 1830

Para superar la crisis de la Gran Colombia, Bolívar convocó e instaló en Bogotá el llamado *Congreso Admirable* presidido por el Mariscal Sucre. Bolívar renunció a la Presidencia y su renuncia fue aceptada; sin embargo, en abril del mismo año el General Páez se había levantado en Venezuela.

Fruto de este Congreso fue la Constitución de 1830 que reducía el centralismo exagerado; pero, como sostienen los analistas, nació muerta, pues Venezuela y Ecuador se retiraron de la alianza. El Congreso Admirable nombró como Presidente a Joaquín Mosquera, pero nuevas sublevaciones proclamaron Presidente a Bolívar quien no aceptó. Los generales José María Obando y José Hilario López, en asocio con Juan José Florez, quisieron aprovechar el caos para anexar el sur del país al Ecuador. Venezuela, separada, nombra a Páez como su Presidente en 1830 y Juan José Florez asume la Presidencia del Ecuador. Domingo Caicedo se encargó de la Presidencia de la Nueva Granada; Bolívar abandona Bogotá con intenciones de establecerse en Europa, pero fallece en Santa Martha.

Proyectos similares en América Latina fueron: la Confederación Perú-Boliviana y la federación de las Provincias Unidas del Centro de América.

<b>Constitución de 1830 - Contenidos</b>	
<b>Principios y derechos</b>	<b>Estructura y organización</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Reducción del centralismo exagerado.</li> <li>- Para gozar de los derechos de ciudadano se necesita: 1. Ser colombiano; 2. Ser casado o mayor de 21 años; 3. Saber leer y escribir; pero esta condición no será obligatoria hasta el año de 1840; 4. Tener una propiedad raíz, cuyo valor libre alcance a trescientos pesos, o en su defecto ejercer alguna profesión o industria que produzca una renta anual de ciento cincuenta pesos, sin sujeción a otro, en calidad de sirviente doméstico o jornalero.</li> <li>- En cada parroquia cualquiera que sea su población habrá una Asamblea parroquial, cada cuatro años el día que designe la ley.</li> <li>- La Asamblea electoral se compone de los electores nombrados por las Asambleas parroquiales y será presidida por el elector que ella eligiere, luego que haya sido instalada por el Gobernador de la Provincia.</li> </ul>	<p><b>Ramas del poder</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- El Poder Legislativo lo ejerce el Congreso compuesto de dos Cámaras, una de Senadores y otra de Representantes.</li> <li>- El Congreso se reunirá cada año el día 2 de febrero, aunque no haya sido convocado, y sus sesiones ordinarias durarán noventa días.</li> <li>- El Senado de la República se compone de los ciudadanos elegidos por las Asambleas electorales al respecto de uno por cada provincia.</li> <li>- La Cámara de Representantes se compone de los Diputados elegidos por las Asambleas electorales en la proporción de uno por cada cuarenta mil almas y otro por un residuo que pase de veinte mil.</li> <li>-El Presidente de la República será elegido por las Asambleas electorales. Cuando ninguno haya obtenido la pluralidad absoluta de los votos de los</li> </ul>

<p>- Dentro de doce horas a lo más de verificada la prisión o arresto de alguna persona, expedirá el Juez una orden firmada en que se expresen los motivos, y se dará copia de ella al preso si la pidiere. El Juez que faltare a esta disposición y el carcelero que no la reclamare pasadas las doce horas, serán castigados como reos de detención arbitraria; ni uno ni otro podrán usar de más apremios o prisioneros que los muy necesarios para la seguridad del preso o arrestado.</p> <p>- Ningún colombiano puede ser privado de su propiedad ni esta aplicada a ninguno uso público, sin su consentimiento. Cuando el interés público, legalmente comprobado así lo exija, el propietario recibirá previamente una justa compensación.</p> <p>- La casa del colombiano es un asilo inviolable; ella, por tanto, no podrá ser allanada sino en los precisos casos y con los requisitos prevenidos por la ley.</p> <p>- El Congreso podrá resolver cualesquiera dudas que ocurran sobre la inteligencia de algunos artículos de esta Constitución.</p>	<p>electores, el Congreso, a quien corresponde hacer el escrutinio, escogerá los tres candidatos que hayan reunido mayor número de votos, y de ellos elegirá el Presidente.</p> <p>- Para ser Presidente y Vicepresidente de la República se requiere: 1. Ser colombiano de nacimiento; 2. Haber cumplido cuarenta años; 3. Haber residido en la República seis años, a lo menos antes de la elección; pero esto no se entenderá en los que hayan estado ausentes en el servicio de la República.</p> <p>- Para auxiliar al Poder Ejecutivo en los diversos ramos de la Administración Pública, habrá un Consejo de Estado, compuesto del Vicepresidente de la República, que lo presidirá, de los Ministros Secretarios del Despacho, del Procurador General de la Nación, y de doce Consejeros escogidos indistintamente de cualquiera clase de ciudadanos.</p> <p>-La justicia se administrará por una Alta Corte de Justicia, Cortes de apelación y demás Tribunales y Juzgados creados o que se crearen por la ley.</p>
	<p><b>Aspectos territoriales</b></p> <p>- El territorio de Colombia se dividirá para su mejor administración en departamentos, provincias, cantones y parroquias.</p> <p>- El Gobierno Superior político de cada departamento reside en un Prefecto, dependiente del Jefe del Ejecutivo, de quien es agente inmediato y con quien se entenderá directamente por el órgano del Ministerio respectivo.</p> <p>El Gobierno de cada Provincia estará a cargo de un Gobernador dependiente en lo político del Prefecto del departamento.</p>

### 2.1.2.5. La Constitución de la Nueva Granada de 1832

Debido a tensiones regionales la unión política no duró. La oposición al gobierno de Bolívar era en general, secesionista, quedando finalmente disuelta la Gran Colombia en 1831, dando nacimiento de tres entidades estatales distintas: Nueva Granada, Ecuador y Venezuela. Reducida a Nueva Granada, la Gran Colombia, presidida por Rafael Urdaneta quien originalmente había ejecutado un golpe de estado pensando en devolverle el poder a Bolívar, se disuelve tras el derrocamiento de Urdaneta y se elige como vicepresidente interino a José María Obando, un año después asumirá Francisco de Paula Santander como presidente y delinearé la estructura del nuevo Estado.

En Venezuela, en 1835, un grupo de oficiales patriotas se levantaron contra el presidente José María Vargas, para exigir la reconstitución de la Gran Colombia, reformas políticas y el fin del poderío económico de la oligarquía, fortalecida con el comercio de importación y exportación. Obtuvieron un triunfo efímero, pero luego retomó el poder el general José Antonio Páez con lo que se hizo definitiva la disolución de la Gran Colombia<sup>87</sup>.

Ante esta situación, la Nueva Granada expide su propia Carta política en 1832. Esta fue expedida, para el “Estado de la Nueva Granada”, por los delegados de las provincias reunidos en convención y sancionada el 1º de marzo de 1832. La Convención designó como Presidente del Estado a Francisco de Paula Santander.

<sup>87</sup> Cfr. [http://www.wikicolombia.com/index.php?title=Gran\\_Colombia](http://www.wikicolombia.com/index.php?title=Gran_Colombia)

La Carta del 32 creó las cámaras provinciales para potenciar el desarrollo regional. Se regresaba al gobierno presidencial por cuatro años. Santander asumió la presidencia y negoció la deuda con Venezuela y Ecuador. Se emprendió la reconstrucción interna en asuntos de Hacienda pública, educación, comunicaciones, sistema penitenciario e industria. En cuanto hace referencia a la estructura del Estado, se mantienen tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. Quedó latente al interior de la Nueva Granada el mismo problema: ¿centralismo o federalismo?

<b>Constitución de 1832 - Contenidos</b>	
<b>Principios y derechos</b>	<b>Estructura y organización</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Quedó latente en la Nueva Granada el mismo problema: ¿Centralismo o federalismo?</li> <li>- Expedida para la "República de la Nueva Granada".</li> <li>- Son ciudadanos todos los granadinos que tengan las cualidades siguientes:               <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Ser casado o mayor de veintiún años;</li> <li>2. Saber leer y escribir; pero esta condición no tendrá lugar hasta el año de 1850;</li> <li>3. Tener una subsistencia asegurada, sin sujeción a otro en calidad de sirviente doméstico, o de jornalero.</li> </ol> </li> <li>- El gobierno de la Nueva Granada es republicano, popular, representativo, electivo, alternativo y responsable</li> </ul>	<p><b>Ramas del poder</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Se mantienen tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.</li> <li>- El sistema presidencialista se fijó con un periodo de 4 años y se prohibió la reelección del primer mandatario para el periodo inmediatamente posterior;</li> <li>- el Consejo de Estado, formado por siete consejeros, sería elegido por el Congreso para que asesorara al ejecutivo. En la práctica, el Presidente quedó subordinado al Consejo de Estado y a las Cámaras de las provincias, aunque podía nombrar y remover libremente a los entonces secretarios de despacho (hoy ministros), a saber: el del interior y relaciones exteriores, el de hacienda y el de guerra y marina.</li> <li>- El Vicepresidente y los secretarios de despacho formaban el Consejo de Gobierno.</li> <li>- Los empleados de la rama judicial que antes eran vitalicios fueron nombrados por cuatro años.</li> </ul> <p><b>Aspectos territoriales</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Los departamentos desaparecieron y el territorio quedó dividido en provincias compuestas por cantones y éstos por distritos parroquiales.</li> <li>- Las provincias, 18 en total, eran Antioquia, Bogotá, Buenaventura, Cartagena, Casanare, Chocó, Mariquita, Mompós, Neiva, Pamplona, Panamá, Pasto, Popayán, Riohacha, Santa Marta, Socorro, Tunja y Veraguas.</li> <li>- En cada provincia se creó una asamblea que presentaba al Presidente listas de seis nombres para la selección del Gobernador.</li> </ul>

### 2.1.2.6. La Carta de 1843

Luego de la segunda guerra civil llamada de los Supremos *de los supremos*<sup>88</sup> iniciada, iniciada en 1839 y concluida en 1842, durante 27 meses el gobierno liberal moderado de José Ignacio Márquez, aliado con los también generales hacendados y esclavistas caucanos del partido liberal, moderados, Tomas Cipriano Mosquera y Pedro Alcántara Herrán, se enfrentaron encarnizadamente contra los generales liberales radicales,

<sup>88</sup> La Guerra de los Supremos o Guerra de los Conventos (1841) tuvo su origen en Pasto, tras la supresión de conventos menores, llamados así por tener un pequeño número de congregados. El carácter religioso de la rebelión fue excusa para que se lanzaran a la guerra civil los caudillos liberales regionales, llamados los "supremos". Sus motivos: acrecentar su poder con rechazo al centralismo, o simplemente vengar alguna ofensa. La guerra pronto se expandió por otras regiones, e incluyó un conflicto fronterizo con el Ecuador, porque de allí dependía el clero de Pasto.

quienes se sumaron al alzamiento que hizo el general Obando, cuando era conducido detenido a la ciudad de Pasto para ser juzgado por el asesinato del mariscal de ayacucho Antonio José Sucre, sucesor político del Libertador Bolívar. El general Obando se levantó en el Cauca con doscientos peones y esclavos suyos y se declaró jefe supremo de la guerra del sur, restaurador y defensor de la religión del crucificado. Una mediación del ministro plenipotenciario inglés en Colombia Robert Stewart en Ocaña, concluyó con el acuerdo de los dos grupos para expedir la constitución de 1843. Los liberales moderados poco después se llamarán conservadores y los exaltados tomaron el nombre de liberales a secas<sup>89</sup>.

El proyecto de una nueva Constitución, redactado por José Rafael Mosquera fue sancionado en 1843. La Carta se caracterizó por su centralismo y autoritarismo, reflejado en los amplios poderes que otorgó al ejecutivo, incluso para superar situaciones de anormalidad (Estado de sitio). Igualmente se produjo la disminución de los poderes del Congreso y de las Cámaras de Provincia, y la supresión del Consejo de Estado que venía actuando desde la dictadura de Bolívar. Las aspiraciones de autonomía de las provincias y las cuestiones religiosas condujeron a nuevos conflictos.

Mora y Peña nos recuerdan como el *partido liberal* aparece oficialmente en la Nueva Granada en 1848, cuando Ezequiel Rojas, teórico del utilitarismo y antiguo santanderista, publicó en el periódico *El Aviso*, un programa para el partido en gestación. El profesor Gerardo Molina en su obra *Las ideas liberales en Colombia*, resume así las ideas del naciente partido: librecambio, libertad religiosa, abolición definitiva de la esclavitud, libertad de empresa, eliminación de la pena de muerte, lo mismo que de la prisión por deudas, sufragio universal, libertad de enseñanza. Supresión del ejército nacional (no así de los ejércitos de las provincias), expulsión de los jesuitas, disminución del poder del ejecutivo, abolición de los monopolios, los diezmos y los censos; establecimiento de un impuesto único y directo, separación de la iglesia y el Estado, supresión del fuero eclesiástico.

A lo anterior se opuso el naciente *partido conservador*, cuyo primer programa que apareció en otro periódico, *La Civilización*, en 1849. Fue redactado por José Eusebio Caro y Mariano Ospina Rodríguez y de acuerdo con su programa, eran partidarios de “conservar todo lo que debía conservarse”, respetaban la religión, el cristianismo, y sus buenas costumbres, en contra de las doctrinas materialistas y del ateísmo. Defendían la propiedad privada, se oponían a la usurpación de la que hablaban los socialistas europeos y consideraban que la religión católica debía ser la orientadora del Estado, mediante una alianza entre éste y la iglesia. Basados en las teorías neo-escolásticas eran partidarios de conservar el legado español y prolongar algunas de sus instituciones; además, justificaban la esclavitud.

El desarrollo de los acontecimientos sería contrario a esta última posición, pues de acuerdo con la ley del 22 de julio de 1850 se organizaron *juntas de manumisión* en cada provincia, encargadas de llevar a cabo la liberación gradual de los esclavos. En 1851 el Congreso, identificado con la doctrina liberal, expidió la Ley del 21 de marzo, en la cual proclamó la libertad absoluta de los esclavos en la Nueva Granada.

---

<sup>89</sup> Cfr. [http://inforiente.info/index.php?Itemid=57&id=824&option=com\\_content&task=view](http://inforiente.info/index.php?Itemid=57&id=824&option=com_content&task=view)

<b>Constitución de 1843 - Contenidos</b>	
<b>Principios y derechos</b>	<b>Estructura y organización</b>
<p>En materia de derechos políticos, se produjo la restricción del voto solo para quienes supieran leer y escribir y tuvieran cierto capital o renta</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- se otorgó la ciudadanía a varones mayores de 21 años, propietarios de bienes raíces o dueños de una renta anual y que pagaran las contribuciones directas exigidas por la ley;</li> <li>- a partir de 1850 también se exigió saber leer y escribir.</li> <li>- Se proclamó la religión católica como la única cuyo culto se mantendría en la república.</li> </ul>	<p><b>Ramas del poder</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- En cuanto hace referencia a la estructura del Estado, se mantuvo la división del poder político en legislativo, ejecutivo y judicial.</li> <li>- La Carta se caracterizó por su centralismo y autoritarismo, reflejado en los amplios poderes que otorgó al ejecutivo, incluso para superar situaciones de anomalía (Estado de sitio).</li> <li>- Igualmente se produjo la disminución de los poderes del Congreso y de las Cámaras de Provincia, y la supresión del Consejo de Estado que venía actuando desde la dictadura de Bolívar.</li> <li>- Se estableció un periodo presidencial de 4 años y se otorgó al primer mandatario el derecho de nombrar y remover libremente a los gobernadores.</li> </ul> <p><b>Aspectos territoriales</b></p> <p>El territorio se dividió en provincias, estas en cantones y estos en parroquias. Las aspiraciones de autonomía de las provincias y las cuestiones religiosas condujeron a nuevos conflictos.</p>

### 2.1.2.7. La Constitución centro federal de 1853

La tercera guerra civil se produjo en 1851 y duró 10 meses; en ella, el general hacendado caucano José Hilario López, presidente liberal aliado con el general Obando, hicieron frente al alzamiento conservador armado que comandaron en su contra, el tratante de esclavos caucano Julio Arboleda y el hacendado de Guasca Mariano Ospina Rodríguez.

La confrontación terminó en septiembre de 1851, con un pacto que indultó a los jefes conservadores y sentó las bases para la constitución de 1853<sup>90</sup>. En efecto, desde 1849, al inicio del gobierno de José Hilario López, se había comenzado a elaborar un proyecto de reforma que sería efectivamente expedido en 1853, durante la Presidencia de José María Obando.

La nueva Constitución mezclaba centralismo y federalismo dado que ninguna de las dos fuerzas políticas llegó a imponerse. Los gólgotas<sup>91</sup>, mayoría en el Congreso, se oponían al general Obando y eran partidarios de debilitar el poder ejecutivo y de traspasar a las provincias el suficiente poder para hacer sus propias leyes. El mismo Obando vio la necesidad de que las provincias recuperaran las prerrogativas que les había quitado la Constitución de 1843, pero deseaba que el ejecutivo conservara ciertas facultades para que la unidad nacional no corriera peligro.

Esta carta mantiene los tres poderes tradicionales, pero reduce los poderes del Presidente, que era elegido por voto directo para periodos de cuatro años y tenía facultad para nombrar y remover a todos los funcionarios públicos, así como a sus cuatro

<sup>90</sup> Cfr. [http://inforiente.info/index.php?Itemid=57&id=824&option=com\\_content&task=view](http://inforiente.info/index.php?Itemid=57&id=824&option=com_content&task=view)

<sup>91</sup> Al concluir la breve guerra civil de 1851 con derrota conservadora, la lucha de clases se polarizaría entre los cachacos o Gólgotas de la Escuela Republicana, representantes de la oligarquía gobernante, y los Draconianos o artesanos de la Sociedad Democrática, a nombre de las clases populares.

secretarios de Estado; se aminoró el tamaño del ejército permanente; se eliminó el control gubernamental sobre el interés al dinero y se bajó el arancel aduanero para manufacturas importadas, lo cual agudizó el conflicto entre proteccionistas y librecambistas.

Para efectos de la administración, el territorio continuó dividido en provincias y éstas en distritos parroquiales. A cada provincia se otorgó el poder suficiente para disponer lo que juzgara conveniente para su organización, régimen y administración interior, sin invadir los objetos de competencia del gobierno general. De acuerdo con esto, las provincias redactaron sus propias constituciones y el número de documentos de esta naturaleza se elevó a 30. Las de Santander, Boyacá, Bolívar y Magdalena eran de carácter liberal, en tanto que la de Antioquia era de tendencia conservadora. Es de resaltar que en la Carta del Estado de Santander se otorgó a las mujeres el derecho al voto.

El Congreso, que recuperó su importancia a partir de 1855, inició la creación de los estados federales: Panamá en 1855, Antioquia en 1856 y Boyacá, Santander, Magdalena, Bolívar y Cauca en 1857.

El conservador Manuel María Mallarino, caucano, dueño de esclavos, elegido para terminar el periodo de Obando (1855-1857), objetó dos leyes que desarrollaban la Constitución: la ley de abolición de la esclavitud y la que suprimía la pena de muerte. En la primera objeción fracasó, pero la última continuó vigente.

La experiencia de la dictadura de José María Melo (1854)<sup>92</sup> y su centralismo en contra de la Constitución de 1853 hicieron que los llamados *constitucionalistas* pensarán en mecanismos para mantener la autonomía de cada una de las regiones mediante el establecimiento del sistema federalista. Para las elecciones de 1857, cuatro años después de la firma de la Carta, el debate electoral contó con tres tendencias políticas: el *Partido Conservador*, con Mariano Ospina Rodríguez a la cabeza, el *Partido Liberal*, encabezado por Manuel Murillo Toro y el *Partido Nacional*, integrado por los draconianos, cuyo jefe era el general Tomás Cipriano de Mosquera. En esta ocasión se puso por primera vez en práctica el sufragio universal pero sólo para varones. El triunfador fue Mariano Ospina Rodríguez (1857-1861) del partido conservador, quien convocó una convención para elaborar una nueva Constitución. Se trataba de legitimar el federalismo que ya era una realidad en buena parte del territorio.

<b>Constitución de 1853 - Contenidos</b>	
<b>Principios y derechos</b>	<b>Estructura y organización</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- La nueva constitución mezclaba centralismo y federalismo dado que ninguna de las dos fuerzas políticas llegó a imponerse.</li> <li>- Se eliminó el control gubernamental sobre el interés al dinero y se bajó el arancel aduanero para manufacturas importadas, lo cual agudizó el conflicto</li> </ul>	<p><b>Ramas del poder</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Introduce modificaciones en la estructura y funciones de los órganos del Estado con la elección popular y directa y también de los altos magistrados.</li> <li>- Mantiene los tres poderes tradicionales;</li> <li>- Reduce los poderes del Presidente, que era elegido por voto directo para periodos de cuatro años y tenía facultad para nombrar y remover a todos los funcionarios públicos, así como</li> </ul>

<sup>92</sup> La guerra civil comenzó con el golpe de estado de José María Melo a José María Obando, en abril 17 de 1854. Dos grandes causas motivaron esta guerra civil: la primera tenía que ver con el proyecto liberal, la supresión de resguardos, ejidos y barreras proteccionistas para dar paso al libre cambio. Causó tal impacto que dividió a los liberales: los "gólgotas" defendían el libre cambio y los "draconianos", principalmente artesanos, defendían medidas proteccionistas.



<p>entre proteccionistas y librecambistas.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- En materia de Derechos y libertades públicas se manifiesta el respeto de los derechos individuales, especialmente la libertad de pensamiento sin limitación alguna.</li> <li>- De acuerdo con esta Carta, todo ciudadano varón tenía derecho a elegir, por voto secreto, presidente, vicepresidente, miembros del Congreso, magistrados de la Corte Suprema, Procurador General y gobernadores de provincia.</li> </ul>	<p>a sus cuatro secretarios de Estado;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Se aminoró el tamaño del ejército permanente;</li> <li>- El poder legislativo quedó conformado por dos cámaras, una de Senadores (uno por cada provincia) y otra de Representantes (uno por cada 40.000 habitantes), elegidos para periodos de dos años.</li> <li>- Las leyes podían tener origen en cualquiera de las dos cámaras y debían ser sancionadas por el ejecutivo.</li> <li>- El Congreso inició la creación de estados federales: Panamá en 1855, Antioquia en 1856 y Boyacá, Santander, Magdalena, Bolívar y Cauca en 1857.</li> <li>- El poder judicial estaba representado por la Suprema Corte y los tribunales. Los magistrados de la Corte eran elegidos popularmente, para periodos de cuatro años.</li> </ul>
	<p><b>Aspectos territoriales</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-El territorio continuó dividido en provincias y éstas en distritos parroquiales.</li> <li>- A cada provincia se otorgó el poder suficiente para disponer lo que juzgara conveniente para su organización, régimen y administración interior, sin invadir los objetos de competencia del gobierno general.</li> </ul>

### 2.1.2.8. La Constitución de 1858: La Confederación Granadina

La cuarta guerra civil que duró 8 meses, se inició en abril de 1854. Cinco grandes hacendados generales liberales moderados, convocados por el vicepresidente José de Obaldía: Tomás Cipriano de Mosquera, José Hilario López, Tomás Herrera, Joaquín Posada Gutiérrez, y Joaquín París, hicieron una coalición con los grandes hacendados conservadores Julio Arboleda, los hermanos Pastor y Mariano Ospina, y Manuel Briceño, para derrocar al general Melo, quien apoyado por los artesanos bogotanos se había apoderado de la Presidencia de la república, la cual estaba en manos del General Obando. La coalición de hacendados triunfantes y conmutó el fusilamiento del general Melo por su exilio, estableció las condiciones de la Constitución federal Granadina de 1858<sup>93</sup>.

Ésta Constitución proclamó la confederación perpetua de los Estados soberanos de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá y Santander, en una sola nación libre e independiente, bajo la denominación de *Confederación Granadina*.

Curiosamente, aunque la Constitución de 1858 era liberal, el gobierno de Ospina y el Congreso de la época tuvieron una marcada orientación conservadora, de carácter centralista y con intervención del clero en política. Fue así como el Congreso de 1859 dictó varias leyes que permitían la intervención del gobierno central en los asuntos de los Estados, por ejemplo, mediante el nombramiento de intendentes de hacienda nacional autorizados para controlar las aduanas en los Estados confederados. Adicionalmente, una ley de 1859 dio al gobierno central la facultad de intervenir en los escrutinios de votos para elegir al Presidente de la República y a los miembros del Congreso, con el fin de decidir sobre la validez de tales elecciones.

Mosquera y Murillo derrotados en las elecciones generales de la Confederación pasaron a ocupar la presidencia de los Estados de Cauca y Santander respectivamente. En Santander, Murillo Toro había adoptado una Constitución de tipo liberal que aceptaba el

<sup>93</sup> Cfr. [http://inforiente.info/index.php?Itemid=57&id=824&option=com\\_content&task=view](http://inforiente.info/index.php?Itemid=57&id=824&option=com_content&task=view)

divorcio, eliminaba la pena de muerte y declaraba un indulto general; además se otorgaban amplias libertades a los ciudadanos. Muchas de estas medidas fueron rotundamente rechazadas por los conservadores en ese Estado, en especial por los del Socorro, quienes se revelaron contra Murillo Toro en 1859; el Presidente de la Confederación, Ospina, intervino en el conflicto enviando tropas para ayudar a los sublevados, interviniendo así en los asuntos internos del tal Estado.

En abril de 1860 Tomás Cipriano de Mosquera se reveló en el Estado del Cauca y advirtió al Presidente de la federación, Ospina, que de ponerse en práctica las leyes aprobadas por el Congreso federal, su Estado se retiraría de la Confederación. En mayo de 1860 expidió un decreto en que declaraba el rompimiento del Cauca con la Confederación. Estalla la guerra civil. Mosquera también dictaría un decreto el 12 de abril de 1861 que creaba el Estado soberano del Tolima, formado por las provincias de Neiva y Mariquita; determinación que posteriormente fue convalidada y legalizada por los demás Estados de la unión colombiana, a través del artículo 41 del pacto constitucional.

Vencidas las tropas gobiernistas, Mosquera se declaró Presidente provisorio y convirtió a Bogotá en distrito capital. Entre sus secretarios de Estado se encontraba Rafael Núñez. En julio de 1861 Mosquera dictó el *decreto de tuición*, norma que puso el clero bajo el control del Estado. Ningún clérigo podía ejercer el ministerio religioso sin autorización del ejecutivo. Sus ataques se dirigieron hacia las comunidades contemplativas, por estimarlas parásitas. La medida más controvertida fue la disolución, destierro y confiscación de los bienes de la Compañía de Jesús.

<b>Constitución de 1858 - Contenidos</b>	
<b>Principios y derechos</b>	<b>Estructura y organización</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Los Estados sólo se encontraban sometidos a las decisiones del gobierno general en aquellos asuntos previstos por la constitución.</li> <li>- Cada uno de los estados confederados era libre para darse su propia constitución y para nombrar sus presidentes por medio del voto popular.</li> <li>- En materia de derechos y libertades, se declaró la libertad de imprenta, de prensa y de comercio de armas.</li> <li>- Se decretó la separación entre la iglesia y el Estado.</li> </ul>	<p><b>Ramas del poder</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- En materia de organización del Estado, la constitución mantuvo la división del poder en tres ramas</li> <li>- El Congreso quedó dividido en dos cámaras: el Senado, con tres senadores por cada estado, y la Cámara de Representantes, con un representante por cada 60.000 habitantes.</li> <li>- El poder ejecutivo lo ejercía el presidente, por un periodo de cuatro años y no podía ser reelegido para el periodo inmediato.</li> <li>- Se suprimió la vicepresidencia y se la sustituyó por tres designados elegidos anualmente por el congreso.</li> <li>- El presidente podía nombrar hasta tres secretarios de Estado.</li> </ul> <p><b>Aspectos territoriales</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Confederación de los Estados soberanos de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá y Santander.</li> </ul>



### 2.1.2.9. La Constitución Federal de 1863: Los Estados Unidos de Colombia

La quinta guerra civil que duró 16 meses, la inició el gobernador del Estado federal del Cauca general hacendado y exportador Tomás Cipriano de Mosquera en Mayo de 1860, representando una coalición electoral de liberales y conservadores llamado Partido Nacional, hasta derrotar el gobierno conservador hegemónico del hacendado comerciante de Guasca Mariano Ospina Rodríguez y sentar las bases de la Constitución Radical de 1863.

El pacto provisional que legitimó la dictadura de Mosquera en 1860 no fue suficiente para que éste mantuviera su poder. Se hizo necesario convocar a los representantes de cada Estado, con el fin de acordar un nuevo pacto de unión. El acuerdo se firmó el 20 de septiembre 1861, lo cual significaba la sustitución de la Constitución de 1858. En su mayoría, los delegados estuvieron de acuerdo con que se convocara una convención que pusiera fin a las dificultades ocasionadas por la guerra. Esta idea contrarió los planes de Mosquera, quien esperaba que simplemente se lo confirmara en el poder. La convención no se convocó en Bogotá, donde Mosquera se sentía inseguro, sino en Rionegro, Antioquia, cuyos habitantes eran liberales en su gran mayoría. La así llamada Convención de Rionegro tuvo como objetivo elaborar una nueva Carta constitucional. Igual que en ocasiones anteriores esta convención se dividió en dos bandos: el de los *civilistas*, partidario de limitar el poder de Mosquera, y el de los *militaristas*, que lo respaldaban incondicionalmente.

La Constitución de 1863, la más liberal que ha regido al país, proclamó la unión y confederación a perpetuidad de los Estados soberanos de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá y Santander y Tolima en una sola nación cuya soberanía residía en cada uno de los Estados federados.

Finalmente Mosquera quedó como dueño absoluto del poder en los *Estados Unidos de Colombia*, nombre con que se designó la república durante poco más de dos décadas. La guerra continuó durante 1862 y dejó al país devastado y en una situación fiscal lamentable. En el sur el gobierno ecuatoriano trató de apoderarse de Tumaco y de la provincia de Túquerres.

Durante las sesiones de la convención hubo enfrentamientos en relación con el papel de Mosquera, pero ambos grupos acordaron legalizar el decreto sobre desamortización de bienes de manos muertas. Curiosamente y ante la disyuntiva entre el peligro de la anarquía permanente y la tiranía se prefirió como principio la anarquía.

Entre los proyectos discutidos figuró el de elegir a Bogotá como capital federal, independiente de la jurisdicción de los gobiernos de los Estados, con organización municipal propia y sede de los poderes centrales, en oposición a la propuesta de trasladar la capital a Panamá, debido a su situación geográfica.

Esta carta otorgó a los Estados federados el derecho de organizarse de acuerdo con los principios de un gobierno popular, electivo y representativo, sin autorización para enajenar parte alguna del territorio nacional a ninguna potencia extranjera. Si se suscitaban controversias entre dos o más Estados y estos no podían avenirse pacíficamente, debían someterse a la decisión del gobierno general. Ningún Estado podía declarar o hacer la guerra a otro; todos se comprometían a guardar neutralidad en contiendas que se presentaran entre los habitantes y el gobierno de cualquier otro estado.

El ejército nacional (no el de cada uno de los Estados), se redujo a 1700 hombres y se otorgaron facultades a cada Estado para tener su propio ejército. La Carta prohibió al gobierno general intervenir en los conflictos internos de cada Estado, aun cuando se declarara turbado el orden público.

Se consagraron los derechos individuales en forma absoluta; se condenó como un delito la esclavitud y se suprimió la pena de muerte, estableciendo una pena máxima de diez años para los delitos más graves. Se implantó la libertad de pensamiento, de imprenta y de palabra, la libertad para comerciar con armas y para portarlas libremente. Se estableció libertad para transitar por los Estados Unidos de Colombia sin necesidad de pasaportes y sin permiso de ninguna autoridad, en tiempos de paz. Se instituyó la libertad para dar y recibir la instrucción que a bien tuvieran los establecimientos educativos que no fueran costeados con fondos públicos, así como la libertad para profesar cualquier religión. Conocida en Francia por el escritor Víctor Hugo, este afirmó que se trataba de “una Constitución para un país de ángeles”.

La llamada Constitución de Rionegro propugnó por la fiel aplicación de los principios económicos del liberalismo clásico o Manchesteriano. El Estado no podía intervenir en la planeación económica, pues la economía quedó en manos de los particulares; los comerciantes consiguieron el predominio económico y convirtieron al Estado en el objeto de su explotación. Tal es el caso de la ley de desamortización de bienes de manos muertas, con la cual se esperaban beneficios para la hacienda pública y la formación de un nuevo grupo de campesinos medios. Sin embargo estas tierras sólo pudieron ser compradas por aquellas personas que tenían dinero en bonos o en efectivo, es decir, los comerciantes.

La nueva Carta no impidió las guerras civiles que fueron frecuentes e intensas, ya que la Constitución concedía libertad para el comercio de armas y municiones, y en los Estados cualquier general podía formar grupos armados en nombre de algún partido político y generar fácilmente una guerra civil. En sólo 12 años de federación, se presentaron 20 revoluciones. A la situación se sumó en 1875 la crisis económica ocasionada por el descenso de las exportaciones de quina y la caída del precio del producto en el mercado internacional en casi un 80%.

Para el periodo de gobierno 1866-1868 fue elegido nuevamente Mosquera -era su cuarto periodo presidencial. En 1867 en una alocución pública, el Presidente atacó al Congreso. Como respuesta, éste dictó varias leyes que prohibían al ejecutivo intervenir en las contiendas entre los Estados y dispuso la reducción del ejército federal. Entretanto, en este periodo, España trató de reconquistar sus antiguas posesiones americanas, enviando naves al Caribe y al pacífico que realizaron ataques costeros en Chile y Perú. La negativa de los Estados Unidos de Norteamérica de ayudar a estos países, pese a los principios de la doctrina Monroe, dejó a Mosquera como único gobernante en capacidad de hacerlo; su aporte fue el envío en secreto al Perú de un vapor de guerra.

Transcurren diez años más de nuestra historia y en 1878 el Presidente Aquileo Parra firma el contrato para la apertura del canal interoceánico de Panamá; dos años más tarde se iniciaron los trabajos bajo la dirección del ingeniero Ferdinand de Lesseps quien había dirigido las obras del canal de Suez. La empresa fracasaría en 1885 con las graves consecuencias conocidas.

En 1880 Rafael Núñez ganó las elecciones generales en siete de los nueve Estados y procedió a levantar el destierro de los obispos, suprimió la *tuición de cultos*, firmó un tratado comercial con España e inició la canalización del dique de Cartagena. En 1884 Núñez derrota al candidato radical, pero luego se presentaron irregularidades en Santander para elegir al Presidente de ese Estado. Núñez declaró turbado el orden público en Santander, Cauca, Bolívar y Magdalena y ante la falta de apoyo de los liberales para controlar a los rebeldes lo buscó en el conservatismo.

Surge así el movimiento conocido como la *Regeneración* que, según el pensamiento de Núñez, estaba encaminado a reconstruir el país sobre la base de un equilibrio entre el poder político y las libertades individuales; entre la libertad y el orden. Núñez consideraba esencial la alternación de los partidos en el poder, para moralizar la política y la administración. Los radicales comprendieron que Núñez insistiría en reformar la Constitución de 1863 por procedimientos no previstos en ella. El liberalismo se divide: los independientes se separan y se unen a los conservadores. Estalla nuevamente la guerra civil que se inició en Santander. Las fuerzas de los independientes y de los conservadores derrotan a los liberales rebeldes. Núñez hace una de sus famosas proclamas: “La Constitución de Rionegro ha muerto envuelta en las llamas de la Humareda” (sitio donde se libró una batalla decisiva). Los grupos en el poder preparan La nueva Constitución.

<b>Constitución de 1863 - Contenidos</b>	
<b>Principios y derechos</b>	<b>Estructura y organización</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Proclamó la unión y confederación a perpetuidad de los estados soberanos de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá y Santander y Tolima en una sola nación con el nombre de Estados Unidos de Colombia.</li> <li>- La soberanía residía en cada uno de los estados federados.</li> <li>- Se otorgó a los estados federados el derecho de organizarse de acuerdo con los principios de un gobierno popular, electivo y representativo.</li> <li>- Si se suscitaban controversias entre dos o más estados y estos no podían avenirse pacíficamente, debían someterse a la decisión del gobierno general.</li> <li>- Ningún Estado podía declarar o hacer la guerra a otro; todos se comprometían a guardar neutralidad en contiendas que se presentaran entre los habitantes y el gobierno de cualquier otro Estado.</li> <li>- Se decretó del establecimiento de una nación laica, separando la iglesia y el estado; bajo este principio se restablecieron el divorcio y el matrimonio civil.</li> <li>- Se consagraron los derechos individuales en forma absoluta; se condenó como un delito la esclavitud y se suprimió la pena de muerte, estableciendo una pena máxima de diez años para los delitos más graves.</li> <li>- Se reconoció la libertad de</li> </ul>	<p><b>Ramas del poder</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- El poder del Estado se mantuvo dividido el legislativo ejecutivo y judicial. Existen un Congreso para la federación y los congresos de cada uno de los estados.</li> <li>- El legislativo federal residía en dos cámaras: Senado de Plenipotenciarios (tres senadores por cada Estado) y la Cámara de Representantes (un representante por cada 50.000 habitantes).</li> <li>- Correspondía a cada estado determinar la manera cómo debía hacerse el nombramiento de senadores y representantes.</li> <li>- El ejecutivo federal quedó sometido al congreso general y el periodo presidencial se redujo a dos años. El presidente podía nombrar a sus secretarios y a los empleados superiores de los distintos departamentos administrativos, a los diplomáticos y a los jefes militares, con aprobación del Senado.</li> <li>- El ejército nacional (no el de los estados), se redujo a 1700 hombres y se otorgaron facultades a cada estado para tener su propio ejército.</li> <li>- Se prohibió al gobierno general intervenir en los conflictos internos de cada estado, aun cuando se declarara turbado el orden público.</li> <li>- El poder judicial estaba representado por una Corte Suprema federal, integrada por cinco miembros, elegidos por el Congreso entre los candidatos presentados por las legislaturas de los estados.</li> </ul> <p><b>Aspectos territoriales</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Se reconocen los estados soberanos de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá y Santander y Tolima.</li> <li>- No había autorización para enajenar parte alguna del territorio</li> </ul>

<p>pensamiento, de imprenta y de palabra, la libertad para comerciar con armas y para portarlas libremente.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Se estableció libertad para transitar por los Estados Unidos de Colombia sin necesidad de pasaportes y sin permiso de ninguna autoridad, en tiempos de paz.</li> <li>- Se instituyó la libertad para dar y recibir la instrucción que a bien tuvieran los establecimientos educativos que no fueran costeados con fondos públicos, así como la libertad para profesar cualquier religión.</li> </ul>	<p>nacional a ninguna potencia extranjera.</p>
---	--

### 2.1.2.10. La Constitución centralista de 1886

Esta Constitución fue elaborada por un Consejo Nacional de 18 Delegatarios, elegidos desde el ejecutivo por Núñez (dos por cada Estado) y su redacción definitiva fue orientada por el líder conservador Miguel Antonio Caro. El Estado de Panamá no tuvo delegatarios propios (su delegado fue el mismo Caro).

En líneas generales esta carta se caracterizó por un rígido centralismo, conservó las tres ramas del poder público pero concedió amplias facultades al poder ejecutivo. Los Estados soberanos se vuelven departamentos, desaparece la federación y la Unión se denomina República de Colombia. Se creó un ejército *nacional* permanente y sólo el Estado quedó facultado para introducir armas y municiones en el territorio nacional.

El Presidente de la República era elegido de forma indirecta por asambleas electorales para un periodo de seis años con prohibición de la reelección para el periodo inmediato. Para ser Presidente se requería, entre otras, la condición de disfrutar de un determinado ingreso por renta anual. Como suprema autoridad administrativa, el Presidente podía nombrar libremente los ministros del despacho, gobernadores, consejeros de Estado y las personas que debieran desempeñar cualquier empleo nacional, cuyo nombramiento no dependiera de otros funcionarios o corporaciones. También podía disponer de la fuerza pública, otorgar grados militares y dirigir las operaciones de guerra como jefe de los ejércitos de la república; le competía, además, dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con las demás potencias y celebrar tratados o convenios, y dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional.

En casos de guerra exterior o de conmoción interior, el Presidente quedaba autorizado, previa audiencia del Consejo de Estado y con la firma de todos los ministros, para declarar turbado el orden público y en *estado de sitio* toda la república o parte de ella y adquirir facultades extraordinarias.

El Consejo de Estado era un organismo estrictamente consultivo para asesorar al gobierno y revisar los proyectos de ley que los ministros presentaban a las cámaras.

El Congreso, compuesto de Cámara y Senado, además de sus facultades legislativas adquirió otras facultades específicas; entre ellas, la de conceder amnistía o indulto por delitos políticos. Los senadores, tres por cada departamento, eran elegidos indirectamente por las asambleas departamentales, inicialmente para periodos de seis años y reelegibles indefinidamente. Los representantes por su parte, eran elegidos por cuatro años y reelegidos por tiempo indefinido.

La Corte Suprema de Justicia, máximo organismo del poder judicial, quedó conformada por siete magistrados vitalicios. Además, se concedieron ciertas facultades judiciales al Senado de la República.

En materia de derechos políticos, la Constitución estableció el sufragio para elegir consejos municipales a los varones mayores de 21 años; para elegir representantes sólo concedió tal derecho a varones poseedores de determinado patrimonio y con conocimiento de lectura y escritura.

Se consagraron las garantías individuales, incluyendo la libertad de expresión, la inviolabilidad de la correspondencia y la libertad de asociación y de empresa; siempre y cuando no atentaran contra el orden establecido; por tanto, se incluyó la posibilidad de retención de las personas por indicios graves. Se restableció la pena de muerte. En las disposiciones transitorias se concedieron facultades al gobierno para reprimir la prensa. De hecho se produjo la supresión de la libertad de prensa (llamada *Ley de los caballos*).

Se proclamó la religión católica, apostólica y romana como la única para los colombianos y se autorizó a la iglesia para organizar y dirigir la educación pública. Las relaciones con esta última se normalizaron un año más tarde, mediante la firma de un concordato entre el gobierno de Colombia y la Santa Sede. Núñez, con la consigna “Centralización política con descentralización administrativa”, continuó dominando la vida política colombiana. Para el período 1886-1892, Rafael Núñez fue reelegido para la presidencia. Por diversas razones sólo ejerció su cargo entre 1887 y 1888, pero desde su ciudad natal, Cartagena, orientó a los encargados del poder ejecutivo que fueron, en su orden José María Ocampo, Eliseo Payán y Carlos Holguín.

En 1898 estalló la guerra civil conocida como la *guerra de los mil días*. Las batallas de Peralonso y Palonegro en 1900 lesionaron seriamente al ejército rebelde liberal. El 31 de julio los *conservadores históricos* y algunos *liberales civilistas* llevaron a cabo un golpe de estado que derrocó al anciano Presidente Sanclemente y traspasó del poder a José Manuel Marroquín. En 1901 las tropas liberales rebeldes, comandadas por Benjamín Herrera, intentaron invadir a Panamá, pero los marines de los Estados Unidos impidieron la toma de las ciudades de Panamá y Colón, apoyadas por el Tratado Mallarino-Bildack, firmado por Colombia y Estados Unidos en 1846; en efecto, este tratado otorgaba a los estadounidenses derecho de proteger la soberanía de Panamá cuando lo consideraran necesario, pues el gobierno colombiano de aquel entonces había reconocido la debilidad del Estado colombiano para defender la zona y había firmado el tratado por temor de que los ingleses se adueñaran de la región, así como lo habían hecho con parte de Centroamérica.

Ya en 1848 se había firmado también un contrato entre Colombia y una compañía norteamericana para construir un ferrocarril en el istmo. En 1901 Colombia inició negociaciones con los Estados Unidos para elaborar un tratado que autorizara el traspaso de la concesión de los franceses a este país concediendo a los norteamericanos una franja de tierra al lado y lado del canal. Este tratado fue firmado en 1903 por Tomás Herrán y el secretario de Estado de los Estados Unidos John Hay. El tratado fue aprobado inmediatamente por el Congreso norteamericano, pero el Congreso colombiano negó su aprobación, por considerar que violaba la soberanía nacional. La negativa colombiana fue rechazada por el gobierno norteamericano que trató de conseguir su aprobación mediante amenazas. En septiembre en 1903, en medio de la guerra civil y a petición del gobierno

colombiano, tropas norteamericanas desembarcaron en Panamá; dos meses más tarde se firmó la paz de la guerra civil colombiana a bordo del buque norteamericano Wisconsin, pero el 3 de noviembre de mismo 1903 Panamá declaró su independencia de Colombia por un movimiento separatista apoyado por tropas norteamericanas que no permitieron el desembarco de fuerzas militares colombianas para controlar la revuelta<sup>94</sup>. Se consuma así la segunda frustración histórica de nuestra patria (primero fue la desintegración de la Gran Colombia).

#### 2.1.2.10.1. Reformas a la Carta de 1886

Catorce años después, mediante varios *actos legislativos*<sup>95</sup>, se comienzan las reformas a esta Carta *autoritaria* y con tendencia conservadora.

##### - La reforma constitucional de 1910

En 1904 el Presidente Rafael Reyes (periodo 1904-1910) inicia su administración prometiendo al partido liberal una reforma de la ley electoral, pues consideraba que ésta no favorecía los derechos de las minorías. Adicionalmente, de los seis ministros de su gabinete, nombró dos liberales. Su lema, "menos política y más administración", reflejaba su deseo de llevar a cabo una serie de reformas a las cuales se oponía el Congreso, mayoritariamente conservador.

Ante esta oposición, Reyes solicitó facultades extraordinarias para el ejecutivo, que el Congreso también rechazó, temeroso de que el Presidente entregara el poder a los liberales. El Congreso fue entonces clausurado y sustituido por una *asamblea nacional constituyente y legislativa* que debía reunirse en 1905, y en la cual tendría participación el partido liberal. La reforma contó con el apoyo del grupo conocido como la *unión republicana*. La asamblea nacional aprobó la prolongación del periodo presidencial de Reyes a diez años.

La Constitución de 1886 se modificó en los siguientes aspectos:

En relación con las ramas del poder se redujo el periodo presidencial a cuatro años, se estableció igualmente que la elección se produciría por voto directo (pero no con sufragio universal, pues continuaba limitado el número de ciudadanos con derecho a votar); también se prohibió la reelección inmediata del Presidente y se limitaron en alguna medida las facultades del mismo durante el *estado de sitio*, pues sólo podía revocar las leyes que fueran contrarias a las medidas a tomar.

En cuanto hace referencia al Congreso de la República, su elección continuó siendo indirecta; se decretó su reunión anual y se ordenó la expedición de una legislación electoral que diera representación a las minorías. Se estableció que en tiempos de paz solo el Congreso podría imponer tributos y se estableció la prohibición de aprehender a los miembros del Congreso.

Se concedió al Congreso la facultad elegir a los magistrados de la Corte Suprema de

---

<sup>94</sup> El Tratado de Wisconsin, puso fin a esta guerra. Sin embargo, el caudillo liberal Victoriano Lorenzo se negó a aceptar sus términos y fue fusilado el 15 de mayo de 1903. El 25 de julio del mismo año, la imprenta que publicaba el periódico "El Lápiz" fue asaltada por orden del comandante militar de Panamá, el General José Vásquez Cobo, hermano del Ministro de Guerra colombiano, como consecuencia de la narración detallada del fusilamiento y sus protestas. Este suceso contribuyó a aumentar la desconfianza de los liberales panameños hacia el régimen conservador colombiano y a que se unieran a la causa separatista.

<sup>95</sup> Acto legislativo: así se llaman las reformas a la Constitución.

Justicia mediante sistema de ternas presentadas por el Presidente de la República. La Corte Suprema, a su vez, recibió poder para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes.

Se prohibió la expropiación y se abolió la pena de muerte.

De particular interés es la consagración del principio de excepción de inconstitucionalidad en los casos de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, tema que será tratado en profundidad más adelante.

Es de anotar que en materia territorial, una ley de 1905 y para efectos electorales creó los departamentos de Galán, con capital San Gil, Caldas y Atlántico, con capital en Manizales y Barranquilla. Se erigió Bogotá como distrito capital y se crearon los departamentos de Tundama, Quezada y Huila. Para 1909 existían entonces 31 departamentos pequeños, a saber: Antioquia, Barranquilla, Bucaramanga, Cúcuta, Cartago, Chiquinquirá, Facatativá, Garzón, Girardot, Honda, Ibagué, Jericó, Manizales, Medellín, Mompos, Neiva, Panamá, Pasto, Popayán, Quibdó, Riohacha, Santa Martha, Santa Rosa, San Gil, Sonsón, Tumaco, Tunja, Túquerres, Vélez, Zipaquirá y Bogotá, distrito capital. La Ley 65 de 1909 restableció la vigencia de los antiguos nueve departamentos, adicionando sólo el de Tolima, creado en 1904. En 1910, Neiva y Manizales fueron declarados departamentos, con los nombres de Huila y Caldas, también se creó el departamento del Valle del Cauca con Cali como capital.

En 1909 Reyes presentó el proyecto de tratado que normalizaba las relaciones con Estados Unidos y reconocía una indemnización por la pérdida del territorio panameño. Este pacto provocó protestas contra el gobierno; el descontento se expresó en una nueva corriente política, la *unión republicana* que originaría el *partido republicano*, una coalición provisional de grupos moderados de los dos partidos tradicionales con incidencia en la siguiente presidencia. Ante tal oposición Reyes decidió renunciar de su cargo.

#### **- La reforma constitucional de 1936: La llamada “revolución en marcha”**

Miguel Abadía Méndez (1926-1930) será el último Presidente de la hegemonía conservadora, en un momento en que el país registraba profundos cambios y se agudizaban los conflictos sociales. El 6 de diciembre de 1928 el general Cortés Vargas dio orden de disparar las metralla y los fusiles en contra de los huelguistas de la Bananeras de la *United Fruit Company* generando lo que se conoce como la *masacre de las bananeras*, hecho que produjo una fuerte reacción en todo el país.

En 1928 se firmó entre Colombia y Nicaragua el tratado Esguerra-Barcenas por el cual este último reconocía la soberanía colombiana sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, así como sobre todas las demás islas que formaran parte de este archipiélago, a su vez, Colombia reconoció la soberanía de Nicaragua sobre la Costa de Mosquitos y sobre las islas Mangle Grande y Mangle Chico en el Atlántico.

La crisis mundial desencadenada entre los años 1929-30 hizo necesaria la revisión de los postulados de la teoría política clásica, planteándola no en términos individuales, liberales, sino en términos de la sociedad en su totalidad. En 1936 el economista inglés John M. Keynes presenta un enfoque nuevo de la economía liberal con la obra *Teoría general del empleo, el interés y el dinero*.

Para las elecciones presidenciales de 1930 triunfa el liberalismo unificado alrededor de

Enrique Olaya Herrera. Para las de 1934, el partido conservador ordenó a sus seguidores abstenerse de votar; el liberalismo presentó la candidatura de Alfonso López Pumarejo y el comunismo la del líder indígena Eutiquio Timoté.

El propósito fundamental del gobierno de López Pumarejo, triunfador en estas elecciones, con su “revolución en marcha”, fue acelerar el desarrollo capitalista con el apoyo de los industriales, es decir un intento para adecuar el Estado a las nuevas condiciones políticas y sociales con herramientas constitucionales y legales. El esfuerzo reformador se plasmó en la reforma constitucional de 1936 y en acciones concretas en los campos agrario, educativo y tributario.

En realidad, en 1936 el Congreso, de mayoría liberal, presenta un proyecto de reforma total de la Constitución de 1886 pero el gobierno, por su parte, propuso una enmienda parcial, solicitando que se incorporaran en la carta normas relacionadas con la intervención del Estado en el manejo de la economía. Estas enmiendas reflejaron el viraje ideológico del liberalismo colombiano hacia un Estado más intervencionista, pregonado años atrás por los ideólogos liberales Rafael Uribe Uribe y Benjamín Herrera.

Los principales aspectos de la reforma de 1936 fueron:

En relación con los órganos del poder público y su finalidad se establecen un sistema intervencionista y un Estado benefactor. En efecto, el Estado queda autorizado para intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas públicas o privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, y para dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho. Igualmente se establece que la asistencia pública es función del Estado y se debía prestar a quienes, careciendo de medios de subsistencia y de derecho a exigirla de otras personas, estuvieran físicamente incapacitados para trabajar.

En materia de derechos políticos se estableció la elección directa por los ciudadanos, no solo de Presidente, sino de representantes al Congreso, diputados y concejales municipales.

Se establece que la propiedad es una función social que implica obligaciones. Sólo podía haber expropiación por motivos de utilidad pública o de interés social, definidos por el legislador, mediante sentencia judicial e indemnización previa. Sólo el legislador podía determinar los casos en que no había lugar a indemnizaciones.

Se produce el ingreso a la Carta de los derechos sociales o Derechos de segunda generación. Se garantiza la libertad de los cultos que no sean contrarios a la moral cristiana ni a las leyes de la república. Se garantiza la libertad de enseñanza; el Estado tendría, sin embargo, la suprema inspección y vigilancia de institutos docentes, públicos o privados. La enseñanza primaria sería gratuita en las escuelas del Estado.

El trabajo es considerado como una obligación social con especial protección del Estado. Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos. En 1935 los trabajadores del periódico El Tiempo habían fundado la primera central obrera, la Confederación Sindical de Trabajadores –CST-, que en 1938 se transformó en la Confederación de Trabajadores de Colombia, -CTC-.



Se produce otro intento de reforma agraria, uno de los problemas estructurales de nuestro país. En efecto se emite la Ley 200 de 1936 que intentó atacar los latifundios y establecer la posibilidad de que terrenos cedidos en arriendo pasaran a ser propiedad del inquilino. La reforma educativa garantizó la libertad de enseñanza y limitó la intervención de la iglesia en la educación. También durante la administración López Pumarejo se diseñó la ciudad universitaria en Bogotá. La reforma tributaria buscó limitar privilegios y concesiones a ciertos grupos económicos e intentó incrementar los ingresos de la nación a través de impuestos directos y progresivos sobre el patrimonio y el exceso de ganancias.

Eduardo Santos asumió la presidencia (1938-1942) en momentos en que comenzaba la segunda guerra mundial. Desde el periódico El Siglo, fundado en 1936 por el líder conservador Laureano Gómez, se apoyaba a las potencias del eje; la juventud conservadora respaldó el fascismo a través de grupos nacionalistas en todo el país. En Caldas, Guillermo Alzate Avendaño fundó con Silvio Villegas el partido nacionalista, de orientación franquista.

Reelegido para el período 1942-1945, López Pumarejo renunció el último año de su período a la presidencia. El conservatismo, entre tanto, se había negado a aceptar las limitaciones a la gran propiedad territorial y los comerciantes, especialmente los importadores, enriquecidos a causa de la segunda guerra mundial, aceleraron la concentración de la riqueza en nuestro país.

#### **- La reforma constitucional de 1945**

Ante la renuncia del Presidente López correspondió la presidencia al designado Alberto Lleras Camargo, quien presentó al Congreso la reforma de aquel año cuyo contenido, a grandes rasgos fue:

En materia de organización del Estado, autorizó crear departamentos administrativos distintos de los ministerios; reconoció el estatuto corporativo del *gobierno*, al indicar que este estaba constituido por el Presidente de la República, los ministros y los jefes de departamentos administrativos; elevó la Contraloría General de la República a rango constitucional y estableció que Bogotá sería Distrito especial, con régimen distinto del municipal ordinario.

Respecto del Congreso, la reforma estableció la elección popular de senadores y restringió la iniciativa parlamentaria en materia de presupuesto. Autorizó al legislativo para establecer diversas categorías de municipios, de acuerdo con su población y recursos fiscales.

Asignó al Consejo de Estado el control de los decretos de carácter administrativo del gobierno, por acusaciones provenientes de ilegalidad o inconstitucionalidad.

En materia de derechos, estableció la ciudadanía a la edad de los 21 años y concedió la ciudadanía a la mujer, pero reservó a los varones la función del sufragio y la capacidad para elegir y ser elegidos.

#### **- El plebiscito de 1957**

Para las elecciones de 1946 del partido liberal se divide y los conservadores obtienen el poder con Mariano Ospina Pérez. Durante su administración fue asesinado el líder político liberal Jorge Eliécer Gaitán lo que provocó un levantamiento masivo en la capital y varias

ciudades colombianas. Esto ocurría cuando se celebraba en Colombia la Novena Conferencia Panamericana, con asistencia de cancilleres de todo el continente, para formular una política anticomunista. El gobierno acusó a los comunistas del asesinato de Gaitán y Colombia rompió relaciones diplomáticas con la Unión Soviética; los comunistas, por su parte, culparon a los norteamericanos. En muchos lugares se formaron juntas revolucionarias; algunas lograron tomarse el poder, como en el caso de Barrancabermeja, donde una junta mantuvo el control por varias semanas.

En noviembre de 1949, Ospina clausuró el Congreso de mayoría liberal. El liberalismo decidió entonces el retiro de la candidatura de Darío Echandía, demostrando su inconformidad con las medidas de Ospina. Laureano Gómez, conservador, resultó elegido para el periodo 1950-1954. La violencia, mientras tanto, alcanzaba su máximo apogeo.

En junio de 1953 una coalición liberal Ospinista, apoyada por las Fuerzas Armadas, impidió el regreso al poder de Laureano Gómez, quien se había retirado temporalmente por enfermedad, y el 13 de junio se produjo un golpe de estado al mando del general Gustavo Rojas Pinilla, acto que fue legalizado por la asamblea nacional constituyente elegida semanas antes. El gobierno de Rojas concedió plenitud de derechos políticos a la mujer y, por primera vez, una mujer formó parte del gabinete: Josefina Valencia de Hubach, fue nombrada ministra de educación. También durante la administración Rojas se crearon el Centro Administrativo Nacional CAN, la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Tunja.

Con la creación de la *Comisión para la Reforma de la Administración Pública*, se da inicio a los estudios para emprender el desarrollo de la reforma administrativa adecuada a la función y objeto del Estado y por medio del Decreto 2356 del 18 de septiembre de 1956, Rojas Pinilla, junto con su Ministro de Educación, Gabriel Betancur Mejía creó la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP.

La caída de Rojas Pinilla se precipitó cuando la constituyente expresó su determinación de reelegirlo para el periodo 1958-1962. Los líderes del Partido Liberal y conservador, Lleras y Gómez, mediante los acuerdos de Benidorm y Sitges, acordaron oponer resistencia a la dictadura. El 10 de mayo de 1957 Rojas renunció y dejó el poder en manos de una junta militar. El primero de diciembre de 1957 la junta convocó un plebiscito nacional a todos los colombianos, con el fin de introducir algunas reformas a la Constitución. En este acto también quedó formalizado el llamado *frente nacional* consistente en la unión de los partidos Liberal y conservador para gobernar alternativamente el país durante los siguientes 12 años.

Entre los principales resultados del plebiscito tenemos:

-Restauración de la Constitución abolida por la dictadura.

- Establecimiento de un sistema de alternación presidencial durante un periodo de 12 años, prolongado luego a 16. En la práctica se instauró un sistema de elección indirecto o a dos vueltas: primero la convención del partido de turno elegía el candidato y luego se refrendaba por el pueblo.

- Consagración de la paridad liberal conservadora y acuerdo de hegemonía para que ambas colectividades tuvieron el mismo número de curules en las cámaras legislativas.

- Aprobación para que las determinaciones del Congreso fueran por una mayoría superior a la mitad más uno de sus miembros, para evitar que las decisiones de las cámaras favorecieran a uno solo de los partidos allí representados.

- Las reformas constitucionales sólo podrían ser hechas por el Congreso de la República

- Creación de la carrera administrativa para especialistas, considerados neutrales en materia política, aunque con derecho al voto.

- Aceptación de la igualdad política de la mujer.

- El gobierno debía invertir no menos del 10% del presupuesto en educación pública.

### **- La reforma técnica de 1968**

En 1966 corresponde el turno en la presidencia de la república al partido liberal, el candidato presentado por la convención de ese partido es efectivamente confirmado en las urnas. Lleras Restrepo, antes de su campaña presidencial, había propuesto una enmienda a la Constitución, encaminada a modernizar el Estado, iniciativa que se concretó en 1968 y tuvo como sus principales características:

- *En asuntos políticos* se produce la extensión por cuatro años más del sistema de paridad del llamado Frente nacional, producto del plebiscito de 1957. Se establecen elecciones libres de asambleas y consejos a partir de 1970. Se procedió a limitar el número de congresistas con el propósito de que las cámaras legislativas fueran menos costosas y más eficientes.

- *Perfeccionamiento del sistema de control constitucional*: Se crea la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y se señalan términos para decidir sobre las demandas de inexecutableidad contra leyes y decretos. La Corte Suprema de Justicia también quedó facultada para decidir la efectividad de los proyectos de ley objetados por el gobierno por inconstitucionales, por su contenido material o por vicios de procedimiento.

- *Descentralización y agilización a la actividad administrativa del Gobierno*: En efecto, se produjo un aumento de las facultades de los gobiernos nacional, departamental y municipal en materias económicas y administrativas. Se amplía la descentralización administrativa al autorizar al Presidente de la República para delegar en los gobernadores funciones de los ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos. Igualmente se consagran nuevas formas de administración municipal como las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios y las juntas administradoras locales, buscando dar mayores posibilidades a las comunidades locales de intervenir en la decisión de sus propios asuntos.<sup>96</sup>

- *En materia económica* la reforma de 1968 garantizó la libertad de empresa y la iniciativa privada e institucionalizó como responsabilidad del Estado la dirección general de la economía. "Los fines de la intervención deberían orientarse hacia la racionalización y planificación de las actividades económicas y al logro del pleno empleo de los recursos humanos y naturales para obtener la justicia social y el mejoramiento armónico e integral de la comunidad"<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> Younes. Derecho Constitucional Colombiano. 4ª ed. Temis, Bogotá, 2001. p. 23.

<sup>97</sup> Younes, ibidem, p. 25.

La intervención del Estado encuentra límites en otros principios constitucionales, tales como la garantía de la propiedad privada y de los derechos adquiridos, la prohibición de establecer monopolios, la prohibición de imponer la pena de confiscación y el principio de que las contribuciones solamente serían impuestas en tiempos de paz, por el Congreso, las asambleas y los concejos municipales.

La reforma define jurídica y económicamente la planeación, sujetando a planes y programas coordinados la actividad tanto de la Nación, como de los departamentos y los municipios y establece procedimientos para la adopción de tales planes, reduciendo considerablemente en favor del ejecutivo la iniciativa del gasto público. El Presidente es titular de iniciativas legislativas en áreas económicas y presupuestales. Se conceden mayores poderes al Presidente, al permitir que las leyes sobre presupuesto y gasto público sólo fueran dictadas por iniciativa del ejecutivo, para su tramitación en el primer debate del Congreso. Se preceptuó además, que la fijación de planes y programas de desarrollo económico y social debían complementarse con la determinación de los recursos para su ejecución.

La reforma se propuso conceder el control político del Congreso sobre el Gobierno mediante la creación de la Comisión especial de planes y programas, encargada de revisar permanentemente la labor administrativa del ejecutivo, el cumplimiento de los programas de desarrollo económico y social y la evolución del gasto público. Infortunadamente esta famosa *Comisión del Plan* nunca se pudo integrar.

Igualmente se precisan los alcances del estado de emergencia económica y se establece el situado fiscal, o sea la participación de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios en una cuota de las rentas de la Nación.

La reforma aumentó las prerrogativas de los gobernadores y los alcaldes y disminuyó las funciones de las asambleas departamentales y de los consejos municipales. La iniciativa sobre el gasto público quedó en manos del gobernador y se establecieron mayores exigencias para crear nuevos departamentos.

#### **2.1.2.10. Dos recientes fracasos de reforma constitucional**

Presenta interés este análisis porque muchos artículos que se establecerían en la Carta de 1991 tienen su antecedente allí; otros siguen siendo ideas interesantes sobre la organización y funcionamiento del Estado colombiano.

##### **2.1.2.10.1. La pequeña constituyente de 1977 y el intento de reforma de 1979**

El Presidente López Michelsen (1974-1978) planteó la necesidad de una reforma nueva constitucional, pero parcial, circunscrita a dos temas fundamentales: el régimen departamental y municipal, y la administración de justicia. El Congreso de la República dio así trámite al proyecto de creación de una asamblea nacional, aprobado mediante el acto legislativo N° 2 de 1977. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia declaró su inexecutable con el argumento central de que de acuerdo con lo establecido en la Carta vigente, el Congreso de la República *no podía delegar su facultad constituyente en otro órgano*, como lo era la asamblea. La sentencia de mayo 5 de 1978 sostuvo entre otras cosas que: "reformular la Constitución directamente no es lo mismo que instituir un órgano constituyente (...). De todo lo cual resulta que la atribución de competencias por el Congreso a la Asamblea Nacional Constituyente para el ejercicio del poder de reformar la Constitución en las materias que le señale el acto legislativo N° 2 de 1977, configura una

clásica usurpación de competencias". El proyecto de reforma continuó entonces su desenvolvimiento en el Congreso en 1979.

Younes Moreno reporta en su obra<sup>98</sup> algunas de las materias que incluía tal proyecto:

Se permitía la reglamentación de los partidos y la financiación de los gastos electorales.

En relación con el Congreso, las cámaras y comisiones permanentes podrían abrir sesiones y deliberar con cualquier número plural de sus miembros; las cámaras quedaban facultadas para dar votos de aplauso de censura a los actos oficiales. Se consideraba falta absoluta de los parlamentarios su aceptación de cualquier empleo público, con excepción de ministro, gobernador, agente diplomático o alcalde de capital de departamento.

- Se regulaba la integración de la Comisión del Plan, compuesta por 27 miembros: 13 por el Senado y 14 por la Cámara; cuatro de ellos para los territorios nacionales, para dar primer debate al plan de desarrollo y para evaluar la evolución y los resultados del gasto público.

- En relación con la rama ejecutiva, se derogaba la atribución constitucional del ejecutivo para intervenir en el banco de emisión y en las actividades relacionadas con el manejo de los fondos provenientes del ahorro privado.

- Se preveía el cargo de Fiscal General de la Nación, encargado de dirigir la policía judicial y de ordenar la investigación de los delitos, entre otras funciones.

- En relación con la rama judicial, se contemplaba un Consejo Superior de la Judicatura, cuyos integrantes serán elegidos por la misma corporación para periodo de ocho años con la función de administrar la carrera judicial. Los magistrados de la Corte Suprema y del Consejo de Estado serán elegidos por la respectiva corporación para periodo de ocho años de lista elaborada por el Consejo Superior de la Judicatura. Los ministros tendrán voz y voto en el Consejo de Estado.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 3 de noviembre de 1981 también declaró, esta vez por vicios de forma, la inexequibilidad de la reforma constitucional esta vez presentada directamente por el Congreso de 1979. Entre otros argumentos la Corte consideró que: "El estudio (...) sobre el trámite que tuvo en el Congreso el acto legislativo acusado, lleva fatalmente a concluir que la acumulación reiterada de diversos proyectos de reforma constitucional, que se hizo tanto en la primera, como en la segunda legislatura, quebranta de manera frontal e incontrastable lo estatuido por el artículo 81, inciso 7°, de la Constitución y, consecuentemente, además, los artículos 2° y 20 de la misma Carta Fundamental... por no haberse ceñido aquel cuerpo colegiado a los procedimientos establecidos en la misma Carta y en su propio reglamento para el ejercicio de su potestad de modificar el estatuto fundamental del país".

#### **2.1.2.10.2. El Acuerdo de la Casa de Nariño de 1988**

En los albores de 1988 el Presidente Virgilio Barco (1986-1990) presentó un proyecto de reforma constitucional proponiendo la convocatoria de un plebiscito para derogar el artículo 13 del plebiscito de 1957 que, incorporado al artículo 218 de la Carta, establecía

---

<sup>98</sup> Younes Moreno. Op. cit. p. 29.

como único procedimiento para reformar la Constitución su trámite exclusivamente a través del Congreso. El partido social conservador se opuso a ello, circunstancia que frustró la iniciativa; dadas las circunstancias, se llegó a una transacción entre los partidos, en el pacto conocido como *Acuerdo político de la Casa de Nariño*.

Este pacto preveía la constitución de la llamada *Comisión de ajuste institucional-CRI*, integrada por 12 miembros, que elaboraría el temario de la reforma y se encargaría de los estudios preliminares pertinentes. La comisión, que sería designada por el Congreso, prepararía el texto de la reforma que el pueblo soberano adoptaría o rechazaría mediante plebiscito el 9 de octubre de dicho año. Las elecciones siguientes del 13 de marzo de 1988 determinarían la proporción en la cual quedarían representados los partidos o movimientos políticos con personeros de los distintos estamentos sociales en la CRI.

Para cumplir el compromiso de poner en marcha estos procedimientos y luego de las consultas correspondientes, se designó una Comisión Preparatoria que incluía al ministro de gobierno de la época, César Gaviria Trujillo, quien la presidió. Esta comisión tuvo varias sesiones de discusión y celebró varias audiencias públicas. El ministerio de gobierno canalizó en esta oportunidad más de 500 propuestas de sindicatos, asociaciones campesinas, indígenas y junta de acción comunal, gremios económicos, universidades, organizaciones no gubernamentales, asociaciones de pensionados y movimientos políticos.

La mayor parte de estas propuestas se centraron en planteamientos acerca de derechos civiles y garantías sociales, así como en un gran interés por consagrar normas de protección al medio ambiente y ofrecer efectiva protección a las comunidades indígenas. Otra parte de las propuestas se refirió al Congreso, en temas como el abandono del sistema bicameral, la reglamentación estricta de los auxilios parlamentarios y la posibilidad de revocatoria del mandato.

En cuanto a la rama ejecutiva, hubo sugerencias relativas a la supresión de la designatura, y el desmonte del artículo 120 de la carta de 1886. En materia electoral hubo sugerencias sobre la elección popular de gobernadores, al establecimiento del voto obligatorio, y no faltaron propuestas sobre modificaciones a la rama jurisdiccional.

Sin embargo, el Consejo de Estado, mediante providencia del 4 de abril de 1988, declaró la *suspensión provisional en prevención* del Acuerdo de la Casa de Nariño. La providencia consideró que: " (...) el denominado Acuerdo de la Casa de Nariño es un acto administrativo de carácter preparatorio. Conforme a su texto, el mismo establece un procedimiento dirigido única y exclusivamente a la celebración de un referéndum, a través del cual el pueblo colombiano exprese su voluntad y decida el proyecto de reforma constitucional que se les someterá. Este referéndum es inconstitucional. La carta fundamental únicamente puede ser reformada de la manera como ella misma, de modo preciso, determina en su canon 218, en armonía con el artículo 13 del plebiscito de 1957".

Para hacer frente a las vicisitudes del Acuerdo de la Casa de Nariño, el Presidente Barco presentó entonces al Congreso, en julio de 1988, un proyecto de reforma constitucional que luego fue abandonado por el propio gobierno en diciembre de 1989, debido a la controversia nacional y crisis del orden público que se suscitó por las propuestas relacionadas con la figura de la extradición.

Diego Younes<sup>99</sup> incluye en su obra, entre otras, las siguientes propuestas de este proyecto fracasado:

- Creación del Defensor cívico: Con el fin de defender los derechos que cotidianamente ejercen los ciudadanos, se pretendió crear esta figura, con el objeto de que dicho funcionario elegido por el Congreso vigilara a la administración y a los funcionarios públicos.

- En relación con el Congreso se extienden a nueve meses las sesiones ordinarias pero en época de receso podría sesionar por propia iniciativa para ejercer funciones de control político.

- En relación con la rama ejecutiva se propuso precisar alguna de las facultades presidenciales para el *estado de sitio*, separar las funciones del Presidente en cuanto jefe del Estado y, suprema autoridad administrativa y se propuso la creación de la vicepresidencia de la república y la posibilidad de elección a doble vuelta para Presidente y vicePresidente de la República.

- En relación con los partidos políticos y para garantizar la igualdad de oportunidades, el proyecto proponía el reconocimiento y financiación de los partidos políticos, así como lo relacionado con la regulación de sus fondos y establecimiento de restricciones a la destinación de los mismos.

- En desarrollo del principio de participación ciudadana el proyecto proponía que los trabajadores pudieran beneficiarse económicamente e intervenir en la participación y administración de los factores de producción, pretendiendo facilitar así su acceso a la propiedad.

En relación con el estado de sitio, se proponen dos grados en relación con la anormalidad interna: *estado de alarma*, con el objeto de aplicar medidas de policía, y *estado de conmoción interior*, más grave que el anterior.

- En materia de administración de justicia el proyecto propone la creación de la Fiscalía General dentro del Ministerio Público, la creación del Consejo Superior de la Administración de Justicia, en lugar del Consejo de la Judicatura, la supresión de la cooptación en la elección de los magistrados, y también preveía la creación de la Corte Constitucional.

- En materia electoral proponía la ampliación del número de representantes a la Cámara; la circunscripción de nacionales colombianos en el exterior y el sistema uninominal para la elección de miembros de la Cámara de Representantes; prohibía además la reelección del Procurador General de la Nación.

- En materia de control fiscal, el proyecto proponía la creación de una corporación dotada de cierta autonomía, denominada Tribunal de Cuentas, que se encargaría de definir y determinar la responsabilidad fiscal, los objetos sobre los cuales ésta recaería, y los procedimientos para hacerla efectiva, junto con la jurisdicción competente.

---

<sup>99</sup> Younes. Op. cit. p. 36 y ss.

- En materia de organización territorial del Estado se creaban las *provincias* para agrupar municipios cuya vecindad, relaciones económicas e integración regional permitieran su vinculación, para la prestación de servicios comunes.

- Buscaba el fortalecimiento de la democracia directa ya que el proyecto de reforma introducía la consulta y la iniciativa popular en todos los órganos de la administración nacional, departamental, provincial y municipal. Se consagraba la iniciativa popular en materia legislativa, así como para solicitar la derogatoria de una norma legal o constitucional.

- En materia de reforma constitucional el proyecto derogaba el artículo 13 del plebiscito de 1957 y en su lugar planteaba tres vías para la reforma constitucional: la del Congreso, la del referéndum y la de una asamblea constituyente.

## 2.5.2. EL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1991

El 25 de agosto de 1989, una semana después del asesinato del candidato presidencial liberal Luis Carlos Galán y luego de varios otros asesinatos y atentados, los estudiantes universitarios marcharon por las calles de Bogotá para rechazar la violencia terrorista con el lema “por todo lo que nos une y contra todo lo que nos separa”. Posteriormente, los estudiantes de derecho de prestigiosas universidades de la capital se organizaron en el movimiento *Todavía podemos salvar a Colombia* y propusieron fórmulas de reforma constitucional, a implementarse en las elecciones parlamentarias del 11 de marzo de 1990, por medio de la llamada *séptima papeleta*<sup>100</sup> que consultaba al constituyente primario sobre la convocatoria de una asamblea nacional constituyente. Su viabilidad se despejó el 27 de febrero de 1990, cuando el Registrador Nacional del Estado Civil conceptuó que la inclusión de ese voto en el sobre electoral no anularía los otros seis.

Este antecedente creó un clima favorable de opinión que le permitió al gobierno expedir el decreto legislativo 927 de 1990 mediante el cual se autorizó el escrutinio de los votos en favor de la Asamblea Nacional Constituyente, de manera ya oficial, por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Esta vez la Corte Suprema de Justicia declaró exequible el Decreto legislativo. Dijo la Corte: “el clamor popular para que ocurra el fortalecimiento institucional es un hecho público y notorio que en derecho no requiere prueba; en favor de él se han manifestado los partidos políticos y los medios de comunicación, los estamentos universitarios y el pueblo general, a través de la denominada séptima papeleta, en las elecciones del 11 de marzo de 1990 (...) el juicio constitucional debe consultar la realidad social a la que se pretende aplicar una norma”.

En las elecciones del 27 del mes de mayo, la propuesta en favor de la asamblea constitucional recibió un respaldo de más de 5 millones de votos. El 24 de agosto, el Presidente Gaviria, por medio del decreto 1926/90, estableció el temario, la composición de la asamblea y los requisitos para ser miembro de ella. El decreto recogía el contenido de un acuerdo político celebrado entre los dirigentes de las colectividades más importantes del país.

---

<sup>100</sup> Las otras seis papeletas correspondían a los votos para Presidente y corporaciones.



La Corte Suprema abocó el examen de constitucionalidad del decreto y lo declaró exequible; sin embargo, declaró inconstitucional el temario que se le fijaba a la constituyente y la caución que debían depositar los aspirantes a la misma. Sostuvo la Corte en su famosa y controvertida sentencia que: "el principio de legitimidad está restringido por el principio de efectividad (...). La norma básica de un orden legal nacional no es producto arbitrario de la imaginación jurídica (...) por tanto, un orden normativo pierde su validez cuando la realidad no corresponde ya a él, por lo menos en cierto grado (...) pero el asunto es de mayor calado; el derecho no pertenece al ámbito de lo lógico ni el jurista debe limitarse a examinarlo como un simple conjunto de normas. Su ser ontológico se halla en el mundo de los valores y por lo tanto exige preguntarse sobre la utilidad o inutilidad de las normas jurídicas para realizar determinados fines que se juzgan valiosos para la comunidad. (...) como la nación colombiana es el constituyente primario, puede en cualquier tiempo darse una Constitución distinta a la vigente hasta entonces y sujetarse a los principios que esta consagra. De lo contrario, se llegaría a muchos absurdos; el primero de ellos, que la reforma constitucional de 1957 no vale por haber sido fruto de un plebiscito; que también fue nugatoria la de 1886 por no haberse sujetado a los difícilísimos procedimientos previstos en la Constitución de Rionegro -1863- para modificarla"<sup>101</sup>.

Y sobre los límites del poder constituyente primario, dijo la Corte:

"Siendo la Nación el constituyente primario y teniendo ella un carácter soberano, del cual emanan los demás poderes, no puede tener otros límites que los que él mismo se imponga, ni los poderes constituidos pueden revisar sus actos. Así lo ha sostenido la Corte en dos fallos relativos al plebiscito el primero de diciembre de 1957. (...) No escapa a la Corte la trascendencia y alcance de la decisión que ahora profiere y los riesgos que algunos señalan en forma premonitoria; pero también considera que dentro de la tradición política y jurídica de la República que arranca desde los albores de la independencia, existe un plexo de convicciones y principios que legitima la validez del sistema democrático y que de seguro obligará a los ciudadanos a proceder con la más elevada responsabilidad, y a la Asamblea Nacional Constitucional a interpretar las necesidades y esperanza de la Nación que tiene derecho a buscar nuevos caminos que garanticen un mejor proyecto de vida, de normal convivencia, paz, libertad y justicia social"<sup>102</sup>.

LLeras de la Fuente recuerda como "después de haber aceptado la séptima papeleta, los barones electorales (muchos de ellos beneficiarios de auxilios para automóviles, viajes y otras prebendas) se marginaron de la elección de constituyentes e, inclusive, trataron de ilegitimarla, ya sea francamente poniendo en duda su legitimidad como consecuencia del aparente reducido número de votos, ya taimadamente desarrollando la teoría de que el trabajo de la asamblea tenía que ser sometido a referendo. Las gentes clamaban por el cierre del Congreso -y venían haciéndolo desde hacía muchos años frente a tanto abuso y tanta inmoralidad- y los mismos diarios oficialistas arreciaban sus críticas severas. Podría decirse, sin exageración alguna, que uno de los motivos que llevó a convocar la asamblea fue la renovación del Congreso y la modificación profunda del estatuto del congresista. Tan cierto es ello que hoy en día el pueblo dispone de seis meses para derogar por referendo cualquier reforma de la Constitución que el Congreso apruebe en relación con su propio régimen"<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> CSJ, M.P. Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz. Hay salvamentos de voto.

<sup>102</sup> CSJ, *ibidem*.

<sup>103</sup> LLERAS DE LA FUENTE, Carlos. Interpretación y génesis de la constitución colombiana, pp. 27.

La composición heterogénea de la asamblea constituyente, contraria al bipartidismo preponderante del Partido Liberal y el Partido Conservador, se manifestó también por la presencia de miembros elegidos por la unión patriótica, ligada al Partido Comunista, de ex-guerrilleros y de representantes de grupos indígenas y religiosos no católicos.

La asamblea nacional constituyente del 91 se instaló el 5 de febrero de 1991 y fue presidida por tres copresidentes: Horacio Serpa Uribe (Partido Liberal), Antonio Navarro Wolf (por el movimiento Alianza Democrática M-19) y Álvaro Gómez Hurtado (por el Movimiento de Salvación Nacional –Conservador-). Para el ejercicio de sus funciones se crearon cinco comisiones, así:

- 1ª. Derechos,
- 2ª. Régimen territorial,
- 3ª. Organización del Estado, ramas legislativa y ejecutiva del poder público,
- 4ª. Administración de justicia, y
- 5ª. Asuntos económicos

Las comisiones, a su vez, dieron origen a veintiún subcomisiones a las cuales se confió el primer examen de proyectos y propuestas. Los debates en las comisiones condujeron a los proyectos que llegaron a plenaria para primer debate, luego el texto pasó a la comisión codificadora y, finalmente, a la comisión de estilo que tuvo dos días para corregir los textos. Ello no impidió que se produjera una declaratoria de yerros y adiciones por parte del secretario de la Asamblea el conocido constitucionalista Jacobo Pérez Escobar.

La nueva Constitución Política para los colombianos fue promulgada el 4 de julio de 1991. La Constitución, que cuenta con 397 artículos y 56 normas transitorias, reemplazó a la proclamada en 1886 por Rafael Núñez y consolidó un proceso democrático que comenzó con la elección de los constituyentes y el cierre del Congreso de la República. En este proceso se creó una Comisión Especial, compuesta por 36 miembros, la mitad de los cuales podrían ser designados entre los constituyentes encargada de adelantar ciertas tareas legislativas prioritarias.

### **2.2.1. Aspectos sobresalientes de la reforma constituyente de 1991**

La nueva Carta es un esfuerzo más por lograr cambios importantes en la vida socio-política de los colombianos a través de medios pacíficos. Este esfuerzo tiene sus apoyos y sus logros, pero también sus críticos y sus detractores.

Para comenzar, es necesario reconocer que esta Carta del 91 no es el documento de los vencedores en una guerra civil, como sucedió con las Cartas anteriores, y que la asamblea se caracterizó por su origen electivo y pluralista. En la Carta se habla del *Estado Social de Derecho* entendido como la ordenación del poder político hacia la búsqueda, sí de un orden, pero JUSTO; en su metodología y procedimientos se hace un esfuerzo por el traslado de lo *representativo* a lo *participativo* y por el logro de una *democracia incluyente*.

La Carta plantea una nueva correlación de fuerzas entre las esferas del poder con la creación de la Corte Constitucional, el fortalecimiento de los organismos de control y la creación de la Defensoría del Pueblo. Buscó, además, la efectividad de sus normas con nuevas y más eficientes herramientas jurídicas.

Se constitucionalizó la ya legalmente establecida elección popular de alcaldes y estableció la elección popular de gobernadores; replantea temas relacionados con la

descentralización, participación, revocatoria del mandato, acción y excepción de inconstitucionalidad, derecho de petición, acción de tutela, acciones populares y defensa del ambiente, entre otros.

A los críticos tampoco les faltan razones: En el sentir de Carlos Lleras de la Fuente, en su obra *Interpretación y génesis de la Constitución colombiana*: “La Constitución de 1886 se redactó por un reducido número de delegatarios: 18, durante ocho meses, bajo la dirección de los señores Núñez Caro y Samper y con fundamento en unas bases claras y propicias que habían sido previamente aprobadas; la de 1991 se redactó con 74 constituyentes de las más variadas características, orígenes, biología y culturas, durante cuatro meses, debiendo tener en consideración 131 proyectos de reforma, uno del gobierno y 130 de los miembros de la asamblea, 50 propuestas de gremios, sindicatos, universidades y asociaciones de toda índole y variedad, y 250.000 conclusiones de las mesas de trabajo que el gobierno había promovido en todo el país”<sup>104</sup>.

Reconoce el constituyente Lleras que “La nueva Constitución es un documento histórico sociológico que narra los males que Colombia ha venido padeciendo y compila los anhelos de cambio de Colombia”<sup>105</sup>. En efecto, si se prohíbe torturar, y hacer desaparecer las gentes y maltratar a los niños, y si se da orden de alimentar a los ancianos y a las madres menesterosas y proteger al minusválido, es porque en Colombia llevamos décadas de violencia cruel e inhumana y porque no se ha manejado la inversión con criterio social, y se han despilfarrado los dineros y se ha defraudado el tesoro público y abusado de prerrogativas parlamentarias y de cargos.”<sup>106</sup>.

### **2.2.2. Estructura de la nueva Carta**

En la nueva Carta se distinguen cuatro grandes grupos de normas: el primer grupo integrado por los primeros 102 artículos, donde se plasman los principios fundamentales, las garantías, los derechos, los deberes y los derechos colectivos y del ambiente y las formas de protección y aplicación de los derechos; los sujetos activos de aquellos y el ámbito territorial de aplicación de tales normas. En este se incluyen figuras jurídicas trascendentales como las acciones de tutela, de cumplimiento, populares y de grupo que tanta influencia tendrían en la evolución posterior de la Nación en aras del respeto de los derechos constitucionales fundamentales.

El segundo bloque lo constituyen los artículos 103 a 112 sobre participación democrática y partidos políticos que incluye el tema del cabildo abierto del cual no se hablaba desde que tal fenómeno se presentó el ya lejano 20 de julio de 1810.

El tercer bloque se inicia con el artículo 103, primero del título quinto sobre la organización del Estado, y culmina con el artículo 331 que crea la Corporación autónoma regional del río grande de la Magdalena.

El cuarto bloque, que comienza con el artículo 332 y concluye con el 380, trata del régimen económico y de la hacienda pública e incluye los temas de la planeación, el presupuesto, la distribución de recursos, la finalidad del Estado y de los servicios públicos y el tema de la banca central. La carta también incluye 62 artículos transitorios.

#### **2.2.2.1. La reforma legislativa**

<sup>104</sup> Lleras de la Fuente, Carlos. *Interpretación y génesis de la constitución colombiana*. Pp. 21.

<sup>105</sup> *Ibidem*, pp. 26.

<sup>106</sup> *Ibidem*, pp. 26.

El título sexto sobre la reforma legislativa fue debatido largamente en las subcomisiones y en la comisión tercera. En el sentir de LLeras de la Fuente “la reforma del Congreso y el régimen de inhabilidades y de incompatibilidades de los congresistas era anhelo de la población que deseaba garantizar el inicio de una nueva era política. La eliminación de las suplencias, institución responsable de corrupción política, era buena. La siguiente gran reforma fue la introducción de la *moción de censura* cuyo planteamiento original, radical y peligroso se pudo atemperar. Es de recordar que la censura es típica de los regímenes parlamentarios y que a través de ella se produce la caída de un gobierno y no de un ministro; al incrustarse en nuestro régimen presidencial se ha hecho una forzada diferenciación entre ministro y Presidente cuando ambos conforman el gobierno para cada asunto particular y tienen, por tanto, que obrar de consuno. La censura es una forma indirecta de infligir una derrota al Presidente, teniendo como chivo expiatorio al ministro”<sup>107</sup>.

Un aspecto importante es la nueva facultad que adquiere el Congreso de investigar no sólo al sector público, sino también al privado y de hacer comparecer a los voceros de este para declarar bajo juramento frente a las comisiones investigadoras que designe la corporación. Las comisiones del Congreso, incluidas las constitucionales permanentes serían reglamentadas en la Ley 5ª de 1992 o Reglamento del Congreso.

Se dieron al Congreso otras facultades importantes, algunas de las cuales había perdido con la reforma de 1968, como las relacionadas con el gasto público, facultades que habrán de ser efectivas con ocasión de la discusión del presupuesto nacional, del plan general de desarrollo y del plan anual de inversiones. Infortunadamente, “Como el Congreso nunca ha sido particularmente ágil para estudiar tales temas, la Constitución prevé que las iniciativas sobre materias tan importantes se vuelvan leyes sin que hayan sido aprobadas”<sup>108</sup>.

El Congreso sesionará prácticamente todo el año, de modo que las sesiones extraordinarias prácticamente desaparecen: cada legislatura se compone de dos periodos, el primero del 20 de julio al 16 de diciembre y el segundo, del 16 de marzo al 20 de junio. Nació ésta penúltima fecha del deseo del constituyente Galán de honrar a los comuneros, cuyo levantamiento se inició en tal fecha.

Se prohibieron los auxilios y los viajes de los congresistas por cuenta del erario, salvo en caso de misiones especiales aprobadas por las tres cuartas partes de los miembros de las respectivas cámaras. “En materia de auxilios, sobre los cuales se reitera la prohibición en el título XII, la propuesta fue tan radical que podía haber implicado la desaparición de todas las entidades sin ánimo de lucro que trabajan con seriedad en los campos de la salud pública, la educación, y la cultura y que obviamente necesitan del apoyo del Estado. La prohibición se dirigía realmente a los dineros que en cantidades monstruosas han desviado algunos congresistas a fines electorales o para su enriquecimiento personal a través de “fundaciones sin ánimo de lucro“, que avergonzarían a un asaltante de caminos. Para que no pagaran justos por pecadores se dejó abierta la posibilidad de que entidades particulares recibieran el apoyo económico del Estado, previa celebración con este de contratos que permitieran verificar la naturaleza de la entidad beneficiaria, las funciones que cumple y cómo lo hace. Las irregularidades mencionadas dieron lugar a la creación,

---

<sup>107</sup> LLeras de la Fuente, idem. pp. 40.

<sup>108</sup> LLeras de la Fuente, idem. p. 41.

en artículo transitorio, de un *veedor del tesoro*, encargado de velar porque los dineros públicos no se desviarán para financiar las campañas políticas<sup>109</sup>.

La nueva Carta conserva instituciones tradicionales como la *manifestación de urgencia* y las *facultades extraordinarias* contra las cuales las izquierdas desarrollaron intensa campaña. Pasaron, pero recortadas, pues no podrán otorgarse para expedir leyes orgánicas, ni estatutarias, ni códigos, ni impuestos, ni leyes marco (*art. 150, num 20*).

Uno de los mayores y más discutidos cambios en materia electoral fue la creación de la *circunscripción nacional* para el Senado; “un sistema que sin embargo ha facilitado la destrucción de la organización de los partidos y ha abierto la puerta a la elección uninominal, pero ésta no era la idea, sino la de permitir a los grupos minoritarios llegar al Senado pero, como tantas otras cosas, esta iniciativa ha servido para lo que no fue concedida<sup>110</sup>”.

Las inhabilidades e incompatibilidades son un ejemplo de los excesos a que se llega como reacción por las malas conductas; el texto aprobado es menos duro que otros que se sometieron a la consideración de la asamblea e incluye la prohibición de que los congresistas sean designados servidores públicos en otras ramas del poder público o en otros órganos de este, creando, en la práctica, la profesión de congresista de tiempo completo y dedicación exclusiva.

Es interesante mencionar, para finalizar este rápido vistazo de la rama legislativa del poder público, la introducción en la Constitución de la figura de la *pérdida de la investidura* que decreta el Consejo de Estado en determinadas circunstancias, en un plazo de 20 días “*contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la cámara correspondiente o por cualquier ciudadano*” (*C.P., art. 184*).

### **2.2.2.2. Las reformas a la rama ejecutiva y a la función administrativa**

Respecto de la rama ejecutiva se intentó distinguir entre las funciones del Presidente como Jefe del Gobierno y aquellas que ejerce como Jefe de Estado y Suprema autoridad administrativa, pero, de acuerdo con LLeras, los enamorados de la Constitución anterior lograron finalmente fundir las funciones del gobierno y del Presidente en un solo artículo.

El Presidente, “aun cuando se diga lo contrario, no salió debilitado después de la reforma; conserva prácticamente intactas sus facultades salvo en cuanto desapareció el antiguo artículo 28 de la Carta, se recortaron las posibilidades de que el Congreso le diera facultades extraordinarias, se le impusieron ciertos límites al uso de las facultades emanadas de los *estados de excepción*, se sometió a sus ministros al voto de censura, se aprobó la elección popular de gobernadores y se facilitó al Congreso participar en el manejo de la economía nacional. No se opuso el ministro de gobierno a nada de esto en los debates y el Presidente de turno planteó defender la elección de gobernadores que debería llevar a que éstos y el propio Presidente se liberaran de la dictadura de los caciques departamentales. Se prohibió la reelección presidencial; se creó la vicepresidencia de la república cuyo titular se elegirá en la misma “*fórmula*” con el Presidente, aunque puede ser de partido distinto<sup>111</sup>. Se estableció la doble vuelta para la elección presidencial.

---

<sup>109</sup> LLeras de la Fuente, op. cit., p. 43.

<sup>110</sup> Idem, p. 44.

<sup>111</sup> Idem., pp. 46.

Carlos Lleras de la Fuente reivindica el capítulo quinto del título séptimo “de la función administrativa” surgido de una ponencia suya en el cual se trataban los temas de la descentralización, la delegación y la desconcentración, solo para señalar cómo el artículo que regulaba este último fenómeno “se perdió y nadie ha vuelto a verlo; murió al no quedar en la “fe de erratas” ni en los computadores de la Presidencia de la República. Descanse en paz”<sup>112</sup>.

### **2.2.2.3. La situación de la Rama Judicial**

La rama judicial del poder público sufrió grandes cambios: su reforma era, como se recordará y junto a la de la rama legislativa, el otro gran objetivo de la asamblea.

La creación de la Corte Constitucional, cuyo funcionamiento fue regulado mediante un artículo transitorio, recibió la misión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes y de los proyectos de ley, los tratados públicos y las leyes que los aprueban, de la revisión de las acciones de tutela, y la obligatoriedad de declarar ante las comisiones del Congreso.

La creación de la Fiscalía General de la Nación como parte de la rama judicial fue un error emanado del anti-presidencialismo de tanto constituyente. Su organización fue reglamentada por decreto de facultades otorgadas por la asamblea, en virtud de las cuales también se expidió el nuevo código de procedimiento penal que se fundamenta en el sistema acusatorio, propio de la organización norteamericana y que allí está siendo cuestionada por las facultades de derecho<sup>113</sup>; el Fiscal se convierte en una de las figuras más poderosa del país y de él, y de su probidad, dependerá nuestro futuro; de hecho, a nadie se podrá seguir causa criminal si no hay acusación previa.

Se crea el *Consejo Superior de la Judicatura* con dos salas: la administrativa y la disciplinaria. Se crean los *jueces de paz* como un intento para resolver los pequeños problemas de las comunidades, evitando que exista congestión en los despachos judiciales, y se crean también las jurisdicciones especiales a cargo de las autoridades indígenas.

Como puede verse la jurisdicción ordinaria cuya cabeza se deja a la Corte Suprema de Justicia queda reducida prácticamente a una corte de casación con funciones de juzgamiento de los miembros del Congreso y de altos funcionarios públicos y con el encargo de elegir al Fiscal General de la Nación y postular candidatos para proveer ciertos cargos: Magistrados de la Corte Constitucional, del Consejo Superior de la Judicatura, Contralor General de la República, y Procurador General de la Nación.

### **2.2.2.4. El tema de elecciones**

Por primera vez aparece en la Constitución un título sobre las elecciones y la organización electoral. Se evitó que el voto se hiciera obligatorio por considerarse que violaba la libertad individual. Se introdujo la figura del voto programático que obliga a los candidatos a alcaldes y a gobernadores a inscribir un programa respecto del cual podrán pedirle cuentas sus electores.

Se estableció la facultad del Consejo de Estado de investigar la procedencia y usos de los dineros que se utilizan en las campañas, de vigilar el funcionamiento de las encuestas de

---

<sup>112</sup> Lleras de la Fuente, Idem. pp. 47.

<sup>113</sup> Cfr. Lleras de la Fuente, op. cit. p. 49.

opinión, y de reglamentar la participación de los partidos y movimientos en los medios de comunicación social del Estado.

#### **2.2.2.5. Los organismos de control**

Los órganos de control recibieron especial atención de la asamblea, tanto en el caso de la Contraloría como en el de la Procuraduría. Ambas salieron fortalecidas en el proceso.

En cuanto a la Contraloría, se reafirma su función respecto de la administración y de los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación. Se consideró importante que el control no obstaculizara la gestión y, por lo tanto, se estableció que fuera posterior. Deben mencionarse entre las funciones de la Contraloría la de llevar el registro de la deuda pública; determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que obren los responsables del erario; ejercer la jurisdicción coactiva; presentar al Congreso un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse. Todo ello acompañado de la facultad enorme de exigir la suspensión inmediata de funcionarios respecto de los cuales se adelanten investigaciones penales o disciplinarias.

La Constitución regula la vigilancia en las entidades territoriales al confiar al Contralor la función de dictar normas generales para armonizar los sistema de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial; esta disposición junto con otras que ordenan al Congreso emitir el estatuto de contratación administrativa del Estado y con las que contiene el título XII respecto de planes de desarrollo y presupuestos harán desaparecer en buena parte los códigos fiscales y los estatutos de contratación de las entidades territoriales y descentralizadas de cualquier orden.

La obsesión en contra de la corrupción administrativa llevó a incluir la posibilidad de que, a solicitud de cualquier proponente, el Contralor ordenará que el acto de adjudicación de una licitación se efectúe en audiencia pública (*C.P., art. 273*). Prevé la Constitución que la Contraloría sea vigilada por un auditor nombrado por la Corte Suprema de Justicia de terna elaborada por el Consejo de Estado. Lleras de la Fuente resalta como cada vez que a lo largo de las cartas se piensa en crear controles eficaces o efectuar elecciones de determinado nivel, se recurre a los órganos máximos de la rama judicial para que nombren, elijan o den candidatos.

#### **2.2.2.6. La organización territorial y la descentralización**

El tema de la organización territorial tuvo enorme importancia en la asamblea; podríamos decir que incluía diversas preocupaciones: la descentralización administrativa y, en buena parte, política, complementada con la transferencia de ingresos de la nación a las entidades territoriales; la creación de nuevas entidades territoriales; el régimen de los territorios o resguardos indígenas y el régimen de Bogotá, de los distritos metropolitanos, y de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

La descentralización fue de aquellos temas difíciles de manejar; hubo, sin duda, un claro sentimiento anti-centralista, palabra que nunca ha podido ser bien definida en Colombia. En todo caso, se incluyeron entre las entidades territoriales, dos: las *provincias* y las *regiones*, propuesta costeña, esta última, que se remonta a la creación de las corporaciones autónomas regionales: CVC, CAR, CVM, etc. En efecto, la Constitución revive la provincia, como entidad territorial que debe conformarse con municipios del mismo departamento y que tiene hondos raíces históricas, y crea, como entidad nueva y sin antecedentes, la región, que se conformará por varios departamentos si es que algún



día, cualquiera de éstos acepta renunciar a cierta prerrogativa en favor de tal tipo de entidad; estos profundos cambios, que no se han concretado, buscan seguirle los pasos a los desarrollos que se iniciaron en Francia con el general de Gaulle y que han seguido con aparente buen éxito.

La transferencia de ingresos corrientes de la Nación a los municipios y el *situado fiscal*, ya antes existente, son complemento del proceso de descentralización: A la pregunta ¿para qué descentralizar si las entidades territoriales carecen de recursos? se resolvió, entonces mantener el *situado fiscal* para fines educativos a favor de los departamentos y los distritos y establecer la transferencia de los ingresos corrientes de la Nación a los municipios en un porcentaje creciente. Los municipios y los departamentos se beneficiarán con grandes recursos, lo mismo que los distritos. A los anteriores recursos debemos adicionar los del fondo de regalías, de creación constitucional, que se alimentará con aquellos que previamente no hubiesen sido objeto de distribución, como ha ocurrido desde hace muchos años con los del petróleo y el carbón, o que comiencen a cobrarse por primera vez en virtud de que toda explotación de recursos naturales no renovables, lo cual dará lugar al pago de regalías, lo mismo que su transporte y su embarque a favor de los municipios que atraviesan aquellos, con igual favor de los puertos donde se embarcan.

El problema indígena, que el país resolvió constitucionalizar, incluyó la conformación de las *entidades territoriales indígenas*. El régimen de Bogotá aclaró dudas que existían en el pasado y resolvió problemas como el de la no aplicación a la capital de las normas municipales. La creación de las juntas administradoras locales y el nuevo sistema de nombramiento de los alcaldes menores es una buena iniciativa, pues resulta imposible manejar a Bogotá en forma centralizada. Es de señalar que Bogotá sigue siendo la capital del departamento de Cundinamarca pero que sus habitantes no pueden votar para elegir ni gobernador ni diputados, pese a que las rentas departamentales que se recaudan en la ciudad se dividirán entre ésta y el departamento. La Constitución autorizó a Bogotá para conformar un área metropolitana con los municipios vecinos, los cuales pueden incorporarse al distrito, como ocurrió en el pasado con los llamados "municipios anexados" (Suba, Usme, Engativá, Bosa, Fontibón, Usaquén) o sea que o conservan su autonomía dentro de una área metropolitana o entran a formar parte del distrito.

Todas las actuales entidades territoriales gozan de autonomía dentro del marco de la Constitución y la ley y se contempla una Ley orgánica de ordenamiento territorial, encargada de distribuir las competencias entre la Nación y tales entidades, con la curiosa facultad que se dio a las entidades territoriales fronterizas para adelantar directamente con la entidad territorial limítrofe del país vecino, de igual nivel, programas de cooperación e integración<sup>114</sup> (C.P., art. 289).

Dentro de este proceso descentralista y en relación con el manejo del orden público se dejó en claro que los gobernadores obedecen a las órdenes del Presidente y los alcaldes a las de aquellos.

La asamblea consideró que no era el momento más oportuno para crear las *provincias*, entidades territoriales que pudiesen suprimir o sustituir a los departamentos; también se mantuvieron las asambleas departamentales con el carácter de corporaciones

---

<sup>114</sup> En el sentir de Lleras de la Fuente tal autorización es una abusiva intromisión en el manejo de la política internacional, que corresponde al Presidente de la República, quien no debe estar expuesto a que gobernadores y alcaldes de elección popular desarrollen su propia política de integración fronteriza". Cfr. Lleras de la Fuente, op. cit., p. 57.



administrativas que ya tenían, incurriendo en el error de darles funciones de expedición de normas orgánicas del presupuesto, que el capítulo correspondiente limitará a la ley, y de planeación, con lo cual ocurre lo mismo; es la descentralización centralizada de que habla Carlos Lleras de la Fuente. La iniciativa del gasto público se mantiene en manos del gobernador y se incluye una norma de difícil manejo, la del artículo 301 que faculta a las asambleas para delegar en los consejos algunas de las funciones que le son propias.

Todo municipio puede dividir su territorio en comunas (zona urbana) y corregimientos (zona rural) y establecer las juntas administradoras locales; podrá también formar con otras, áreas metropolitanas, para programar y coordinar el desarrollo de su territorio.

Para terminar, mencionemos otras dos normas de particular interés: el artículo 310 sobre San Andrés, complementado por el artículo transitorio 42, reglamentación que es excepcional en la historia de Colombia y que podría servir de precedente para crear controles, por ejemplo, con el fin de evitar el crecimiento de Bogotá; permite ella limitar el ejercicio de los derechos de circulación y de residencia, establecer controles a la densidad de población y dictar otras normas.

### **2.2.2.7. El régimen económico constitucional**

El título XII, del régimen económico y de la hacienda pública, incluye temas a los cuales la asamblea dedicó tiempo pero que, en el sentir de algunos analistas, incluye confusiones ideológicas y contradicciones que van a tener efectos en el desarrollo de la administración. Lo primero que llama la atención es que, de una parte, se establece que Colombia es un *Estado Social de Derecho*, pero también se quiere erradicar en lo posible la intervención del Estado, privatizando varios sectores de la economía; sin embargo se quiere conservar la intervención, por ejemplo, para garantizar el pleno empleo.

Se introduce el concepto de "posición dominante en el mercado nacional" (*art. 333*), para autorizar al Estado a controlar su abuso. En relación con el tema de las licorerías (*art. 336*), Lleras de la Fuente tiene una apreciación particular: "gracias al activo *lobbying* de gerentes y sindicatos de empresas licorerías y de los gobernadores de los respectivos departamentos, la asamblea mantuvo el monopolio correspondiente; es uno de los votos de los cuales me arrepiento, sin que tranquilice mi conciencia la norma del inciso final del artículo 336, de nuestra iniciativa, según la cual el gobierno puede enajenar a o liquidar a las empresas monopolísticas ineficientes. Las licorerías han sido tradicionalmente fuente de corrupción o politiquería y de clientelismo y el error cometido sólo puede adjudicarse al cansancio que produce la continua presión de gerentes que no hubiesen debido tener acceso al recinto del centro de convenciones"<sup>115</sup>.

En relación con los planes de desarrollo, desde la reforma de 1968 se había introducido en la Constitución el principio de existencia y la necesidad de que el ejecutivo y el legislativo participarán en su estudio y elaboración; el artículo 80 de la antigua Constitución preveía la conformación y funcionamiento, dentro del Congreso, de la *Comisión del plan*, que egoísmos regionalistas impidieron conformar en veintidós años; ahora, cuando hay tanta opinión adversa a la planificación central de la economía, al fin se institucionalizan los planes de desarrollo, en coordinación con el presupuesto nacional.

El gobierno y no el Presidente presentará dentro de los primeros diez días de cada legislatura el proyecto de presupuesto y ley de apropiaciones, que debe ser aprobada por

---

<sup>115</sup> Lleras de la Fuente, op. cit., p. 62

el Congreso dentro de los tres meses siguientes, so pena de que el gobierno pueda ponerlo en vigencia mediante un decreto con fuerza de ley (*art. 341*).

Al finalizar el 3 de julio de 1991 y al haber el movimiento de Salvación Nacional impuesto su autoridad para impedir que se siguieran aprobando artículos transitorios, se produce la acelerada aprobación del texto definitivo de la Carta y la derogatoria de la anterior, sobre cuyo tema se / scutieron varios textos: uno, siguiendo la "escuela" de Rafael Núñez y aplicándole su propia medicina, derogaba expresamente la Constitución de 1886, pero el texto del artículo final públicamente no menciona aquella norma aislada ni expresamente sino que habla con simpático eufemismo de la derogatoria de la "Constitución hasta ahora vigente *con todas sus reformas*".

### 2.5.3. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

#### 2.3.1. ¿Qué es interpretar?

Según el Diccionario de la Lengua Española DRAE, interpretar significa: "Explicar o declarar el sentido de una cosa, y principalmente el de textos faltos de claridad". Caben, por tanto, dos sentidos diferentes del término: uno, relacionado con entender el significado de cualquier texto y otro que limita la interpretación a los textos faltos de claridad.

En cuanto hace relación a la interpretación jurídica, como bien sostiene Larenz<sup>116</sup>, constituye un error inaceptable considerar que los textos jurídicos sólo necesitan interpretación cuando aparecen como poco claros, oscuros o contradictorios. En la práctica, todos los textos jurídicos, por más completos que parezcan, son susceptibles y requieren de interpretación.

Desde esta perspectiva y de acuerdo con Vila Casado: "la interpretación es un razonamiento con el que se busca no sólo responder a la cuestión del significado de un texto normativo, sino también a la relación que existe entre ese texto y una situación concreta dentro de la cual deba ser aplicado. Es decir, la interpretación se presenta cuando se analiza el texto en abstracto, lo mismo que cuando se plantea el problema de la aplicación de lo contenido en el texto a un caso concreto"<sup>117</sup>.

En este sentido, interpretar un texto también significa decidirse por una, entre varias posibles maneras de entenderlo y aplicarlo; adoptar la solución que parece como la más "pertinente", utilizar el sentido que se impone en la solución jurídica de un conflicto concreto.

El cometido de la interpretación constitucional es entonces hallar el resultado constitucionalmente "correcto" a través de un procedimiento racional y controlable; fundamentar este resultado de modo igualmente racional y controlable, creando así certeza y previsibilidad jurídicas.

#### 2.3.2. Necesidad de la interpretación de los textos

Las leyes o normas jurídicas se dictan no solamente para que sean conocidas y entendidas, sino para que sean aplicadas, para que se constituyan en elementos obligados de referencia en las relaciones, acciones, interacciones y contradicciones

---

<sup>116</sup> LARENZ Karl. Metodología de la ciencia del Derecho, Ariel, Madrid, 1991, p. 193.

<sup>117</sup> VILA CASADO Ivan. Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo. Legis, Bogotá. 2007. p. 240.

sociales, tanto de los particulares entre sí, o de particulares con las autoridades públicas, como frente a aquellas situaciones que conducen a la intervención de un juez para resolver un conflicto.

Para aplicar la ley se requiere precisar su significado, es decir interpretarla. Algunos afirman que las leyes claras no requieren interpretación: “grave error que confunde el conocimiento de la ley con la aplicación de la misma. Toda ley supone un acto intelectual en virtud del cual se reconoce, en primer término, su vigencia; y los términos pueden ser claros, pero no en el sentido de la vigencia o conveniencia de aplicarla a un caso”<sup>118</sup>

Sobre el particular agrega el Vila: “La tarea de interpretar los textos siempre ha sido conflictiva. Valgan como ejemplo, en el campo de la teología, los numerosos cismas y conflictos religiosos que han surgido de la interpretación de los textos bíblicos. En el campo de lo jurídico es bueno recordar que en Francia, durante el periodo del absolutismo, se le prohibía a los jueces interpretar las ordenanzas y disposiciones reales porque se consideraba que ello conduciría a darle poder a los jueces. Idéntica actitud se adoptó por parte de los revolucionarios franceses, debido a la profunda desconfianza que les generaban los jueces provenientes en su totalidad de la monarquía. Al acogerse el principio de que la ley es la expresión de la voluntad popular, fundamento de la soberanía, en forma categórica se le prohibió a los jueces interpretar la ley, so pena de graves sanciones”<sup>119</sup>.

### 2.3.3. Procesos, sujetos y órganos de interpretación de la ley

Para la doctrina moderna, por el contrario, la interpretación es un proceso en el que están incluidas todas las personas, no sólo los funcionarios públicos. La misma Carta establece la obligación de enseñar y debatir sus contenidos (*art. 41*), es decir, de interpretarla y aplicarla.

La doctrina, técnicamente, distingue varios **tipos de interpretación** y con distintos efectos en relación con las leyes: se habla así de *interpretación pública* e *interpretación privada*, la interpretación pública a su vez, puede ser de dos especies, a saber:

- a) *interpretación legislativa*, es la que hace el legislador en forma obligatoria general y abstracta, a fin de aclarar el sentido de una ley oscura. En esta clase de interpretación, el legislador se vale de una nueva ley para aclarar el significado de otra precedente<sup>120</sup>.
- b) *Interpretación judicial*. es la que hacen los tribunales y jueces, así como también determinadas autoridades administrativas y algunos particulares (conciliadores y árbitros) investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, cuando aplican la ley a los casos concretos que se someten a su decisión.

La *interpretación privada* es la que hacen los jurisconsultos, tratadistas, profesores y estudiosos en general.<sup>121</sup>

Desde otro punto de vista Vila Casado<sup>122</sup> plantea un problema de vieja data en esta materia; se trata del relacionado con determinar si una ley debe ser interpretada de

<sup>118</sup> VALENCIA ZEA. Derecho Civil, Tomo I, edit Temis, Bogotá, 1960, p. 106.

<sup>119</sup> VILA CASADO. Op. Cit., p. 239.

<sup>120</sup> GONZALEZ RAMÍREZ, Augusto. *Introducción al Derecho*. 6ª. Ed. Librería del Profesional. Bogotá. 1997. p. 167.

<sup>121</sup> GONZÁLEZ, Op. Cit., p. 168.

<sup>122</sup> Vila Casado. Op. Cit., p. 242 y ss.

acuerdo con la voluntad del legislador (teorías subjetivas) o según la voluntad de la ley (teoría objetivas).

### **2.3.3.1. Teoría subjetivas**

Para las teorías subjetivas lo fundamental es indagar cuál fue la voluntad del creador de la norma, para aplicarla en ese sentido y sólo en ese punto. “El argumento en contra de las teorías subjetivas es el de que no siempre se puede saber con certeza cuál fue la voluntad del legislador; sin embargo, hay un problema mayor: las teorías subjetivas presentan dificultades insuperables cuando se trata de colmar lagunas jurídicas; en tal caso, el juez estaría atado de manos para resolver el conflicto, porque no podría realizar una interpretación que fuera valedera para dirimirlo, con sujeción al derecho”.<sup>123</sup>

### **2.3.3.2. Teoría objetivas**

Para estas teorías lo que importa no es el sentido que el legislador le quiso dar a la norma, sino el sentido que la ley ha incorporado efectivamente. La fortaleza de las teorías subjetivas estriba en la posibilidad de integrar las normas en el ordenamiento vigente. “En el derecho contemporáneo se observa un evidente predominio de las teorías objetivas de la interpretación, aunque no se descarta el tener que acudir, en ocasiones, a la indagación acerca de la voluntad del legislador. Lo que se busca hoy en día es la mayor claridad posible de la norma; que se determine cuál es la finalidad que persigue dentro del contexto normativo vigente”<sup>124</sup>.

Los problemas generados alrededor de la aplicación de las leyes han hecho necesario buscar reglas y principios que sirvan como pautas objetivas que permitan saber de qué manera y cómo interpretar la ley. La primera sistematización mejor lograda en la historia es la elaborada por Savigny, en su monumental obra *Sistema de Derecho Romano Actual*.

Savigny sostuvo que la labor de interpretación puede ser definida como la reconstrucción del pensamiento ínsito en la ley, y desarrolló en su obra los llamados criterios tradicionales de interpretación de la ley, a saber: *gramatical*, *sistemático*, *histórico* y *lógico*. Estos cuatro elementos pueden ser considerados como momentos diversos de un solo método.

El *criterio gramatical* parte de la consideración de que las leyes deben interpretarse según el sentido propio de sus palabras; el *criterio sistemático* apunta a la interpretación de la norma en función del contexto del cual hace parte; es decir que intenta poner de presente la conexión interna de todas las instituciones y reglas jurídicas como un todo coherente; el *criterio histórico* considera la génesis de cada ley en una situación histórica determinada; en primer lugar, busca averiguar los antecedentes de la norma, lo que se encuentra tanto en la exposición de motivos del proyecto, como en los debates parlamentarios; en segundo lugar, pretende relacionar la norma con las normas anteriores. El *criterio histórico* se vincula con las teorías subjetivas porque está dirigido a tratar de identificar la voluntad del legislador.

El *criterio lógico* consiste en el análisis estructural del pensamiento expresado por el legislador. Parte del supuesto de que no se crean deliberadamente normas absurdas, carentes de razón. Este criterio responde a las teorías objetivas, pues lo importante es

---

<sup>123</sup> Vila Casado, op. cit. Pp. 243.

<sup>124</sup> Vila Casado, op. cit., p. 244.

determinar qué es lo que quiere la norma, cuál es su espíritu, y no qué es lo que quiso decir del legislador. En la praxis jurídica es muy difícil separar el criterio lógico del sistemático, razón por la cual autores como Jacobo Pérez Escobar prefieren hablar del criterio lógico-sistemático.

#### 2.3.4. La interpretación de la Constitución

Teniendo en consideración que la Constitución Política es el documento fundamental de referencia para la organización político-social y que en ella se contienen las bases para el respeto y garantía de los derechos de los ciudadanos y para la organización del Estado; que constituye un marco de referencia para el comportamiento, derechos y deberes de las personas dentro del Estado; que ella consagra principios, valores y derechos que deben ser conocidos, pero sobre todo aplicados, y que sus normas son bastante generales e incluso pueden implicar contradicciones; todo ello hace evidente que su aplicación, en cuanto norma fundamental o ley de leyes, implica la necesidad de su interpretación.

Al derecho constitucional, disciplina normativa que se ocupa de la Constitución actual de un Estado determinado, le interesa de manera fundamental el estudio de la problemática de la interpretación constitucional, de sus alcances y límites, de sus sujetos y de sus efectos.

La interpretación de la Constitución ha adquirido entre nosotros una importancia de primer orden, a partir de 1991. Como quiera que la Constitución tiene ahora fuerza normativa y que además se caracteriza por contener normas amplias y abiertas, se impone la necesidad de reflexionar seriamente sobre la forma como deben ser interpretadas las normas constitucionales y sobre los métodos que permitan indagar acerca de su significado y su alcance, en situaciones concretas. Para ello hay que partir de la idea general de interpretación, continuar con la interpretación de la ley y llegar, finalmente, a la interpretación constitucional.

“Los criterios tradicionales conforman el método clásico de interpretación jurídica y han sido bastante eficientes en la tarea de interpretar las *leyes*, aunque no suficientes cuando se trata de resolver casos difíciles. Tales criterios no tienen la misma eficacia cuando se debe interpretar la *Constitución*, dado el carácter abierto y amplio de la gran mayoría de sus normas, lo que la diferencia de las normas legales”<sup>125</sup>.

En la Constitución se encuentran normas que tienen estructura diferente, con una singular presencia interconectada de principios y valores que indican directrices fundamentales. La interpretación constitucional se convirtió en problema jurídico a partir del momento en el que la Constitución adquirió carácter normativo; es decir, cuando dejó de contener sólo normas políticas y pasó a ser un conjunto de normas con eficacia jurídica. Esto hace necesaria la interpretación y, de otra parte, la existencia de un tribunal que determine con cierto grado de precisión jurídica cuál es ese sentido.

“La especificidad de la norma constitucional responde de alguna manera a la indeterminación que en cierto grado la caracteriza, lo que a su vez genera un doble efecto:

- 1) La indeterminación de la norma constitucional hace imperiosa la interpretación, y
- 2) Esa misma indeterminación es un límite de la interpretación, en el sentido de que si el constituyente no ha decidido, el juez constitucional no puede decidir. El legislador tendrá,

---

<sup>125</sup> Vila Casado. Op. cit., p. 249.

en los campos no tocados por la Constitución, libertad para adoptar una u otra posición, ya que el juez constitucional tampoco puede ponerse en el lugar del constituyente”<sup>126</sup>.

#### **2.3.4.1. Interpretación con base en la norma**

Vila Casado reporta autores como el alemán Forsthoff y el español Ignacio de Otto, que defienden la necesidad de interpretar la Constitución como si fuera una ley. Su crítica es que esta tesis es demasiado formalista pues considera que la especificidad de la Constitución es sólo uno de los datos que se deben tener en cuenta por el intérprete. Muy poca aceptación tiene esta tendencia en la teoría constitucional contemporánea, dado que la experiencia de los tribunales constitucionales ha puesto de presente cómo los criterios tradicionales son insuficientes para resolver los complejos problemas de la interpretación constitucional.

Agrega Vila Casado: “Como ya se ha puesto de presente, hay diferencias notables entre la Constitución y la ley. La Constitución es fragmentaria y fraccionada. Fragmentaria, porque no regula *todo* lo que tiene que ver con las instituciones jurídico políticas; fraccionada, porque gran parte de las normas se presentan como incompletas y requieren, por lo tanto, ser completadas con datos que deben ser tomados de la realidad social”<sup>127</sup>.

#### **2.3.4.2. Interpretación con base en la realidad**

Para un amplio sector de la doctrina, dado que las normas constitucionales son abiertas a la realidad social y política, ello implica que es desde esa realidad desde donde deben interpretarse los preceptos constitucionales.

El autor más significativo del llamado *Método sociológico* es Smend, quien resalta el carácter político del derecho constitucional. “La Constitución es para Smend una norma de interacción; es la organización jurídica de ése proceso de integración que no se consigue sólo con la aprobación de un texto constitucional sino que debe mantenerse vivo en todo tiempo y una de cuyas herramientas formales es la Constitución. En cuanto instrumento que dirige globalmente las fuerzas políticas y sociales, la Constitución requiere asentimiento, pues el éxito de una integración satisfactoria depende de la interacción de las fuerzas políticas de todo el pueblo”<sup>128</sup>.

Los defensores del método sociológico sostienen que para la labor interpretativa debe tenerse en cuenta la elasticidad que caracteriza las normas constitucionales, ya que así es posible adaptarlas a las exigencias de la realidad, que en la Constitución es más lo que no se decide que lo que se decide; que sus normas no limitan pero delimitan los alcances de la interpretación.

#### **2.3.4.3. La tónica o interpretación basada en casos**

La tónica jurídica es para Viehweg, su más claro exponente, “una técnica de pensamiento que se orienta al problema; se la conoce como “técnica del pensamiento problémico”. Se trata de un procedimiento especial de discusión de problemas jurídicos que se distingue por el empleo de determinados puntos de vista, cuyo fundamento son argumentos generalmente aceptados. En realidad, “estos se caracterizan por su fuerza persuasiva y

---

<sup>126</sup> Gómez Montoro, Angel, citado por Vila Casado, op. cit., p. 250.

<sup>127</sup> Vila Casado, op. cit., p. 251.

<sup>128</sup> Citado por Vila Casado, op. cit., pp. 251 y ss.

no tanto por su contenido de verdad; es decir, su mayor fortaleza estriba en el hecho de ser puntos de vista u opiniones comúnmente aceptados”<sup>129</sup>.

La interpretación tópica se fundamenta en casos. Lo determinante para las decisiones judiciales no son las normas, sino los casos. Sus defensores en el campo del derecho constitucional argumentan que la realidad es mucho más rica que lo que el constituyente ha podido prever; que la Constitución contiene normas abiertas, y que si se les aplica los métodos tradicionales, esas normas tenderían a cerrarse, lo que les impediría cumplir con las funciones que el constituyente les ha asignado. De acuerdo con esta teoría, el contenido exacto de la norma se conoce al momento de resolver cada caso.

Entre el excesivo formalismo de los métodos clásicos, de un lado, y el desconocimiento de la normatividad a que conlleva el método sociológico, de otro, ha surgido una teoría intermedia que defiende la normatividad pero que considera que no se debe pretenderse una racionalidad *absoluta*, sino una racionalidad *posible*. Dicha teoría considera que se debe actuar con pragmatismo y buscar soluciones que sean satisfactorias: En este sentido, el contenido de la norma interpretada sólo puede quedar completo con su interpretación, lo que en últimas, da a la interpretación un carácter creativo.

### 2.3.5. Principios para la interpretación de la Constitución

De acuerdo con Vila Casado y teniendo en consideración la rica experiencia de los tribunales constitucionales, entre los principios fundamentales que encauzan el proceso de relación, coordinación y valoración de los puntos de vista o consideraciones que deben llevar a la solución del problema por parte del intérprete constitucional se encuentran:

1. *Unidad de la Constitución*: La Carta está sostenida por una concepción según la cual no se pueden evitar las fisuras de todo ordenamiento, pero que es referencia obligada. En nuestro caso se toman los criterios de democracia, Estado Social de Derecho, soberanía popular, el pluralismo, el respeto de la dignidad humana, el derecho a la igualdad, entre otros.
2. *Principio de armonización*: Cuando las normas constitucionales se enfrentan tienen que ser armonizadas a través de criterios de ponderación.
3. *Principio de respeto a la distribución funcional*: No se puede so pretexto de interpretar la carta, modificar la distribución de funciones establecida por el constituyente.
4. *Interpretación de acuerdo con los tratados internacionales sobre derechos*: la misma carta establece expresamente (art. 93) que los derechos y deberes consagrados en ella se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Finalmente, de acuerdo con Vila Casado y siguiendo a Stern: “la *interpretación conforme a la Constitución* debe diferenciarse de la *interpretación orientada a la Constitución*, que es la que resulta del significado que tiene la Constitución para todo el ordenamiento jurídico, en razón de estar colocada en la cúspide del mismo por mandato de su artículo 4° y debido al principio de supremacía constitucional. La interpretación orientada a la Constitución le corresponde practicarla a todo operador jurídico, mientras que la interpretación conforme a la Constitución está reservada a los jueces constitucionales cuando realizan el control de normas”<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> Vila Casado. Op. Cit. p. 253.

<sup>130</sup> Vila Casado, op. cit., p. 270



#### 2.5.4. LA CONSTITUCIÓN EN ACCIÓN

De acuerdo con un dicho popular sólo se nota que el aire existe, cuando falta; una apreciación similar podría hacerse en relación con nuestra carta de navegación política: sólo frente a la violación de nuestros derechos, a la usurpación o abuso de competencias, se reclama la necesidad de la vigencia de nuestra carta. Además, es en momentos de crisis que se hacen notorias sus falencias y quizás se usan las herramientas de emergencia precisamente para su conservación y para el restablecimiento de la normalidad en ella contemplada.

Vila Casado enuncia las siguientes garantías para asegurar la vigencia efectiva y el respeto de la Constitución: *i)* sociales; *ii)* políticas, y *iii)* jurídicas.

Las *garantías sociales* están contenidas “en el arraigo que se logra en la conciencia popular de la necesidad de respeto a las normas adoptadas como condición básica de la vida social... Su presencia indica que el respeto al orden constitucional por los poderes públicos y por los particulares es parte integral de la cultura ciudadana”<sup>131</sup>

Entre más amplios sean el consenso y la legitimidad logrados alrededor de la Constitución, más fuertes serán las garantías sociales que la protejan. El uso de mecanismos como la acción de tutela han acercado el ciudadano a la Constitución para buscar la protección de sus derechos fundamentales, lo que ha permitido que las personas le reconozcan una legitimidad que no había sido dispensada a ninguna Constitución anterior.

En relación con las *garantías políticas*, de acuerdo con Vila Casado, “estas se manifiestan a través del libre juego de los partidos y movimientos políticos... El ejercicio legítimo de la actividad política, dentro y fuera del gobierno, el control parlamentario, los debates, la dinámica presencia de la oposición política, la actuación libre de la prensa, las movilizaciones y protestas populares, todo ello conforma un conjunto de instrumentos de control político del poder público que contribuye a garantizar la vigencia plena de la Constitución. El control político debe contar con la fuerza suficiente para impedir o neutralizar el desborde del poder por las vías de hecho y, en último caso, para recomponer los desajustes institucionales que afecten de manera grave el orden constitucional”<sup>132</sup>.

Las *garantías jurídicas* son las que tienen el mayor peso en la defensa de la Constitución. “En primer lugar, por su carácter objetivo, ya que se encuentran en normas preexistentes y persistentes; en segundo lugar, por su carácter necesario u obligatorio, a diferencia de lo que sucede con las garantías políticas, control voluntario que puede efectuarse o no.”<sup>133</sup>

Las garantías jurídicas, a su vez, se pueden considerar desde dos puntos de vista: *i)* las garantías normativas, y *ii)* las garantías jurisdiccionales.

Las garantías *normativas* son aquellas cláusulas de la Constitución que tienen por objeto asegurar la integridad y supremacía constitucionales, al igual que su permanencia en el tiempo, por ejemplo, cuando se establece que su reforma sólo es posible a través de mecanismos que garanticen el consenso.

---

<sup>131</sup> Vila Casado, op. cit., p. 178.

<sup>132</sup> Ibidem. p. 179

<sup>133</sup> Ibidem. P.179.



Las garantías *jurisdiccionales* exigen la intervención de un juez con el objeto de mantener la regularidad constitucional a través de decisiones judiciales que concretan la eficacia normativa y aseguran el respeto a la Constitución. Ejemplos de ello son la acción de tutela o el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes.

Aparte de las preocupaciones relacionadas con su promulgación o su reforma, una Constitución Política debe tener vocación y perfil de eficacia en calidad de fundamento mínimo de la convivencia social, pero también como un proyecto a realizarse para una sociedad y una época determinadas. Ello no excluye que en su propia evolución la sociedad se vea enfrentada a momentos de crisis para los cuales las Cartas también prevén herramientas de manejo dentro del Estado de Derecho. Así, una Constitución Política ofrece herramientas para la conservación del orden social, tanto en épocas de relativa normalidad, como también para épocas de crisis.

#### **2.4.1. Un estatuto para la normalidad**

En efecto, debemos considerar que el relativamente normal desenvolvimiento de las actividades de una sociedad es indicador de la eficacia de un orden político y social, establecido o reconocido en una Constitución; la mejor demostración de ello la constituyen, por ejemplo, las distintas manifestaciones de respeto a la propiedad privada, a la libertad empresarial, a la posibilidad de desplazarse dentro y fuera del país, a la posibilidad de escoger profesión u oficio, de profesar una u otra creencia religiosa, el desenvolvimiento pacífico del comercio nacional e internacional, la posibilidad de realizar manifestaciones y marchas de protesta, de crear y participar en partidos políticos, el respeto de un mínimo de estabilidad laboral, un salario mínimo legal, la obligatoriedad del reconocimiento y pago de prestaciones sociales, el respeto a la maternidad o la reclamación de derechos o indemnizaciones ante las distintas jurisdicciones, penales, laborales, civiles, comerciales, etc., evidencian un estado de cosas acorde con unas reglas jurídicas derivadas de una Constitución fundamental. Todo ello es muestra de que el orden establecido en esa Constitución tiene un grado de eficacia mayor o menor según el desarrollo económico, cultural social y políticos de los asociados, y de que los gobernantes y los gobernados sean ambos respetuosos de las reglas establecidas y orientados hacia los mismos fines y objetivos establecidos en las cartas políticas.

El desarrollo de la carta mediante actos, hechos y operaciones administrativas; actos tales como las leyes, los decretos, ordenanzas, acuerdos y demás normas jurídicas, junto con el desarrollo y fortalecimiento de sus instituciones jurídico-políticas son prueba de su normal desarrollo y de que su marco de referencia es funcional, por lo menos en un mínimo, en una sociedad y un tiempo determinados. Las cartas además prevén situaciones especiales para eventos de anormalidad que estudiaremos más adelante.

##### **2.4.1.1. El mantenimiento del orden público**

Si bien es cierto que una Constitución Política es la herramienta en la que quedan establecidas las reglas del juego de un cierto orden público, debemos reconocer las dificultades que entraña la búsqueda de una definición exacta, completa y exhaustiva del orden público.

A este respecto conviene recordar lo expuesto por la Corte Constitucional, al examinar la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria sobre estados de excepción:

"Formular una definición lógicamente satisfactoria de orden público es una empresa desalentadora, pues el ingrediente evaluativo que en ella va implícito impide ganar una noción objetiva, universalmente reconocible. De allí el peligro de usarla como condición o límite del ejercicio de un derecho, pues cada vez que se procede de ese modo, y en ocasiones resulta inevitable hacerlo, se libra su inmensa forma vacía a la discreción de un funcionario que con su propio criterio ha de llenarla. El único control de evaluación estará constituido por el *telos* del Estado de derecho y éste, preciso es admitirlo, es también posible de más de una valoración"<sup>134</sup>.

El orden público constituye apenas un aspecto, el extremo e inmediato, del orden social, que, en una democracia, está fundado en el Derecho.

Si se atiende al concepto general de orden, habrá de decirse, siguiendo el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, en su segunda acepción, "concierto, buena disposición de las cosas entre sí".

Y si hablamos del Estado como organización política, a él resulta ser inherente, como la consecuencia más próxima indirecta de su afirmación, el establecimiento de un orden, moldeado y construido por quienes ejercen el poder efectivo según sus concepciones, perspectivas, propósitos e ideologías.

Ese orden, que se expresa "en la legalidad impuesta por el Estado a los gobernados, o proclamada por ellos mismos, tiene su expresión básica en la Constitución, como acto político resultante del ejercicio soberano del poder, y se desarrolla en diferentes jerarquías normativas y en el ejercicio de autoridad y de competencias, así como en la vigencia de unas instituciones específicamente aplicables a la sociedad de la cual se trata"<sup>135</sup>.

De acuerdo con Luis Sánchez Agesta: "los hombres, comprendidos como piezas del orden social, no están sujetos a leyes de regularidad necesaria en su conducta, sino que se nos manifiestan como centros autónomos de una actividad propia que ha de ser coordinada por el orden social. Ese orden flexible que coordina conductas humanas, respetando su libertad, es el orden jurídico... Este orden jurídico es definido, conservado y devuelto en razón de un fin, criterio de orden social, por la autoridad que respalda este origen. Ese orden de la convivencia es, pues, en último término, un orden jurídico establecido por una autoridad para coordinar y distribuir las esferas de conducta humana para la realización universal de sus fines; o dicho más brevemente, es un orden vinculante de la convivencia"<sup>136</sup>.

Pero, aunque se reitera que el orden público hace parte del orden social y supone la vigencia y el imperio del orden jurídico, no se confunde con ellos.

El *orden público* "corresponde a un mínimo de condiciones externas y objetivas que aseguran la convivencia de los gobernados y la actividad del Estado, bajo el imperio del orden jurídico acogido por el sistema, sin sobresaltos ni apremios que amenacen o pongan en peligro la subsistencia de las instituciones vigentes, la vida, los derechos y las libertades de los ciudadanos en su normal y pacífico ejercicio. (...). La función estatal de garantizar la vigencia del orden social y el imperio del orden jurídico requiere del orden público para hacerse efectiva, de manera que se erige en presupuesto y condición que el

<sup>134</sup> Cfr. C. Const. Sent. C-179 del 13 de abril de 1994 -M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>135</sup> HERNÁNDEZ GALINDO José Gregorio. Poder y Constitución, Legis 2001, pp. 144.

<sup>136</sup> SÁNCHEZ AGESTA, Luis. Principios de Teoría Política. Madrid, Ed. Nacional. Pp. 111 y 112.

Estado debe asegurar y conservar para que el orden jurídico no se erosione y para que el orden social permanezca, sin que ello signifique que la existencia de un estado de cosas sin perturbaciones del orden público asegure *per se* el orden social, ni tampoco la vigencia del orden jurídico. Se trata de un elemento previo y necesario que debe ser complementado en muy diversos aspectos, políticos, económicos, sociales y culturales, entre otros, para que los demás fines estatales puedan alcanzarse"<sup>137</sup>.

El concepto de orden público, en su sentido amplio, no solamente comprende la normalidad en el campo de lo político, la estabilidad institucional, la tranquila y pacífica convivencia y la seguridad ciudadana, sino, además, como elementos esenciales, la salubridad pública, el efectivo control estatal sobre las variables económicas y la armonía social, no menos que el sostenimiento del equilibrio ecológico.

En su acepción específica, "la noción más extendida de orden público es la que lo circunscribe al aspecto político. A ella se refería la figura del *estado de sitio*, plasmada en la Constitución de 1886 y también los actuales artículos 212 y 213 de la Carta de 1991, que consagra el *estado de guerra* y el *estado de conmoción interior*. El concepto de *orden público económico*, por su parte, irrumpió entre nosotros mucho antes de la reforma constitucional de 1968, no a partir de una norma que lo delimitara y lo deslindara del orden público político, sino a partir de la reiterada vulneración de los linderos del artículo 121 de la Constitución, merced al uso indiscriminado y extensivo que los gobiernos hicieron del estado de sitio para resolver problemas de aquella índole"<sup>138</sup>.

#### **2.4.1.2. Estabilidad y flexibilidad de la Carta política**

Toda Constitución debe intentar ser un reflejo de la realidad jurídica política social y económica de un pueblo. Angel Fajardo<sup>139</sup> recuerda un discurso pronunciado por Simón Bolívar en el Congreso de Venezuela de 1819, en el que ya incluía la necesidad de la adecuación constitucional a la realidad de sus destinatarios. Entre otras consideraciones dijo El Libertador lo siguiente: "*¿No sería muy difícil aplicar a España el código de libertad político civil y religioso de Inglaterra? Pues aún es más difícil adaptar en Venezuela las leyes de Norteamérica. ¿No dice el Espíritu de las leyes que éstas deben ser apropiadas para el pueblo que el que se hacen?*"

La finalidad de toda Constitución debe ser entonces la de asegurar la libertad y la dignidad del hombre, mediante el establecimiento de limitaciones a la acción del poder público. Por ello la necesidad de que la Constitución sea escrita, rígida, suprema y permanente, son elementos esenciales de toda ley suprema, para obtener la continuidad del orden establecido y por ende podérsela considerar como una garantía especial previamente establecida. Esto la diferencia de las leyes ordinarias, generalmente ordenadas a la satisfacción de necesidades del momento o circunstanciales.

La Constitución debe ser estable para que pueda arraigar en el sentimiento de los habitantes, para que pueda producir respeto, para que lleguemos a sentirla como nuestra, y para que podamos defenderla.

Dice Linares Quintana: "Para que la Constitución sea estable y a la vez flexible y elástica, su contenido debe circunscribirse a la exposición de los principios y normas fundamentales o básicas que limitan al gobierno y dan amparo y garantía a la dignidad del

<sup>137</sup> Hernandez Galindo, op. cit. Pp. 145 y 146.

<sup>138</sup> Ibidem. Pp. 146.

<sup>139</sup> Angel Fajardo, pp. 316

individuo en sociedad. Una ley fundamental que descienda al detalle y a la minucia, invadiendo la órbita del legislador ordinario y aún la del poder reglamentador, entrará en crisis rápidamente. En realidad, todo el problema estriba en que la Constitución defienda y no ahogue; en que proteja cuanto merezca amparo, y no cristalice con rigidez suprallegal lo que debe quedar sujeto a los embates de las nuevas corrientes”<sup>140</sup>.

Un aspecto de esa prudencia que debe caracterizar al constituyente para que su obra perdure es ubicarse, imaginativamente, cuando dicta las normas constitucionales, en la hipotética situación del habitante sujeto de tales reglas. Como señala el jurista Sebastián Soler, citado por Quintana, refiriéndose al derecho penal, "es muy difícil hacer derecho pensando solamente desde el poder. Legislador completo es aquel que sabe estructurar las normas jurídicas pensándolas primero desde el sitio del juez y después desde el banquillo del acusado”.

De lo expuesto podemos comprender que la función del constituyente debe ser ante todo función del estadista, más que la del erudito o del científico del derecho que trata de plasmar en la Constitución las últimas novedades de la ciencia política. Bien sostiene el constitucionalista venezolano Fajardo: “La Constitución debe ser hecha para el pueblo (...) así como el traje se amolda al individuo y no éste a aquel. Cada Estado constituye un caso específico que exige del poder constituyente un conocimiento fiel y completo de todas sus características y modalidades a las cuales deberá adecuarse su Constitución”.<sup>141</sup>

#### **2.4.1.3. El “estado de cosas inconstitucional”**

El concepto de “*Estado de cosas inconstitucional*” es una creación de la Corte Constitucional con la sentencia SU-559 de 1997, ante una omisión de las autoridades administrativas, que en caso de prosperar la acción de tutela para los accionantes, pondría de manifiesto la situación de decenas de miles de personas merecedoras de protección constitucional, esto llevó a la corporación a preguntarse si podía dar una orden para que, a la mayor brevedad, se adoptaran medidas que eliminaran los factores que generaban ese estado de cosas abiertamente inconstitucional, la respuesta fue afirmativa.

Los razonamientos utilizados por la Sentencia para tal respuesta son resumidos por el tratadista Charry Urueña, así: “a) La Corte tiene el deber de colaborar armónicamente con los demás órganos del Estado, así como denuncia un posible delito, puede notificar el estado de cosas inconstitucional; y, b) ese deber es imperativo si se trata de evitar la excesiva utilización de la acción de tutela. Ahora bien, si ese estado de cosas tiene relación directa con la violación de los derechos fundamentales, se puede acompañar con un requerimiento, genérico o específico, a las autoridades, que haría parte del repertorio de órdenes que puede librar la Corte en sede de revisión de los fallos de tutela, pues no solo se lesiona el derecho fundamental del accionante, sino que afecta las situaciones semejantes, sin que pueda restringirse el alcance del requerimiento que formule”.<sup>142</sup>

El concepto ha evolucionado jurisprudencialmente desde 1997 cuando se declaró por primera vez. Según los pronunciamientos más recientes, se está ante un estado de cosas inconstitucional cuando “(1) se presenta una repetida violación de derechos fundamentales

---

<sup>140</sup> Citado por Ángel Fajardo, pp. 322

<sup>141</sup> Ángel Fajardo, 319.

<sup>142</sup> CHARRY URUEÑA Juan Manuel. Estado de cosas inconstitucional. Art. publicado en la Edición No. 172 de *Ámbito Jurídico* –Legis- de 7 a 29 de marzo de 2005.

de muchas personas - que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales - y (2) cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales.”

Para definir si existe un *estado de cosas inconstitucional* se debe valorar: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial<sup>143</sup>.

Charry reporta que como consecuencia de la declaratoria de estado de cosas inconstitucional, “la Corte ha extendido los efectos de la tutela para ordenar remedios que tengan un alcance material y temporal acorde con la magnitud de la violación y para proteger, en aras del principio de igualdad, los derechos de quienes se encuentran en una situación similar a la demandada, pero no acudieron a la acción de tutela. Con fundamento en el deber de las autoridades de “proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” (C.P., art. 2), así como el deber que tienen las ramas del poder público “de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines” (C.P. art., 113), la Corte, ha declarado la existencia de un estado de cosas contrario a la Constitución, para que las autoridades adopten, dentro de la órbita de sus competencias, los correctivos que permitan superar tal situación.

En consecuencia ha ordenado, entre otras cosas y, según el caso, que (i) se diseñen y pongan en marcha las políticas, planes y programas que garanticen de manera adecuada los derechos fundamentales cuyo goce efectivo depende de la superación del estado de cosas inconstitucional; (ii) se apropien los recursos necesarios para garantizar la efectividad de tales derechos; (iii) se modifiquen las prácticas, las fallas de organización y de procedimiento que resultan violatorias de la Constitución; (iv) se reforme el marco jurídico cuyas falencias han contribuido al estado de cosas inconstitucional; y (v) se realicen los trámites administrativos, presupuestales y de contratación que sean indispensables para superar la vulneración de los derechos”<sup>144</sup>

---

<sup>143</sup> Hasta la fecha, la Corte ha declarado la existencia de un estado de cosas inconstitucional en situaciones como: 1) La omisión de dos municipios en afiliar a los docentes a su cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; 2) por la situación de violación continua de los derechos de sindicatos y procesados detenidos en las distintas cárceles del país; 3) por la mora habitual en el pago de mesadas pensionales, durante un período prolongado de tiempo, en unos departamentos; 4) por omisiones en la protección de la vida de defensores de derechos humanos; 5) por la omisión en la convocatoria de un concurso de méritos para el nombramiento de notarios y 6) en el caso de los desplazados, entre otros.

<sup>144</sup> CHARRY, op. loc. cit., aunque en su sentir, “Un análisis más riguroso de las normas constitucionales, con reglas menos polivalentes, harían del control constitucional una institución más sólida y menos impredecible”.

## 2.4.2. Un estatuto para la anormalidad - Estados de excepción dentro del Estado de Derecho

Las constituciones políticas contienen generalmente las reglas básicas coordinadas al funcionamiento del Estado y de la sociedad en condiciones normales, pero tienen la previsión o la audacia de contemplar las normas que deben regir de manera extraordinaria cuando sobrevienen tiempos de crisis con momentos de alta perturbación del orden público, bien en el campo político, ya en el social o en el económico, respecto de los cuales resultan insuficientes para las autoridades, los instrumentos de control propios de épocas pacíficas.

Este esfuerzo por garantizar la vigencia del *estado de derecho* supone que, aún en presencia de hechos y circunstancias de gran sobresalto, de conmoción, de alarma y malestar, habrán de imperar los postulados, valores y normas constitucionales, sin que los gobernantes se vean precisados a acudir a vías *de facto* para mantener o recuperar el orden jurídico alterado.

Esa necesidad de prever reglas extraordinarias para situaciones de emergencia es explicada así por Pablo Perez Tremps: "La Constitución, como todo el derecho en general, nace de la voluntad de ordenar las relaciones humanas en situaciones de normalidad. Ahora bien, en ocasiones existen circunstancias que, por una u otra razón, modifican esa situación de normalidad, poniendo, incluso, en peligro el orden político, social o económico existente. En tales casos resulta lógico que el propio ordenamiento se modifique parcialmente para reaccionar frente al elemento excepcional, para enfrentarse con las crisis creada con el fin de mantener el sistema establecido"<sup>145</sup>.

El objeto de los regímenes constitucionales de excepción debe ser siempre el de preservar la efectiva vigencia del orden público, o de restablecerlo, cuando los mecanismos ordinarios resultan insuficientes o débiles en relación con esos propósitos. "Ello significa que no toda ruptura del orden público autoriza a la autoridad estatal para acudir a los estados excepcionales, que justamente son extraordinarios. Se requiere que la perturbación sea de una magnitud tal que sin la apelación a formas y procedimientos de control más fuertes que las habituales sería imposible un control eficaz de los hechos"<sup>146</sup>.

### 2.4.2.1. Los estados de excepción en Colombia

Como bien sostiene el ex-magistrado de la Corte Constitucional, José Gregorio Hernández, "En Colombia es larga y penosa la historia de los estados excepcionales, particularmente la del *estado de sitio*, cuyo uso indiscriminado y permanente llegó a marcar inclusive, bajo su nombre, a toda una generación, que nació, creció, se desarrolló y maduró bajo aquel régimen y que apenas excepcionalmente conoció periodos, muy cortos, de normalidad institucional"<sup>147</sup>. Para ilustración de nuestros lectores en el texto anexo de lectura encontrarán una breve pero interesante historia de la institución del estado de sitio que se conoció en los medios académicos y políticos como una modalidad de "dictadura constitucional" que el maestro Darío Echandía, ante los constantes excesos, prefirió denominar por su verdadero nombre: "dictadura inconstitucional".

Básicamente la figura prevista para estas graves eventualidades fue la del *estado de sitio* que concedía facultades especiales adicionales al Presidente de la República. En 1968 se

<sup>145</sup> PÉREZ TREMP, Pablo, La suspensión de los derechos fundamentales. En "Derecho constitucional". Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1991, pp. 403. Citado Por Hernández José Gregorio, Op. cit. Pp. 138.

<sup>146</sup> Hernández José Gregorio. Op. cit. p. 148.

<sup>147</sup> Hernández José Gregorio, Op. cit. p. 139.

comienzan a introducir sustanciales reformas a tal mecanismo. En efecto, el constituyente de 1968 rediseñó la normatividad sobre la materia diferenciando las distintas eventualidades de estas situaciones excesivamente graves y anómalas. Se incluyó expresamente la distinción entre *orden público* y *orden económico* y se señalaron distintas vías extraordinarias para afrontar los dos tipos de crisis del orden público. El estado de emergencia, se previó para circunstancias en las que sobrevinieren "hechos distintos de los previstos en el artículo 121, que perturben o amenacen perturbar en forma grave inminente el orden económico social del país o que constituyan también grave calamidad pública".

En la ponencia para primer debate de la reforma constitucional de 1968, en el Senado, se explicaban así los antecedentes del actual artículo 215 de la Constitución, (en esa reforma el 122 de la Carta de 1886):

"En Colombia la Constitución no contempla mecanismos de urgencia, salvo el de las facultades extraordinarias del ordinal 12 del artículo 76 y que, como ocurrió con la devaluación del año 1962 acusan impropiedad, pues pueden dar lugar a dilatados debates que no sólo retardan la toma de decisiones sino que hacen públicas medidas que debieran adaptarse con el mayor sigilo, acarreando fenómenos de especulación o de zozobra, todo ello con grave detrimento de los recursos de la economía. Para llenar este vacío, en la convicción de que las situaciones de emergencia económica o social, no solamente por su propia naturaleza sino también por las consecuencias lógicas que producen, inciden en los fenómenos de orden público, se fue moldeando la noción de orden público económico cuya autoría intelectual se atribuye a un eminente hombre público y jurista<sup>148</sup>, y según el cual, los orígenes de la perturbación del orden público pueden estar localizados en circunstancias de malestar económico social y para cuyo restablecimiento puede hacerse necesaria la expedición de medidas a través de los decretos legislativos del artículo 121 de la Constitución. La experiencia del país en los últimos años muestra la certeza de esta concepción, tanto en cuanto al vacío constitucional para situaciones de emergencia económica y social, como en relación con la frecuencia de fenómenos de esta índole. Para citar algunos ejemplos, dentro del ejercicio de las facultades del estado de sitio existente a partir del mes de mayo de 1965, la mayor parte las medidas dictadas son de carácter económico y social y no de policía del orden público; durante este periodo se han ordenado impuestos, aumentando las tasas de algunos de ellos, creando mecanismos de intervención económica, se estableció inicialmente el control de cambios, y se han dictado normas que cambian ampliamente el régimen laboral y de los contratos de pequeñas aparcerías y arrendamientos. Puede concluirse, entonces, que al lado de las causas de alteración del orden público derivadas de movimientos políticos o de las actividades de sectores ciudadanos que alcanzan agudeza en un determinado momento (alzamientos, huelgas estudiantiles, bandas armadas, movimientos cívicos, por ejemplo), han existido en los últimos años factores repetidos de carácter económico y social y para los cuales han tenido que utilizarse a falta de otros, los instrumentos jurídicos del artículo 121 de la Constitución"<sup>149</sup>.

Sobre los efectos de la aplicación de esta medida comenta Gustavo Zafra: "Las instituciones requieren ser reformadas, en la mayoría de sus casos, no por defectos

---

<sup>148</sup> La iniciativa de establecer la distinción en la propia carta se debe a Alfonso López Michelsen, quien actuaba a nombre del Movimiento Revolucionario Liberal – MRL.

<sup>149</sup> Presidencia de la República, Secretaría jurídica. Historia de la reforma constitucional de 1968. Bogotá. Imprenta nacional. 1969. pp. 489-490.



intrínsecos de ellas, sino por malas utilizaciones que acaban por desfigurar su contenido verdadero; tal es el caso del artículo 121. Al amparo de la teoría del *orden público económico* se acabó prácticamente con la doctrina de las tres ramas del poder público; el Congreso quedó reducido en su función del legislador solamente a honrar por medio de leyes la memoria de patricios y repúblicos; lo que pudo ser una creación mayúscula del derecho: la noción de *orden público económico*, se convirtió en la herramienta de más fácil uso para violar la Constitución debido a su deficiente utilización"<sup>150</sup>.

#### **2.4.2.2. Novedades de la Carta de 1991 en materia de estados de excepción**

En la carta de 1991 quiso el constituyente introducir límites a la antigua institución del estado de sitio; la dividió, dando lugar a dos diferentes -el *estado de guerra* y el *estado de conmoción interior*- según que se trate de enfrentamiento básico con fuerzas extranjeras o de ruptura del orden interno, sin perjuicio del *estado de emergencia*, concebido desde 1968 para perturbaciones de origen económico y social. La nueva Carta supeditó además los poderes extraordinarios del Presidente de la República a las prescripciones de una ley estatutaria;<sup>151</sup> estableció términos máximos; afirmó la vigencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos y la del derecho internacional humanitario aún en épocas de crisis; y afinó el control jurídico y la responsabilidad presidencial por el uso de las facultades excepcionales, entre otras disposiciones.

#### **2.4.2.3. Normalidad y anormalidad en la Constitución Política del 91**

La sentencia C-004 de 1992 con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz precisa los alcances de este mecanismo. Por su importancia transcribimos *in extenso* el texto:

"(...). 8. La regulación constitucional de los estados de excepción - estado de guerra exterior, estado de conmoción interior y estado de emergencia - responde a la decisión del Constituyente de garantizar la vigencia y eficacia de la Constitución aún en situaciones de anormalidad. La *necesidad* no se convierte en fuente de derecho y en vano puede apelarse, en nuestro ordenamiento, al aforismo *salus reipublicae suprema lex est*, cuando, ante circunstancias extraordinarias, sea necesario adoptar normas y medidas que permitan enfrentarlas. Los *estados de excepción* constituyen la respuesta jurídica para este tipo de situaciones. La particular estructura, naturaleza y limitaciones de la respuesta que ofrece el ordenamiento constitucional, obedece a que ella es precisamente una *respuesta jurídica*.

9. Los estados de excepción delimitan los escenarios de la normalidad y de la anormalidad, en los que la Constitución actuará como pauta fundamental del comportamiento colectivo. Las hipótesis de anormalidad son portadoras de excepciones y limitaciones de diverso género e intensidad respecto del régimen constitucional de la normalidad, que se consideran necesarias para regresar a tal situación, en la cual la Constitución adquiere su pleno sentido normativo y que constituye, por lo tanto, el campo preferente y natural de aplicación de la misma. Los principios generales, en cierta medida, comunes a los estados de excepción, encuentran explicación en su definición a partir de la idea de normalidad y en su función como medio para retornar a ella. Para corroborar el anterior aserto basta detenerse a analizar tales principios comunes a los diferentes estados de excepción, predicables igualmente del estado de emergencia.

---

<sup>150</sup> ZAFRA ROLDAN, Gustavo. El derecho a la Constitución. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 1998. p. 256.

<sup>151</sup> La Ley 137 de 1994 es la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción.



10. En tanto que la normalidad no necesita definición ya que como presupuesto material de la Constitución se supone corresponde a lo existente, la anormalidad sí debe ser definida a partir de las hipótesis que el constituyente de manera circunscrita y taxativa determina, precisamente como alteraciones extraordinarias de la normalidad. Según este *numerus clausus* propio de la anormalidad, el régimen de excepción sólo podrá destinarse a conjurar las siguientes situaciones de anormalidad previstas expresamente por el constituyente:

- Guerra exterior.

- *Grave perturbación del orden público* que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional del Estado, su seguridad o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de atribuciones ordinarias de las autoridades de policía.

- Ocurrencia de hechos diferentes de los anteriores, que perturben o amenacen *perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico* del país, o que constituyan grave calamidad pública.

“11. El ingreso a la anormalidad en el orden constitucional debe venir precedido de una específica declaración que suscribe el Presidente y los Ministros y en la que se expresa la correspondiente situación de anormalidad (guerra exterior, conmoción interior o emergencia). Este *principio de formalidad* cumple variados propósitos: 1) notificar a la *población* la situación de anormalidad y la consiguiente entrada en vigor en el territorio nacional o en parte de él, de un régimen de excepción; 2) expresar la verificación de una situación de anormalidad contemplada como *presupuesto habilitante* para que el Gobierno pueda, en las condiciones y en los términos de la Constitución, ejercer la función legislativa y expedir *decretos legislativos*; 3) dar curso a los controles de tipo jurídico y político sobre el Gobierno por parte de las restantes ramas del poder público (Congreso y Corte Constitucional). Tan pronto cesa la anormalidad -guerra exterior o conmoción interior-, según el principio de paralelismo de las formas, se declara dicha circunstancia, y el régimen de la normalidad sustituye nuevamente al de la anormalidad. Por su parte, en el estado de emergencia, en el mismo decreto que la declara se establece su duración.

“12. Los estados de excepción en cuanto significan el acrecentamiento temporal de los poderes del Presidente y la introducción de restricciones y limitaciones de distinto orden respecto del régimen constitucional común, deben aparejar el *mínimo sacrificio posible*, atendidas las circunstancias extraordinarias, del *régimen constitucional ordinario* y garantizar el *rápido retorno a la normalidad*. Este *principio de eficacia y economía* de los poderes excepcionales, tiene entre otras proyecciones, las siguientes: 1) no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales; 2) no se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado; 3) el *plus* de facultades que adquiere el Presidente será el estrictamente necesario para conjurar la situación de anormalidad; 4) los Decretos que se expidan deberán referirse *únicamente* a materias que tengan relación *directa y específica* con la situación de anormalidad y su consiguiente superación; 5) las medidas que el Presidente adopte deberán ser *proporcionales* a la gravedad de los hechos; 6) el régimen de excepción es eminentemente temporal (C.P., arts. 214-4 y 215); 7) el Presidente y los Ministros serán responsables por cualquier abuso que cometieren en el ejercicio de las facultades durante la situación de anormalidad.

“13. Los estados de excepción no pueden desconocer el **principio democrático** llamado a no decaer ni siquiera en épocas de anormalidad. Si bien bajo los estados de excepción se modifica transitoriamente la técnica de legitimidad que rige en épocas de normalidad,

ella se mantiene. En los estados de excepción, primero se adopta la medida que se incorpora en un decreto legislativo y luego, por la vía de los controles político y jurídico (Congreso y Corte Constitucional), se busca el consenso democrático. De ahí que el Congreso potencie su papel de censor y que éste órgano del poder se convierta en foro de discusión sobre la actuación del Gobierno.

“14. En los Estados de excepción, la anormalidad no desvirtúa la separación de poderes. La visión de una rígida separación de los poderes debe ser superada en la concepción que concilia el ejercicio de funciones separadas -que no pertenecen a un órgano sino al Estado- con la colaboración armónica para la realización de sus fines, que no son otros que los del servicio a la comunidad (*C.P., arts. 2 y 113*). La técnica de organización del poder que la Constitución contempla para épocas de anormalidad, consulta fundamentalmente la necesidad de estructurar una respuesta rápida y eficaz frente a la misma con la preservación de un mecanismo particular de separación de funciones. La función legislativa es asumida por el Gobierno y sin agotar el trámite legislativo ordinario, por la vía de los decretos legislativos, se busca articular un eficiente mecanismo de respuesta. La función de control, según la técnica clásica de frenos y contrapesos, le corresponde al Congreso que, de todas maneras, conserva la plenitud de sus atribuciones.

“15. La relación normalidad-anormalidad no quiere decir que el sistema construido por la Constitución no sea capaz, en condiciones de normalidad, de afrontar con medios ordinarios las perturbaciones, conflictos y demandas del ambiente social, económico, político y cultural, tanto de orden interno como externo. Este sistema está diseñado para que opere sobre un medio sometido a todo tipo de presiones y produzca respuestas, adaptativas y transformadoras, de manera que el Estado-aparato en el proceso de modernización sea instrumento de cambio y vehículo de la cooperación social y, al mismo tiempo, defensor y custodio de las pautas y valores fundamentales de la nacionalidad, que deben persistir pese a los inevitables y deseables cambios y vicisitudes del discurrir social.

“16. El ámbito de las instituciones de la anormalidad se reserva para aquellas perturbaciones que pueden poner en peligro elementos y condiciones esenciales del sistema económico, político, social o del medio ambiente, más allá de lo que resulte ser en un momento dado su rango normal de existencia o funcionamiento y que tengan la posibilidad de amenazar con superar un límite crítico. la función de los gobernantes es la de crear condiciones para vivir en la normalidad y controlar que las tensiones no rebasen los márgenes normales, actuando en todo caso cuando todavía se dispone de una capacidad de respuesta antes de que una de ellas llegue al punto crítico y la sociedad y sus instituciones se expongan al colapso”<sup>152</sup>

#### **2.4.2.4. Los controles jurídico y político de los estados de excepción**

La Constitución del 91 prevé, para todos los estados de excepción, los controles político y jurídico sobre las actuaciones del gobierno, tanto en lo que respecta a su decisión de asumir los poderes extraordinarios, como en lo que conviene a las medidas que adopte a lo largo de la vigencia del respectivo periodo de anormalidad.

---

<sup>152</sup> Sent. C-004 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

El **control político** se refiere a la conveniencia, oportunidad, magnitud y aceptación de las determinaciones gubernamentales y corresponde al Congreso de la República, en su carácter de órgano representativo, como un desarrollo más de la esencial función que, con miras al equilibrio y contrapeso entre la ramas del poder público, contempla el artículo 114 del ordenamiento fundamental, al disponer que: "Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración".

El **control jurídico**, relativo al cotejo entre los decretos que el Presidente dicte -al asumir los poderes extraordinarios y al desarrollarlos- y la Constitución política, tanto en los aspectos formales como en los sustanciales, es de la competencia exclusiva de la Corte Constitucional, la que, según la Carta, debe decidir definitivamente y con efecto *erga omnes*<sup>153</sup> acerca de la exequibilidad o inexecuibilidad de tales actos.

Para los fines del control político en estos casos, la Constitución ha instituido las denominadas sesiones especiales de las cámaras, y para la eficacia y prontitud el control jurídico a cargo de la Corte, ha contemplado la revisión automática u oficiosa de todos los decretos que el jefe del Estado dicte al amparo de los artículos 212, 213 y 215 constitucionales.

#### **2.4.2.5. Efectos de alcance de la nueva tesis del control**

Los efectos del control jurídico por parte de la Corte Constitucional no ha dejado de tener sus críticos entre los cuales se destacan quienes tienen una visión autoritaria de la función ejecutiva y algo de miedo al poder de los jueces; sin embargo, la doctrina mayoritaria considera este procedimiento como una garantía al "genuino imperio de la Constitución, está más a tono con la moderna concepción del *Estado Social de Derecho*, que obliga al juez de constitucionalidad a ejercer su función, más allá del plano teórico y formalista, en el terreno concreto de la realidad, para hacer efectivas las reglas constitucionales básicas, sin permitir que mediante el ejercicio de poderes incontrolados se las anule o haga inútiles"<sup>154</sup>.

Y agrega José Gregorio Hernández: "Al Estado de Derecho, si es auténtico, repugna toda forma de arbitrariedad. Con sus postulados choca necesariamente la existencia de poderes incontrolados o exentos de vigilancia, y más todavía la posibilidad de que sean ejercidos por fuera del margen del derecho, o lo que es lo mismo, sin que exista autoridad dotada de competencia para confrontar sus actuaciones en el orden jurídico. Y ello con mayor razón durante los tiempos de anormalidad, durante los cuales, bajo la excusa de reprimir perturbaciones o de evitar comportamientos subversivos, quienes ejercen el poder -más si es un poder hipertrofiado- fácilmente se inclinan a los peores abusos y a las vías de hecho"<sup>155</sup>.

Eduardo García de Enterría, por su parte, en torno al necesario control entre poderes, como elemento esencial de la democracia y del constitucionalismo, manifiesta: "... sobre la limitación del poder, que supone el establecimiento de un sistema de competencias delimitadas y de normas de ejercicio correlativas, y sobre la libertad de los ciudadanos, que permita a éstos fundamentar verdaderos derechos frente a la organización, va a establecerse todo el derecho público contemporáneo, que se presenta así como un hijo

<sup>153</sup> Expresión jurídica que significa que una decisión es oponible frente a todos.

<sup>154</sup> Hernández, José Gregorio. op. cit. pp. 170.

<sup>155</sup> Idem. pp. 171.

inmediato y directo del constitucionalismo. Fuera de este contenido, las constituciones podrán llamarse tales, pero lo serán sólo en un sentido nominalista y semántico"<sup>156</sup>.

## 2.5.5. LAS DINÁMICAS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

### 2.5.5.1. Necesidad e importancia del control de constitucionalidad

La institución del control constitucional es una consecuencia del *principio de la supremacía de la Constitución* sobre las demás normas de carácter jurídico. "Su funcionamiento y eficacia garantizan que la Constitución no será modificada de manera irregular o por normas de inferior jerarquía. De tal forma los órganos competentes pueden anular aquellas leyes o disposiciones del legislativo o del ejecutivo que resulten contrarias a los preceptos constitucionales"<sup>157</sup>.

El control de constitucionalidad está destinado por tanto a impedir que las modificaciones a la Carta ocurran por fuera de los presupuestos y requisitos que ella misma establece para su revisión, básicamente teniendo en consideración el procedimiento y la importancia de los asuntos acordados.

La institución del control constitucional busca pues conservar la intangibilidad de la Constitución como marco legal de la acción de los gobernantes, es decir, como instrumento de limitación al ejercicio del poder político.

En efecto, como sostiene el decano Fuentes Hernández: "El control constitucional orientado a preservar la supremacía e integridad de las constituciones contemporáneas así como de interpretarlas para salvaguardar principios y aspiraciones sociales consagradas en sus normas, constituyen hoy una tendencia que podríamos considerar universal en países con sistemas de tradición del derecho civil. Lo que en la tradición del *common law* o derecho anglosajón logró la doctrina del *stare decisis* en virtud de la cual las cortes deben en general basar sus sentencias en decisiones judiciales anteriores por constituir éstas fuente de derecho, o el poder de los jueces de exigir a un funcionario el cumplimiento de su obligación legal (*mandamus*), o de cuestionar la legalidad del acto de un funcionario público (*quo warranto*) se ha abierto camino en ordenamientos jurídicos civilistas"<sup>158</sup>.

Resalta Fuentes que "El dogma del positivismo que otorgaba a los jueces solamente la función neutral de aplicar la ley y evitar decisiones *contra legem*, se ha reemplazado gradualmente por el activismo judicial que caracteriza el llamado *movimiento hacia el constitucionalismo*. Este movimiento caracterizado por la creación de cortes constitucionales independientes o de salas en las cortes judiciales con funciones de defensa e interpretación de la Constitución, ha generado un cambio significativo en la tradicional supremacía de la rama legislativa en la construcción del ordenamiento jurídico y también ha significado la colocación de límites al poder regulatorio e interpretativo de las administraciones públicas"<sup>159</sup>.

---

<sup>156</sup> GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid, Civitas, 1985, p. 47.

<sup>157</sup> ECHEVERRI URUBURU, Álvaro. Teoría Constitucional y Ciencia Política. Fondo de publicaciones Fundación Educacional Autónoma de Colombia. Bogotá, 1980. p. 150.

<sup>158</sup> FUENTES HERNÁNDEZ, Alfredo. Observando la jurisdicción constitucional en Colombia, en derecho Constitucional – Perspectivas y críticas- Publicación del Observatorio de justicia Constitucional de la Facultad de Derecho. Universidad de los Andes, Legis, 2001. p. xi.

<sup>159</sup> Fuentes, op. loc. Cit.

Por otra parte, “la aplicación directa de disposiciones constitucionales para proteger derechos de individuos y de grupos, juzgar la moralidad social de ciertos actos, defender el debido proceso, evaluar las obligaciones de prestación de servicios públicos estatales, evitar la discriminación por razones de raza o de género, o defender libertades como la de expresión y de asociación, por ejemplo, han contribuido a erosionar la tradicional división de fuentes del derecho público o privado y a producir una creciente constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico”<sup>160</sup>.

En este contexto, un sistema democrático que contempla la justiciabilidad de los derechos fundamentales consagrados en la Carta suprema les ha otorgado a los jueces constitucionales un innegable papel político de creación e interpretación del derecho. Sin embargo, no debe perderse de vista que es la propia clase política y los demás grupos de poder los que finalmente establecen los márgenes de maniobra para la actuación de las cortes constitucionales, en la medida en que éstas no se crean a sí mismas sino que son diseñadas por los partidos y grupos que delimitan el alcance del proceso de adjudicación constitucional, inicialmente en las asambleas constituyentes y, posteriormente, por vía de reglamentación legislativa<sup>161</sup>. Estas instancias, como sostiene Fuentes Hernández, deben contar con la participación ciudadana orientada a conformar, ejercer y controlar el poder político.

### 2.5.5.2. Órganos y mecanismos de control constitucional

En realidad el control a la aplicación de la Constitución Política es tarea de todos. Existen acciones para reclamar su cumplimiento que se pueden interponer tanto ante la justicia ordinaria como frente a las demás jurisdicciones. Cuando reclamamos por un homicidio, por un hurto, por delitos contra el Estado o la administración de justicia, o la libertad o la dignidad, por el derecho a la educación, cuando interponemos una derecho de petición, cuando creamos una empresa o publicamos un artículo, entre otras muchas de las posibilidades en las que se desenvuelve la vida social, estamos directa o indirectamente ejerciendo un control para que se aplique la Constitución junto con las leyes y demás normas que la desarrollan.

Técnicamente se habla con mayor frecuencia y propiedad de *control formal* de las normas derivadas de la Constitución, especialmente de las leyes y normas similares. A este tipo nos referiremos a continuación.

### 2.5.3. Los procedimientos de control

Son muy variados los procedimientos aplicados para asegurar la primacía constitucional e impedir la expedición de actos inconstitucionales o para obtener su supresión o retiro del orden jurídico para que no produzcan efectos que contravengan lo dispuesto por la Constitución.

Hablamos así de controles de constitucionalidad políticos, administrativos y judiciales, según el órgano o la instancia en que se ejercen; y también se los puede clasificar según el momento en que se ejerce el control. Hablamos entonces de control *previo* o control *posterior* a la vigencia del acto; y también existen combinaciones de estos modos.

#### 2.5.3.1. Control político

---

<sup>160</sup> Fuentes Hernández, op. cit., p. xi.

<sup>161</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro. Reflexiones sobre las variables de éxito o fracaso de un tribunal constitucional, en Derecho Constitucional, perspectivas y críticas, imprenta Nacional, 2001. Citado por Fuentes Hernández, Op, Cit., p. xii.

El control político fue el primero en el tiempo. Básicamente consiste en “atribuir el control a una corporación de elección popular con representatividad. En general se le designó, por esta función como *Senado conservador*. Su poder consistía en anular las leyes expedidas por organismos inferiores o por las legislaturas de los Estados, en las federaciones, cuando las encontraran contrarias al estatuto constitucional”<sup>162</sup>. Esto significaría que ese Senado era una especie de delegado o representante del constituyente para hacer respetar su voluntad, colocándose por encima de los poderes constituidos ordinarios. La decisión nulificadora tenía carácter político, dado el ámbito en que se producía y el origen de los guardianes de la Constitución.

Por mucho tiempo este fue el sistema vigente para Estados que se mostraron reacios a entregar el control constitucional a los jueces, según el aforismo de que el juez sólo puede estatuir “*secundum legem*” y no “*de legibus*” es decir, aplicar, pero no crear la ley. A nivel internacional, sólo Noruega aplicó el control constitucional a través de los jueces pero de manera excepcional<sup>163</sup>.

En Colombia, inicialmente, bajo el imperio de la *presunción de constitucionalidad de toda ley*<sup>164</sup>, no era permisible concebir que la ley pudiese ser cuestionada, y menos por vicios de fondo. “A los jueces no les era dado sino darle cabal cumplimiento, como expresión de la voluntad soberana a través de sus representantes en el Congreso, cuyas facultades no podían ser menoscabadas por las otras ramas del poder”<sup>165</sup>, puesto que no tenían un origen representativo, es decir, no eran producto de elección popular.

Más tarde llega a aceptarse que en caso de presunta violación de la Constitución por la ley, debe ser quien la expidió, es decir, el órgano legislativo, el encargado de abrogarla como encarnación que es y único representante de la voluntad política de la nación o del poder. Con todo, la función controladora del legislativo se circunscribe a un simple control previo, vale decir, a efectuar una revisión constitucional de la ley antes de que ésta sea aprobada y sancionada.

Sin embargo, como bien pone de presente la doctrina, el control constitucional efectuado por el congreso o parlamento conduce a identificar en la práctica a los controlados con los controladores, lo cual anula toda posibilidad de decisiones formalmente objetivas.

También podría considerarse que se ejerce este tipo de control cuando los congresos o asambleas legislativas deciden aprobar o no los tratados públicos que suscriben los jefes de Estado, pues se supone que su examen no se reduce a los aspectos políticos de oportunidad y conveniencia, sino que, en el fondo, implican una declaración sobre la compatibilidad con lo estipulado en la Constitución, así se trate de un control tácito o indirecto, pues su consecuencia es la de consolidar la validez de los tratados<sup>166</sup>.

Adicionalmente y de acuerdo con SÁCHICA, “el referéndum puede tener la misma significación y consecuencias. Aquí se trataría evidentemente de un control político de constitucionalidad ejercido por el propio constituyente primario. Porque a eso equivale el convocar al cuerpo político primario, los ciudadanos, al expresar su aceptación o rechazo de una propuesta constitucional hecha por un poder constituido. Su negativa es un reto

---

<sup>162</sup> SÁCHICA, Derecho Constitucional general. Díké, 1990. p. 45

<sup>163</sup> Echeverri, op. cit. P. 152.

<sup>164</sup> Establecida en la Carta de 1886.

<sup>165</sup> Echeverri U. op. cit., pp. 152.

<sup>166</sup> SÁCHICA, op. cit. 45.

definitivo que tiene una clara intención y voluntad conservadoras, como todos los controles de constitucionalidad, puesto que lo que manifiesta es el deseo de que la Constitución vigente quede intacta. El pueblo mismo le sirve de guarda, la preservada en su integridad”<sup>167</sup>.

También el poder de veto u objeción de constitucionalidad por parte del jefe de Estado para negar la sanción de los proyectos de ley, tanto si tiene efectos definitivos como si son sólo suspensivos, puede ser considerado como un control político, directo y preciso, tendiente e impedir que se dicten normas inconstitucionales.

El sistema de control político es a veces combinado, como en el caso colombiano, con el control judicial, pues si el legislador insiste en su proyecto a pesar de la objeción presidencial, el conflicto de poderes es desatado por el juez de constitucionalidad.

Sáchica también reporta como ejemplo de control político el que prevé la Constitución de la quinta república francesa de 1958, asignado al Consejo Constitucional, organismo de origen político, ante el cual pueden el gobierno o un grupo de miembros de la Asamblea Nacional, plantear la inconstitucionalidad de un proyecto de ley (control previo). Se trata de un control puramente político que frena las decisiones inconstitucionales, al permitir una especie de apelación del gobierno o de la minoría derrotada en la asamblea, frente a las decisiones de las mayorías parlamentarias.

En algunos países, en caso de dudas sobre la constitucionalidad de una ley, se acostumbra que las cámaras consulten a la Corte Suprema de Justicia; pero de esta forma se configura un sistema de control previo de constitucionalidad radicado en el órgano judicial que analizaremos más adelante.

#### **2.5.3.2. Control Administrativo**

Los controles administrativos “operan ante las autoridades gubernamentales en sus varios niveles y se traducen en la posibilidad de que los gobernados tengan oportunidad de pedir que se revoquen las decisiones que aquéllos hayan dictado vulnerando normas constitucionales”<sup>168</sup>.

Se trata de recursos directos o de apelación que facilitan a las mismas autoridades corregir sus yerros. Este sistema se complementa con los mecanismos de control interno.

#### **2.5.3.3. Control judicial**

En los procedimientos judiciales de control de constitucionalidad, el objeto del juicio es la ley; se juzga la validez de la ley. Es un asunto de puro derecho: incompatibilidad entre dos normas, una de rasgo constitucional y otra de nivel legislativo. Si sus contenidos son excluyentes, la de rango inferior debe dejar de regir para que prevalezca la Constitución.

De hecho, hoy predomina en Colombia la defensa judicial de la Constitución. Las otras formas le son complementarias. Echeverri Uruburu justifica el método de control judicial de constitucionalidad así: “Los requerimientos de un sistema imparcial, objetivo y técnico desde el punto de vista formal, han dado origen a los procedimientos de control por parte de los jueces. Primero como una garantía de los individuos dentro de los procesos, mediante la cual pueden solicitar al juez de la causa, la inaplicabilidad de una norma por

---

<sup>167</sup> SÁCHICA, op. cit., p. 45

<sup>168</sup> Ibidem. p. 46.

vulnerar los cánones constitucionales por “vía de excepción”. Más tarde por medio de una acción específica, con independencia de intereses o procesos particulares, ante un órgano supremo de la institución judicial (Corte Suprema) o ante un organismo especializado de la misma jurisdicción (Corte Constitucional), a fin de solicitar la revocatoria de una norma mediante su declaratoria de inconstitucionalidad por “vía de acción”.<sup>169</sup>

El control judicial comprende tanto los actos del legislador como los del gobierno que tengan efectos de ley. “Se trata de la sujeción de los poderes constituidos al poder constituyente”<sup>170</sup>.

No es un poder general de revisión de los jueces sobre las leyes, puesto que no ópera de oficio. Y es una técnica judicial, a aunque su contenido y efectos sean políticos.

Es de anotar que existen diversos tipos de control judicial, dependiendo de sus mecanismos. Tenemos así, de acuerdo con sus alcances y actuación, un control por vía de acción y uno por vía de excepción; teniendo en consideración el momento de su actuación se habla de un control previo o uno posterior; en relación con el sujeto u órgano que lo ejerce, se habla de un control difuso o concentrado, y en relación con la motivación o el interés del mismo, podemos hablar de un control concreto o abstracto de constitucionalidad. También se puede tratar de un control automático o de un control por vía de acción. Adicionalmente se pueden presentar formas combinadas o mixtas.

Debe anotarse que el procedimiento de control judicial puede manifestarse en varios niveles: nacional, seccional y local.

#### **2.5.4. El Control abstracto de constitucionalidad**

Se caracteriza por su actuación con independencia de intereses o procesos particulares. La Constitución colombiana prevé dos clases de control jurisdiccional de las leyes: el previo y el posterior.

##### **2.5.4.1. Control previo**

El control previo, como su nombre lo indica, opera cuando la ley aún no existe, ya que todavía reviste la forma de un proyecto. La solicitud puede provenir el legislativo o del ejecutivo. El control *previo* de constitucionalidad se realiza en los siguientes eventos:

1. Cuando el Presidente de la República objeta proyectos de ley aprobados por el Congreso, por razones de presunta inconstitucionalidad (*C.P., art. 167-4*).
2. Cuando se trata de un proyecto de ley estatutaria (*C.P., art. 153-2*).
3. Cuando se trata de leyes a través de las cuales se pretende realizar un referendo o convocar a una asamblea constituyente (*C.P., art. 241-2*).

##### **2.5.4.2. El control jurisdiccional posterior**

Se produce cuando el proyecto ya ha cumplido su trámite y puede ser de dos tipos: automático o por vía de acción.

---

<sup>169</sup> Echeverri, op. cit. p. 153.

<sup>170</sup> *Ibidem*.



### 2.5.4.3. Control automático

El control automático se presenta en los casos en los que la Corte está obligada a intervenir en forma inmediata, sin necesidad de demanda alguna.

Es lo que sucede con el decreto que declara los estados de excepción y con los decretos legislativos que el gobierno expide durante estos estados de excepción. Todos ellos deben ser enviados a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición para revisar su constitucionalidad. Si el gobierno incumple con esa obligación, la Corte debe iniciar, de oficio, la revisión.

También se presenta este tipo de control en el evento de tratados internacionales. De acuerdo con la Carta, entre las funciones de la Corte se encuentra: "(...) 10. *Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. (...)*".

### 2.5.5. Control por vía de acción

A diferencia del anterior, el control jurisdiccional por vía de acción requiere la presentación de una demanda. "Las características que tiene la acción de inconstitucionalidad en Colombia difieren considerablemente de las de otros países, especialmente de Europa. La principal diferencia estriba en el hecho de que en el país la acción está al alcance de **cualquier ciudadano**, lo que ha llevado a que se diga con razón que Colombia tiene el sistema de control de constitucionalidad más abierto del mundo, mientras que en países como Alemania y en España el acceso a la acción de inconstitucionalidad está vedado a los ciudadanos. En Alemania sólo puede incoar la acción de inconstitucionalidad un gobierno regional o un tercio de los miembros del Parlamento Federal; en España sólo pueden interponer recurso de inconstitucionalidad contra las leyes el Presidente del gobierno, el defensor del pueblo, 50 diputados, 50 senadores o los órganos colegiados de gobierno de las comunidades autónomas"<sup>171</sup>.

Según el jurista Gaona Cruz<sup>172</sup>, en la Constitución de Cundinamarca de 1811 se instauró, por primera vez en el mundo, el control de constitucionalidad por vía de acción directa, abierta y pública de los ciudadanos y cuya decisión estaba a cargo del *Senado de censura*. "También sostuvo que en la Constitución federal de 1858 se organizó un sistema mixto de control de constitucionalidad, pero omitió mencionar que sólo recaía sobre los actos de la legislatura de los Estados que violaran la Constitución y no sobre las leyes que produjera el Congreso Federal"<sup>173</sup>.

Venezuela y Colombia fueron los primeros países del mundo en establecer el control jurisdiccional de constitucionalidad por vía de acción. La Constitución de Venezuela de 1893, en su artículo 110, consagró la acción popular de inconstitucionalidad contra leyes, decretos y resoluciones violatorios de la Constitución<sup>174</sup>. El sistema de control abstracto de constitucionalidad **colombiano** se encontraba consagrado en forma explícita en la Constitución a partir la reforma de 1910, en el artículo 214. En efecto, el artículo 41 del acto legislativo 3 de 1910 le confió a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la Constitución, al otorgarle la facultad de decidir sobre la exequibilidad de los proyectos del

<sup>171</sup> Vila Casado. Op. Cit., p. 185.

<sup>172</sup> GAONA CRUZ, Manuel. Aspectos del control constitucional en Colombia, Universidad Externado, Bogotá, 1984, p. 76.

<sup>173</sup> VILA CASADO, Iván. Fundamentos del derecho Constitucional Contemporáneo., pp. 182.

<sup>174</sup> BREWER-CARIAS, Allan. El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela. Universidades Javeriana y Externado, Bogotá, 1995, p. 10.

ley objetados como inconstitucionales por el gobierno, lo mismo que de las leyes o decretos acusados por cualquier ciudadano como violatorios del orden jurídico constitucional.

Siguiendo la influencia norteamericana y anticipándose a los europeos nuestra Carta consigna así la supremacía de la Constitución sobre la ley, con el consiguiente control jurisdiccional, mediante una acción pública otorgada a los ciudadanos (acción pública de inexecutableidad), para atacar aquéllas leyes, o los actos del ejecutivo con fuerza legal, que se considerara lesionaban principios básicos de la organización constitucional. El organismo de control era la Corte Suprema de Justicia, la cual ponía a término a la acción pública mediante un fallo en el cual definía, de manera definitiva e inapelable, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma atacada.

El sistema colombiano actual tiene las siguientes características:

- a) La acción se interpone ante la Corte Constitucional.
- b) Cualquier ciudadano puede ejercer la acción de inexecutableidad por el carácter público de la acción, e independientemente de los intereses particulares afectados por la norma impugnada.
- c) El fallo que pone término a la acción tiene efectos *erga omnes*; es decir, que es oponible a todos.
- d) La declaración de inexecutableidad equivale a una “derogatoria anormal”, ya que la norma deja de existir;
- e) Se produce la exclusión de cualquier acción o excepción posterior pues el fallo tiene todas las características de certeza jurídica: definitivo e inapelable.

En consecuencia, en Colombia la acción de inconstitucionalidad puede ser incoada por cualquier ciudadano, sin requisito adicional alguno; sólo le está vedada a los extranjeros, a los menores de edad y a las personas jurídicas. La acción no tiene términos de caducidad, puede interponerse en cualquier tiempo, con excepción de las que tengan como causal única vicios de forma, ya que éstas caducan al año de publicación del respectivo acto (*C.P., art. 242*).

Los actos sujetos al control de la Corte Constitucional por vía de esta acción popular, son:

1. Los actos reformativos de la Constitución, pero sólo por vicios de forma o procedimiento.
2. Los referendos sobre leyes, consultas populares y plebiscito del orden nacional. Estos últimos sólo pueden ser demandados por vicios de procedimiento en su formación;
3. Las leyes, tanto por su contenido como por vicios de procedimiento en su formación. Las leyes estatutarias, a pesar de ser sometidas al control previo, pueden ser objeto de acción de inconstitucionalidad posterior cuando se demuestre que los aspectos tachados como violatorios de la Constitución y sus fundamentos no fueron examinados en forma expresa por la Corte, ya que en tal caso no puede hablarse de cosa juzgada;
4. Los *decretos-leyes* expedidos por el gobierno para hacer efectivas las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso conforme a lo previsto en el artículo 150-10 de la Carta.

5. Los *decretos con fuerza de ley* mediante los cuales se pongan en vigencia los proyectos de ley sobre el plan nacional de inversiones públicas, en desarrollo de lo ordenado por el artículo 343-3.

El necesario señalar que el Consejo de Estado ejerce en Colombia funciones de control de constitucionalidad de los actos jurídicos que no le han sido atribuidos en forma expresa a la Corte Constitucional, control que se realiza a través de mecanismos y procedimientos de naturaleza diferente a los utilizados por la Corte. Se trata entre otros, de los decretos reglamentarios, los decretos ejecutivos, los decretos autónomos (los que corresponden a las facultades que la Constitución otorga en forma privativa del Presidente de la República), y los que desarrollan las llamadas leyes-cuadro, todos los cuales pueden ser demandados por inconstitucionales ante el Consejo de Estado por la vía de la acción pública de nulidad (C.P., art. 237-2).

### **2.5.6. El control constitucional para un caso en concreto o excepción de inconstitucionalidad**

La garantía de solicitar la no aplicación de una norma por juzgarse contraria a la Constitución o *control constitucional por vía de excepción* constituyó el origen del sistema norteamericano sobre la materia. En realidad, el texto constitucional de Filadelfia no hablaba de esta facultad controladora sobre las leyes. La Suprema Corte tenía competencia pero para dirimir los conflictos suscitados entre las leyes de los Estados y las de la Federación. Sin embargo, al someterse un caso relativamente intrascendente, en 1803, a la consideración del juez Jhon Marshall, Chief of Justice, se le brindó a la máxima instancia judicial americana la ocasión para la célebre elaboración jurisprudencial que permitió a la Corte de Justicia americana atribuirse el enorme poder de derogar las leyes que calificara como contrarias a la Constitución.

De acuerdo con Sachica esta forma de control aplicada en los Estados Unidos desde 1804, surge de una interpretación, dentro del siguiente razonamiento: “la esencia del poder de los jueces es la de determinar cuál es la norma que rige el caso o controversia que deben decidir. En consecuencia, cuando el juez encuentre que al caso es aplicable una ley que, a su juicio, contraría una disposición constitucional, el juez está en poder de inaplicarla, sin entrar a juzgarla, o pronunciarse sobre su validez constitucional y resolver el caso sub judice con arreglo a la norma constitucional”<sup>175</sup>.

Por tanto, en este sistema la ley no puede ser invalidada, formalmente subsiste, aunque haya sido inaplicada por los jueces; ello, para respetar la separación de poderes y su igualdad. Por esta razón SÁCHICA considera que no se puede “descalificar este control como “el gobierno de los jueces” porque significa que tendrían en la práctica un poder superior al del legislativo y el del ejecutivo, al aceptarse que la Constitución de los EE.UU. de América es lo que digan sus jueces”<sup>176</sup>. Sin embargo, en el contexto de un sistema jurídico que opera con base en los precedentes, cuando la Suprema Corte ha producido la inaplicación de una ley, es lógico que todos los demás jueces la tomen en cuenta y, de conformidad con las reglas del *stare decisis* (resolver de acuerdo con lo que ha resuelto en casos semejantes), los efectos de la inaplicación se generalizan y su efecto material viene a ser, en la práctica, igual al de una declaración de inconstitucionalidad.

---

<sup>175</sup> SÁCHICA, op. cit., p. 44.

<sup>176</sup> SÁCHICA, op. cit. P. 44.

“Como puede verse el control constitucional norteamericano se asemeja, en su origen, al sistema de control por vía de excepción (decisión de inaplicabilidad de una norma dentro de un proceso particular por contrariar la Constitución), pero a diferencia de este último, el norteamericano posee el carácter de *stare decisis* (atenerse a lo decidido), según lo cual, cuando la Suprema Corte haya inaplicado una ley por inconstitucionalidad los demás jueces deben acatar esa jurisprudencia, dándole así un efecto obligatorio y uniforme”<sup>177</sup>.

La otra posibilidad de aplicar el sistema de control por vía de excepción a cargo de los jueces, aunque no sometido al principio del *stare decisis*, vigente en algunos países, tiene las siguientes características:

- a) Es *sucesivo*: sin límite de tiempo, vale decir que actúa cada que la norma deba ser aplicada por el juez a un caso concreto, por cuanto ésta norma no desaparece del mundo jurídico por el hecho de su inaplicabilidad en un caso;
- b) Es *incidental*, es decir que se aplica en el curso de un proceso;
- c) Tiene *eficacia particular*, o sea que es válido o solamente para el caso concreto en el cual se hubiese resuelto la aplicabilidad o menos de la norma.

### 2.5.7. Tipos de control según el sujeto u órgano competente

Desde el punto de vista del órgano competente en la rama judicial para resolver la controversia, el control constitucional puede estar en cabeza de un órgano especial – *control concentrado*–, o puede concederse a un sector amplio de sujetos –*control difuso*–. En el primer caso se trata de “un control que radica en un solo organismo toda la contención constitucional, mientras que el control difuso o disperso es aquel ejercido por varios órganos, según la naturaleza del acto y el órgano que lo produce. Algunos sistemas son abiertos a cualquier persona que quiera interponer la acción, porque la cuestión de constitucionalidad de la ley se considera como un asunto de interés público, mientras que en otros sistemas, el control está vinculado a un interés subjetivo y sólo se puede plantear dentro de ese contexto”<sup>178</sup>.

#### 2.5.7.1. Control concentrado

El control constitucional expreso y en cabeza de un tribunal especializado encargado exclusivamente de ésta función de conservación (Corte Constitucional) presenta diversas modalidades en los distintos países en los que se aplica. Sus sentencias tienen efecto definitivo, de cosa juzgada, y el acto declarado inconstitucional no puede tener aplicación en el futuro, ni ser reproducido o revivido de ninguna manera.

Irlanda entre los países europeos, en su Constitución de 1937, confiere este control a la Alta Corte (*Hight Court*) con posibilidad de apelación ante la Corte Suprema, pero el sistema excluye aquellas disposiciones que antes de su aprobación, hubiesen sido objeto de consulta sobre su constitucionalidad, por el Presidente de la República. Como observa Biscaretti di Ruffia, esta solución es muy rara en el mundo.

El otro sistema de control expreso y a cargo de un organismo especializado, denominado Corte Constitucional, es el austriaco establecido en la Constitución de 1920 a instancias de Hans Kelsen y suprimido durante la ocupación nazi, pero restablecido en 1945, tras la derrota del totalitarismo. Es de resaltar que el sistema de control de Austria, como el de otros países que lo han adoptado posteriormente (Italia en 1947, Alemania federal en

---

<sup>177</sup> Echeverri, op. cit., p. 153.

<sup>178</sup> SÁCHICA. Op. Cit., p. 44.

1949, Francia en 1958, etc.), excluye al ciudadano común de la interposición de la acción de inconstitucionalidad, preservándola solamente para los altos dignatarios del Estado (Presidente, ministros, presidentes de las cámaras y gobernantes de las provincias).

Una segunda modalidad del sistema de control concentrado contempla un órgano especial de decisión, pero hace a todos los gobernados titulares de una acción popular pública para pedir al juez de constitucionalidad que deje sin efecto una ley o un acto que tenga fuerza de ley, porque sus normas son anticonstitucionales. A grandes trazos, con variables, este sistema es el del Tribunal Constitucional de Alemania, y de la Corte Constitucional de Colombia.

Una modalidad intermedia, quizás la más práctica, es la que se plantea, como en el caso anterior, en un conflicto normativo en abstracto -entre la Constitución y una determinada ley-, pero la cuestión sólo puede surgir dentro de un proceso concreto. En tal evento se trata de definir, como cuestión prejudicial, si la norma aplicable al caso es o no constitucional; para lo cual se suspende el juicio y el conflicto normativo se somete al juez de constitucionalidad. El ejemplo que ha servido para trazar este esquema es el de la Constitución italiana vigente (*questione incidentale*).

En el caso colombiano este fenómeno no ha de dejado de suscitar conflictos entre el órgano fundamental de control constitucional y los otros órganos del poder, particularmente con el ejecutivo en los últimos tiempos, situación que ha propiciado una reforma constitucional que, entre sus varios objetivos, busca mellar la facultad de control que ha venido ejerciendo la Corte sobre los actos de gobierno.

### **2.5.7.2. El control difuso**

Este sistema tiene como modelo a los EE.UU. a partir de ya famoso y recordado fallo del juez Marshall en 1803. "En este sistema *todos los jueces* tienen la oportunidad de acudir a la Constitución en forma directa y abstenerse de aplicar una norma legal cuando la consideren incompatible con aquélla, haciendo uso de la *excepción de inconstitucionalidad*. Esta opera cuando se resuelven casos judiciales y concretos y produce efecto sólo entre las partes que intervienen en el litigio"<sup>179</sup>.

### **2.5.7.3. Sistema de control mixto**

Con la aparición de la acción de tutela en la Constitución colombiana de 1991 se amplió de manera considerable la función del control judicial de la supremacía constitucional, porque se atribuyó a todos los jueces de la república la obligación de proteger la efectiva aplicación los derechos fundamentales, que son el indiscutible eje central de la Constitución. "Los jueces adquirieron así la posibilidad de aplicar directamente la Constitución en circunstancias específicas, individuales y concretas, en hipótesis no comprendidas por la legislación ordinaria o por el conjunto tradicional de las relaciones del Estado de Derecho"<sup>180</sup>.

La Corte Constitucional colombiana, por su parte y a través de la revisión de los fallos de tutela, ha venido realizando una labor de unificación jurisprudencial de la interpretación constitucional, con la adopción del principio de la obligatoriedad del precedente y para tal efecto ha señalado:

---

<sup>179</sup> Vila Casado, op. cit., p. 181.

<sup>180</sup> ORTIZ, Julio César, El control difuso de constitucionalidad de las leyes en la Constitución colombiana de 1991. En: III jornadas colombo venezolanas de Derecho público. Valencia, 1997, p.82.

"Las sentencias de revisión de tutelas hechas por la Corte Constitucional en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencia al trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad"<sup>181</sup>.

### **2.5.8. Diferencias entre inexecutable e inconstitucionalidad**

Estos dos términos de frecuente uso en materia de control de constitucionalidad no significan lo mismo. "La *inexecutable* hace referencia a la decisión judicial mediante la cual se declara que la norma acusada no podrá aplicarse más porque ha sido considerada inexecutable; por lo tanto los efectos de la decisión son necesariamente hacia futuro. La *inconstitucionalidad* significa que la norma acusada es contraria a la Constitución, caracterización que no indica de por sí la dirección de sus efectos"<sup>182</sup>.

La Carta de 1886 facultaba a la Corte Suprema de Justicia para decidir sobre la "executable" de las leyes; esa Corte siempre consideró que los efectos de sus decisiones no podían ser retroactivos, no podían tener efectos hacia el pasado. La Carta de 1991, en su artículo 241 utiliza la expresión "decidir definitivamente sobre la *constitucionalidad*"; este concepto ha permitido a la Corte Constitucional decidir, según el caso, si le otorga o no efectos retroactivos a la sentencia.

### **2.5.9. Alcances del control judicial de constitucionalidad**

Sostienen los tratadistas que la actividad del órgano controlador se limita a comparar la doble relación: formal y material, de la norma presuntamente vulneratoria de los preceptos constitucionales, a fin de reducir su concordancia o incompatibilidad. Se trataría pues, teóricamente hablando, de un control jurídico puramente *formal* que para nada tiene en cuenta los factores de conveniencia u oportunidad que hubiesen animado a legislador o al gobierno, para expedir el acto acusado de inconstitucionalidad."Con todo, teniendo en cuenta que dicho control, a través de la interpretación jurisprudencial entra a definir el ámbito de acción de los órganos e instituciones políticas, sus mutuas relaciones, el alcance, capacidad y eficacia de sus actos, etc., resulta inevitable que dicho control sea un control político, en contra del parecer de quienes pretenden circunscribirlo a una actividad de "puro derecho", como si lo jurídico pudiese desligarse de lo político del cual es su instrumento legitimador"<sup>183</sup>.

Desde luego, Echeverri Uruburu también precisa como "es necesario tener en cuenta la autonomía relativa de la producción jurídica, que en su desarrollo puede entrar en contradicción con otros niveles de la vida social, produciéndose "desfases" generadores de tensiones y conflictos entre los órganos del poder. Por ejemplo, es evidente que el *corpus jurídico penal* se desarrolla a partir de principios tales como el de la legalidad de los delitos y de las penas, la presunción de inocencia del inculpado, las formas y ritualidades del debido proceso, etc., principios que entran en permanente contradicción con las necesidades de mantener el "orden público" o la así denominada "legítima defensa del Estado" (novedosa figura para legitimar los crímenes y violación de los derechos humanos por parte del poder político)"<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> C. Const., Sent. C-037/96. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>182</sup> Vila Casado, op. cit., p. 189.

<sup>183</sup> Echeverri U., Teoría Constitucional y Ciencia Política. p. 150.

<sup>184</sup> Ibidem. p. 151.

Incluso una corriente resalta cómo la labor de producción, interpretación y aplicación de las normas, no ocurre en un "espacio vacío", por fuera de los avatares y conflictos de la sociedad, a pesar de la pretensión de generalidad y abstracción característicos del derecho burgués. Saa Velasco, por ejemplo, sostiene: "La norma jurídica no es algo aislado, sus "valores" avanzan y son determinados por el movimiento de las relaciones de clase, en unidad contradictoria, con un extremo dominante y otro dominado, en lucha acumulativa y progresiva; por consiguiente, el juez o tribunal al aplicar la norma al caso concreto, está reproduciendo ese transcurrir de lucha"<sup>185</sup>.

La interpretación constitucional hecha por los jueces no es pues, en forma alguna, una actividad aséptica, neutral y puramente técnica. En este campo del Derecho Público más que en ningún otro del derecho, la labor jurisprudencial es eminentemente política<sup>186</sup>.

#### **2.5.10. Control formal y control real de constitucionalidad**

Bien pone de presente en constitucionalista Sáchica como una Constitución no se mantiene tan sólo con el control formal que ejercen los jueces. Existen incluso otros mecanismos que pueden dar mejores resultados.

La sabiduría política enseña que no hay instrumento más eficaz para conservar un régimen constitucional que su oportuna reforma. Así se contrarrestan la violencia, las protestas, la rebelión, las revoluciones. Hay que anticipar los cambios que son el futuro necesario. La actualización que se incorpora al sistema y hace partícipes de sus beneficios a las nuevas clases o a las marginadas, abriendo otros espacios políticos de participación satisfactorios y buscando igualarlas con los favoritos del establecimiento, hacen duradera una Constitución.

No se pueden desdeñar tampoco ciertos mecanismos excepcionales para tiempos de conflicto agudo como la amnistía, el indulto, el diálogo y la tregua concertada con los enemigos que se revelen contra el sistema. Esta es una flexibilidad prudente. No dejar de echar mano, en los casos extremos de crisis, a los regímenes de excepción -estados de alerta, de sitio, de emergencia económica, de excepción o de guerra- que autorizan el empleo de poderes extraordinarios para impedir perturbaciones, impediría restaurar el orden, neutralizar los efectos de desastres naturales y económicos, o repeler la agresión.

Restringir las libertades, renunciar a la sanción de los delitos políticos, utilizar medios represivos, reformar a tiempo, completan el sistema conservador de las instituciones.

Las constituciones son afectadas por hechos traumáticos o procesos de transformación de mayor impacto que su desarrollo interno (leyes, decretos y demás) o que sus reformas regulares.

Es necesario tener presente que en Colombia el Consejo de Estado también tiene, por expresa disposición constitucional la facultad de "conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional" (C.P., art. 237, num. 4).

---

<sup>185</sup> Saa Velasco, Ernesto. Teoría Constitucional General. Ed. Universidades Simón Bolívar y Libre de Pereira y Medellín, Bogotá, 1977. p. 177.

<sup>186</sup> Cfr. Echeverri, op. cit., p. 152.



## 2.5.6. LOS PROCESOS DE REFORMA A LA CONSTITUCIÓN

Como bien sostiene Echeverri Uruburu, “La actividad *creadora* del poder constituyente primario es excepcional por cuanto supone, bien el tránsito de un pueblo dependiente y colonial hacia la autodeterminación nacional, o la ruptura del proceso institucional de un Estado, y ello implica conmociones sociales y políticas de intensidad extraordinaria (revoluciones, golpes de Estado, etc.). Es decir, no se hacen constituciones todos los días”<sup>187</sup>. De otra parte, las constituciones no son intocables. Sus vicisitudes son muchas. Sus custodios reales son los propios ciudadanos que las hacen suyas.

Un asunto de particular interés dentro del derecho constitucional es el relacionado con la supremacía y límites del poder constituyente, estrechamente relacionado con la pregunta: ¿Se encuentra éste limitado o no en su actividad institutiva y en su actividad reformativa?

Para ello quizás sea necesario hacer una distinción entre *poder constituyente creador* y *poder constituyente reformador*. De acuerdo con Echeverri U., cuando el poder constituyente establece el sistema político actúa soberanamente, “está limitado tan solo por las condiciones histórico materiales, dentro de lo que Herman Heller llama “poder normativo” de lo fáctico... en ese momento original, el poder constituyente ocupa solitario la escena político-institucional”<sup>188</sup>

No ocurre lo mismo tratándose de la actividad *reformadora* que compete al *poder constituyente derivado*. Una parte de la doctrina considera que “este se encuentra limitado por requisitos sustanciales y formales que no le es permitido pretermitir, a riesgo de convertirse en un poder arbitrario, en un cuerpo ajeno a la competencia reglada que se predica de todo poder dentro de un Estado de Derecho”<sup>189</sup>.

Sobre la Constitución “originaria”, la doctrina, inicialmente, consideró que no existiendo normas previas ni menos aún superiores era claro que la normatividad constitucional inicial era nueva y original, y no tenía posibilidades de confrontación y por lo mismo resultaba, en principio, de una validez formal absoluta e incuestionable; hoy, con la evolución del derecho internacional, especialmente en materia de derechos humanos, con el fortalecimiento del *ius cogens* y con la reducción del paradigma de la soberanía absoluta y la adjudicación de responsabilidad a los Estados, no se podría sostener una libertad absoluta en la consagración de los contenidos de una carta política, especialmente cuando ella significara por ejemplo afectación de la dignidad humana. En este sentido nacería con problemas de legitimidad.

### 2.5.6.1. La necesaria flexibilidad de una Constitución

Los analistas reconocen las ventajas que adquiere una Constitución cuando presenta características de permanencia y tienen estabilidad; pero como instrumento de gobierno que también es, una Constitución debe también tener flexibilidad, ser receptiva a las nuevas ideas y a las tendencias que nos indican el sentido de la vida. Es necesario que la Constitución esté a salvo de modificaciones frecuentes e innecesarias; que no sea el plato de las apetencias de los políticos; pero tampoco debe caerse en el extremo opuesto de creer que ella no debe jamás sufrir modificaciones. De lo visto se desprende que el constituyente debe tener en cuenta el pasado, para respetar en lo posible sus instituciones; pero también debe enfrentarse con el presente y proyectarse en el futuro

<sup>187</sup> Echeverri U. Op. Cit., p. 145.

<sup>188</sup> Echeverri U., Op. Cit., p. 144.

<sup>189</sup> Echeverri U. Op. Cit., p. 145.



del país en que va a regir esa Constitución; de lo contrario, muy pronto esta ley fundamental resulta inadecuada y caduca; por supuesto que no podemos pretender que en las constituciones se puedan expresar las necesidades del futuro; pero sí concebirlas de forma tal que sobre esos fundamentos se construya un edificio apto para soportar las modificaciones que ameriten las nuevas necesidades.

En la práctica, todas las constituciones escritas tienen preceptos para el cambio de sus normas particulares. Estas modificaciones desde el punto de vista técnico, acepta la misma denominación que la de la ley: derogación, sustitución y adición de un precepto constitucional. Quiérase o no, toda Constitución sufre mutaciones, incluso sin que se haya cambiado la norma de su texto, como resultado de su necesaria adecuación a la realidad. Las prácticas constitucionales, para hacer viable la norma, tienen que reajustarla porque la política es el arte de lo posible.

Las inevitables metamorfosis de la Constitución pueden tener dos implicaciones: la *enmienda o revisión constitucional* que afecta el texto constitucional y la *adaptación* que da un nuevo valor o contenido a las normas constitucionales, conocida en la teoría como *mutaciones constitucionales*.

Ya Rousseau, en su Contrato Social, señalaba la necesidad de someter la ley a una permanente ratificación; Tomás Jefferson afirmaba que "el mundo pertenece a la generación viviente... ninguna sociedad puede hacer Constitución o ley alguna perpetuas...". Carl Schmitt, en su artículo "la revolución legal mundial", señalaba: "¿Con qué derecho imponen los hombres de hoy la Constitución a los hombres del mañana? Ya los revolucionarios iluminados del siglo dieciocho conocían el problema e incluyeron en su declaración de los derechos humanos y civiles del 24 de junio de 1793 una frase cargada de problemática: *una generación no puede someter a generaciones futuras a sus leyes...*"<sup>190</sup>.

Las constituciones, producto de las fuerzas económicas, políticas e ideológicas existentes en la sociedad, "deben modificarse al cambiar aquéllas; una Constitución es un organismo vivo, sujeto -como la vida misma- a permanente cambio. El mecanismo de reforma tiene una finalidad ideológica: evitar las revoluciones al dejar abierta la posibilidad del cambio"<sup>191</sup>.

También es necesario tener en consideración, como bien lo pone de presente el constitucionalista Sáchica, que "las constituciones son afectadas por hechos sociales traumáticos o procesos de transformación de mayor impacto que sus eventuales reformas regulares. Una dictadura puede destruir la Constitución totalmente, al ponerla al margen y actuar *de facto*, sin sujeción a leyes o creando un nuevo orden. Las revoluciones, cambios radicales de la forma de vida, de la cultura de un pueblo, se llevan de calle la legitimidad vieja para sustituirla por otras enteramente distintas, por otra nueva Constitución. El golpe de Estado que paraliza el poder público o una de sus ramas, o que depone a la autoridad legítima, desestabiliza el régimen y lleva fatalmente a cambios institucionales de envergadura"<sup>192</sup>.

---

<sup>190</sup> Carl Schmitt, "La revolución legal mundial" en Revista de estudios políticos No. 10, Nueva Época, julio-agosto, 1979, Madrid, pp. 21-22.

<sup>191</sup> ARAUJO RENTERÍA, Jaime. Principios de Derecho Constitucional, McGraw Hill, Bogotá, 1999. p. 398.

<sup>192</sup> Sáchica, op. cit., p. 44.

La revisión constitucional puede consistir en la *sustitución total* de la Carta existente por una nueva. Es posible también la sustitución o derogación de una parte de la Constitución; se tratará entonces de una *revisión parcial*; fenómeno mucho más frecuente que el primero.

La actividad reformadora implica dos aspectos a tener en consideración:

a) El *aspecto formal*, mediante el establecimiento de trámites y procedimientos con mayores exigencias que diferencian los actos reformativos de los simplemente legales; por ejemplo, establecimiento de un mayor número de debates, mayorías especiales, doble aprobación después de un intervalo temporal, aprobación por legislaturas sucesivas, procedimiento de referendium, etc...

b) El *aspecto material o de fondo*, relacionado con los contenidos de la Carta. En este caso, una parte de la doctrina, la mayoría, a decir verdad, plantea dos tipos de limitaciones al poder reformador:

- i) Límites implícitos, y
- ii) límites explícitos<sup>193</sup>.

Por cuanto hace referencia a su contenido, puede acontecer que la reforma signifique el abandono de una forma de gobierno para reemplazarla por otra completamente distinta o incluso para la modificación del tipo de Estado. Por regla general, constituye una ruptura con el orden de cosas existente. "Con el tema de la revisión total se plantea un problema especial del derecho constitucional: el de los límites de la Constitución fijados por valores metajurídicos o la paradoja de una norma constitucional inconstitucional"<sup>194</sup>.

Puesto que toda Constitución refleja explícita o implícitamente cierta escala de valores y cierta ideología ¿está escala de valores y esta ideología invalidarían ciertas normas positivas de la Constitución en conflicto con ellas?

Para Ángel Fajardo "se debe hacer un buen entendimiento del concepto de reforma es decir que se debe garantizar la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo. Si la Constitución es totalmente transformada en sus fundamentos ya no estaríamos frente a una reforma constitucional sino en presencia de la destrucción de la Constitución"<sup>195</sup>.

Interesante posición asume frente a este tema el magistrado de la Corte Constitucional colombiana Jaime Araujo, al considerar que "La respuesta del constitucionalismo liberal burgués no ha sido siempre uniforme; en la época en que la burguesía era una clase revolucionaria, en ascenso, no existían límites para la modificación de la forma de gobierno o del tipo de Estado"<sup>196</sup>.

Araujo<sup>197</sup> hace un recuento histórico sobre la evolución del poder reformatorio, así:

---

<sup>193</sup> Cfr. Echeverri, op. cit., p. 146 y ss.

<sup>194</sup> Araujo Jaime. Op. Cit. p. 399

<sup>195</sup> FAJARDO H., Ángel R. Compendio de Derecho Constitucional General y particular, 5ª ed. Caracas, 1982. p. 360.

<sup>196</sup> Araujo. Op. cit. p. 400.

<sup>197</sup> Araujo, op. cit. p. 400.

“El derecho del pueblo soberano a modificar las bases de la organización política de la sociedad era incuestionable para Rousseau: "no hay ni puede haber ninguna especie de ley fundamental obligatoria para el cuerpo del pueblo, ni aún el mismo contrato social”.

“Para Sieyes, creador de la teoría del poder constituyente, tampoco existían límites implícitos a la revisión constitucional. Sostenía este pensador: "sería ridículo suponer a la Nación ligada por las formalidades o por la Constitución a que ella ha sometido a sus mandatarios. Si para llegar a ser una nación hubiera sido preciso esperar una manera de ser positiva, no lo hubiera sido jamás”.

“Para Condorcet no existen derechos inmutables: “La mayoría del Pueblo, poder político supremo superior a la Constitución misma, tiene derecho a reformarla todas las veces que lo estime conveniente. Los derechos del hombre que forman la dogmática, parte doctrinaria de una Constitución, no menos que la mecánica u organización de los poderes públicos, tienen que ser reformados con los tiempos. No existe una lista inmutable de derechos del hombre. Cada época tiene diferentes problemas y las necesidades determinan que los derechos deben ceder el paso a otros, frente a nuevas circunstancias sociales”.

Resalta el magistrado la presencia de dos corrientes en este debate: de una parte, “aún para quienes, como los iluminados revolucionarios franceses, declararon la propiedad como derecho fundamental, era evidente que la defensa de la propiedad no podía sacrificar al hombre, ya que éste estaba primero que la propiedad privada. Maximiliano Robespierre lo señaló claramente en su discurso del 2 de diciembre de 1792, dedicado a la paz y al abastecimiento de los artículos de primera necesidad: “¿Cual es el fin primordial de la sociedad? mantener los derechos imprescriptibles del hombre. ¿Cual es el primero de esos derechos? el de existir”.

“La concesión opuesta, que da prelación al sistema y sacrifica la felicidad del hombre, es hija del fascismo. Mussolini dio la fórmula, sus discípulos la acogieron: " todo dentro del Estado, nada por fuera del Estado, nada contra el Estado". El Estado y el sistema se convirtieron en los máximos valores y el hombre se convirtió en esclavo del poder político”.

Y concluye Araujo: “Sólo cuando la burguesía deja de ser una clase revolucionaria, cuando los monopolios a comienzos de este siglo se apoderan del poder político y aquella pasa a defender a cualquier precio el establecimiento, surge la teoría de los límites metajurídicos a la reforma de la Constitución. El gran difusor de esta doctrina es el teórico de los regímenes fascistas, Carl Schmitt: "Una facultad de reformar la Constitución, atribuida por una normación legal-constitucional, puede ser sustituida por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo los supuestos de que queden garantizadas la identidad y la continuidad de la Constitución considerada como un todo. Como consecuencia de esta premisa, Schmitt deduce y desarrolla la tesis de que la reforma constitucional no es destrucción ni la supresión de la Constitución o, lo que lo mismo, que la reforma de la Constitución tiene límites implícitos. Esta concepción fundamental implica, jurídicamente, la necesidad de la reacción de defender a ultranza el orden de cosas existente, aún con el sacrificio de su propia legalidad. Esta ideología constitucional desnaturaliza la finalidad de la reforma constitucional pues si el fin del

mecanismo de enmienda es evitar las revoluciones violentas, al no permitir la revolución legal, reabre la puerta las vías de hecho y justifica la revolución por la fuerza<sup>198</sup>.

Como puede observarse, es un tema muy controvertido este de los preceptos no enmendables de una Constitución: Se trataría de aquellos que el propio constituyente considera que no pueden modificarse, y por lo mismo prohíbe su enmienda; por ejemplo, cuando la Constitución prohíbe modificar la forma de gobierno, la república, la estructura federal del Estado, etc.

Para quienes son partidarios de la existencia de límites en la capacidad de reforma del *constituyente derivado*, “la facultad de reformar la Constitución contiene tan sólo la facultad de práctica de las prescripciones legal-constitucionales sobre reformas, adiciones o supresiones, pero manteniendo la Constitución; no la facultad de dar una nueva Constitución, ni tampoco la de sustituir por otro el propio fundamento de esta competencia de revisión constitucional, porque ésta sería función propia de un *poder constituyente primario*, y el legislador ordinario no lo es, él sólo tiene una función extraordinaria para reformar lo que está hecho, no para cambiar sus principios y aún menos para seguir un procedimiento distinto del establecido por el poder constituyente primario<sup>199</sup>.

Adicionalmente, y bajo estos parámetros se considera que hay dos tipos de límites al poder reformador:

**a) Límites implícitos.** Se considera que existen unos límites de irreformabilidad de la Constitución que tienen que ver con sus llamados principios fundamentales, cuya alteración produciría la ruptura del orden jurídico existente y el surgimiento de uno nuevo, antagónicos a aquel que se reforma.

Desde luego, no resulta fácil precisar cuáles normas pueden considerarse como inmodificables en un concreto texto constitucional. Podemos, sin embargo, incluir entre estas aquéllas normas de carácter dogmático y que tienen que ver con la ideología -y desde luego con los intereses que ella expresa- que inspira la Constitución, las cuales se presentan también como obstáculo a la actividad reformadora del constituyente derivado

**b) Límites explícitos.** Algunas constituciones, en forma expresa, contienen prohibición de reforma de alguno de sus cánones, por ejemplo, prohibición de alteración de la forma de gobierno (Constitución francesa de 1884, art. 89 de la Constitución de 1958; art. 139 de la Constitución italiana de 1947); prohibición de modificación de principios jurídico-políticos (art. 112 de la Constitución alemana de 1949).

Estos límites a la enmienda pueden ser de carácter *temporal* cuando, por ejemplo, no ha transcurrido cierto tiempo desde la adopción del texto constitucional (caso de la Constitución de 1821 que prohibía hacerlo antes de diez años o la Constitución francesa de 1789 y algunas constituciones de América Latina); cuando se dan condiciones tales que pueden impedir un debate veraz y sereno sobre la reforma (se prohíbe, en la monarquía, durante el periodo de la regencia; durante la ocupación extranjera del territorio nacional para evitar que el invasor imponga su voluntad, en tiempos de crisis interior o guerra exterior, etc.), o prohibición de revisión en determinados periodos (art. 89 de la Constitución francesa de 1958 que prohíbe la reforma de la Constitución en etapas

---

<sup>198</sup> Araujo. Op. Cit., p. 398.

<sup>199</sup> FAJARDO Ángel, Op. cit., p. 360.

durante las cuales el territorio nacional esté ocupado por tropas extranjeras, tal como aconteció cuando el territorio francés se encontraba ocupado por los nazis durante la segunda guerra mundial, se expidieron las reforma del General Petain).

En consecuencia y de acuerdo con esta tesis, el poder constituyente *derivado*:

- a) Está ligado formal y materialmente a la Constitución cuya reforma pretende;
- b) No puede desconocer la Constitución que modifica en cuanto a sus principios fundamentales ni en lo relativo a los trámites de reforma que ésta misma establece;
- c) La validez de sus actos dependerá del cumplimiento de los requisitos formales y de la conservación de la integridad ideológico-política de la Constitución.

No sobra considerar, finalmente, la juiciosa observación de Biscaretti con respecto a las limitaciones al poder de reforma constituyente derivado, al sostener que este tema solamente tiene importancia jurídica si existe un sistema eficaz de control constitucional.

Finalmente, en materia de contenidos de las reformas recomienda Biscaretti que, en aras de la garantía de la *certeza del derecho* es conveniente "la mención explícita de las normas constitucionales que se modifican o abrogan desechando por tanto las pretendidas reformas implícitas". En efecto, algunas constituciones establecen el requisito del señalamiento expreso de los cánones reformados o derogados, por ejemplo las constituciones de Bélgica de 1830, Holanda de 1887, Francia de 1946 y Alemania Federal de 1949.

#### **2.5.6.2. Los órganos reformadores**

Es necesario precisar que la competencia para reformar la Constitución no es una función normal del Estado, como dar leyes, resolver procesos, realizar actos administrativos, etc., se trata de una facultad extraordinaria.

Como hemos anotado, el órgano cuya función consiste reformar la Constitución es denominado *poder constituido* o *derivado* y su finalidad deviene de la misma Constitución al ser incluido en ella por el poder constituyente primario.

Comúnmente, en el caso de un Constitución rígida, se recurre a órganos especiales de revisión: se utiliza una asamblea *ad hoc* (por ejemplo, asamblea constituyente, el legislativo bicameral reunido en un solo cuerpo, con función no legislativa sino constituyente, etc.). Se puede utilizar también el cuerpo electoral por medio del referéndum. Tratándose de Estados federales, se requiere la intervención de los Estados miembros.

La actividad reformadora puede entonces ser cumplida:

- a) Por *órganos especiales*, distintos a los ordinarios, por ejemplo, convenciones o asambleas constituyentes como en el caso de la Constitución de los EE.UU. (art. 5); o del "consejo de delegatarios" designado por Rafael Núñez para elaborar el texto constitucional de 1886.
- b) Por los *órganos ordinarios*, pero a través de procedimientos dificultados; por ejemplo, reunión conjunta de las dos cámaras que conforman la Asamblea Nacional francesa; en Bélgica se requiere la disolución del Parlamento y la convocatoria a nuevas elecciones, a fin de que el nuevo Parlamento proceda efectuar la revisión; en Suiza, una vez aprobada

la reforma por el órgano legislativo debía ser sometida a referéndum; igual situación se estipulaba en la antigua Unión Soviética.

La iniciativa para la revisión o reforma de la Constitución ordinariamente está atribuida a los Parlamentos, raramente al Ejecutivo como ocurre en el caso colombiano. En los países socialistas se establece que la iniciativa también puede partir de los ciudadanos, mediante ciertos requisitos.

### **2.5.6.3. El trámite para la reforma**

Dada la importancia de la revisión del texto constitucional para la vida del Estado, resulta apenas lógico suponer que tal actividad no puede efectuarse mediante los mismos mecanismos y trámites que rigen para la discusión y aprobación de las normas ordinarias. Así, la mayoría de las constituciones establecen determinadas solemnidades y requisitos para tal efecto; por ejemplo, establecimiento de un mayor número de debates, la exigencia de mayorías especiales, la necesidad de aprobación por legislaturas sucesivas o la confirmación de las reformas mediante un referéndum, entre otras.

De acuerdo con el magistrado Araujo, “El gran dilema de la enmienda constitucional es lograr un mecanismo que no haga la revisión demasiado fácil, pero que tampoco la haga imposible. Si el mecanismo es demasiado flexible, cualquier mayoría temporal puede utilizarlo en su propio beneficio; si el mecanismo es muy rígido, al no ser posible el cambio, el proceso político buscará canales extra constitucionales o incluso revolucionarios. El método que mejores resultados ha producido consiste en aprobar una enmienda constitucional por una mayoría considerablemente más amplia que la requerida para la aprobación de una ley ordinaria. Normalmente se exige una mayoría de los dos tercios de los miembros del órgano encargado de hacer la revisión; si éste es bicameral, los dos tercios de cada una de ellas. Pueden, igualmente, exigirse otras mayorías”<sup>200</sup>.

Esta mayoría especial implica un procedimiento agravado, que además puede tener otros gravámenes como votación doble (en Colombia dos periodos ordinarios, art. 375 de la Constitución), intervalo de tiempo (entre la deliberación y la votación, o entre dos votaciones, etc.), referéndum (en general después de la decisión parlamentaria, eventual o taxativamente exigido); a veces se combinan acumulando estos gravámenes (por ejemplo, dos periodos ordinarios en Colombia; en el último se requiere una mayoría especial, art. 375 de la Constitución).

#### **2.5.6.3.1. La iniciativa de la reforma**

Aspecto importante de la revisión constitucional es el relacionado con *quién tiene la iniciativa* del procedimiento de revisión. Usualmente se tiende a limitarla a los órganos a los que se da primacía en la propia Constitución. En los regímenes presidencialistas también se otorga esta facultad al ejecutivo. Frecuentemente, la iniciativa para la revisión constitucional se otorga a varios órganos; por ejemplo pueden tenerla los miembros del órgano legislativo y la cúpula del ejecutivo (el gobierno), entre otros.

Como bien pone de presente Naranjo, “Uno de los medios para lograr mayor estabilidad para una Constitución es el de limitar la posibilidad de emprender reformas a la misma. Por lo general se confiere este derecho al órgano del Estado al cual se quiere dar, en un sistema determinado mayor preponderancia política. Así, en un sistema parlamentario, la iniciativa de la reforma será confiada al cuerpo legislativo exclusivamente, en tanto que en

---

<sup>200</sup> ARAUJO. Op. Cit., p. 398.

un sistema presidencial ella será puesta en manos del Ejecutivo, aunque no siempre ocurre así<sup>201</sup>

#### **2.5.6.4. La reforma de la Constitución en Colombia**

En Colombia, de acuerdo con la Carta de 1991 (art. 374 y ss), la Constitución política podrá ser reformada:

- a) por el Congreso,
- b) por una asamblea constituyente o
- c) por el pueblo mediante referéndum.

##### **2.5.6.4.1. Reforma por el Congreso**

Cuando la reforma se haga por medio del Congreso, podrán presentar proyectos de *acto legislativo*<sup>202</sup> el gobierno, diez miembros del congreso, el 20% de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en número equivalente al menos al 5% del censo electoral vigente.

El trámite del proyecto tendrá lugar en dos periodos ordinarios y consecutivos. Aprobado el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el gobierno. En el segundo periodo, la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada cámara. En este segundo periodo sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero (C.P., arts. 374 y 375).

Vidal Perdomo anota como entre los distintos sistemas que existen para modificar las constituciones el de las reformas por el Congreso de la República ha sido el más utilizado en Colombia (reformas de 1936, 1945, 1968, 1986 y otras).

##### **2.5.6.4.2. Reforma por medio de asamblea constituyente**

Aquí se utiliza la posibilidad de convocar a un cuerpo especial con poderes constituyentes, dedicado únicamente esa tarea; tal es el caso de las asambleas o convenciones de ese nombre, y es un procedimiento que también se ha utilizado en otros países. Entre nosotros, tenemos como ejemplo la Asamblea Nacional constituyente que funcionó de 1952 a 1955; en 1977 el gobierno de la época impulsó, sin éxito, su creación en el Congreso, para ciertas reformas parciales.

De acuerdo con la Carta de 1991, mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra cámara, el Congreso podrá disponer que el pueblo, en votación popular, decida si convoca a una asamblea constituyente con la competencia, el periodo y la composición que la misma ley determine.

Se entenderá que el pueblo convoca a la asamblea, si así lo aprueba, cuando menos, una tercera parte de los integrantes del censo electoral<sup>203</sup>.

Tal asamblea deberá ser elegida por el voto directo de los ciudadanos, en acto electoral que no podrá coincidir con otro. A partir de la elección quedará en suspenso la facultad

---

<sup>201</sup> NARANJO MESA, Vladimiro, Elementos de Teoría Constitucional e instituciones políticas, Indagraf editores, Bogotá, 1984., p. 273.

<sup>202</sup> Acto legislativo es la denominación que se da en Colombia al acto reformativo de la Constitución, debatido y aprobado por el Congreso, conforme al procedimiento señalado en el Título XIII de la Carta. Madrid-Malo, Mario. Diccionario de la Constitución Política, Legis, 2ª ed. 1998.

<sup>203</sup> *Censo electoral* es el conjunto registrado, nómina o padrón de las personas que por hallarse en el ejercicio de la ciudadanía y tener condición civil pueden ejercer el sufragio. Cfr. Diccionario de la Constitución Política. Madrid-Malo, Mario, Legis, 1998.

ordinaria del Congreso para reformar la Constitución durante el término señalado para que la asamblea cumpla sus funciones. La asamblea adoptará su propio reglamento (C.P., art. 376).

De acuerdo con Vidal Perdomo, “El mayor problema de las asambleas constituyentes es el de la extensión de sus poderes a fines diferentes de los de su convocación, y la ausencia de controles, que ella pueden eliminar. En 1991 la Asamblea Nacional hizo esto último: decidió cambiar toda la Constitución y declaró terminado el periodo de los congresistas elegidos el año anterior; ciertos grupos políticos de ella pensaron en el beneficio de aumentar su representación en las cámaras legislativas”<sup>204</sup>.

Vidal Perdomo resalta como a favor de la convocatoria de la asamblea constituyente de 1991 no sólo militó la antigua petición de la izquierda, sino el desprestigio del Congreso de la República y la criticada llamada clase política tradicional, que se acentúa cuando existen fuerzas nuevas que quieren reemplazarlas. Fue por tal razón que la mal denominada en su momento *revocatoria del mandato* de los congresistas no produjo reacciones en contra, por parte de la ciudadanía.

Los adversarios a la asamblea constituyente, por su parte, se afianzaban en el mandato del artículo 218 de la Constitución vigente en ese entonces (la de 1886), que daba con exclusividad al Congreso el poder constituyente derivado. En su apoyo se citaba la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1978 que había declarado contraria a la Constitución la convocatoria de una asamblea constituyente. La ilegitimidad del procedimiento constituyente adoptado aún se sostiene, y algunos autores afirman que la Constitución de 1991 nació de un golpe de Estado, incorrecto y a primera vista exitoso; en este caso contra el Congreso.

Desde el punto de vista jurídico, de acuerdo con Vidal Perdomo, “la discusión quedó cancelada por cuanto el artículo 59 de las disposiciones transitorias de la Constitución de 1991 dijo, de manera perentoria, que la Constitución y los demás actos del asamblea constituyente no estaban sujetos a control judicial alguno. En ese mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional ante demandas que se presentaron posteriormente ante ella”<sup>205</sup>.

#### **2.5.6.4.3. Reforma por medio de referéndum**

Por iniciativa del gobierno o de los ciudadanos (en las condiciones del artículo 155), el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas cámaras, podrá someter a referéndum un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. El referéndum será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente qué votan negativamente.

La aprobación de las reformas a la Constitución por vía de referéndum requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes y que el número de estos exceda la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral.

Deberán someterse a referéndum las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieren a los derechos reconocidos en el capítulo 1 del Título II y a

---

<sup>204</sup> VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Constitucional general e Instituciones Políticas Colombiabras. 8ª ed. Legis, Bogotá, 199, p. 345.

<sup>205</sup> VIDAL PERDOMO, op. cit., p. 345.



sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del acto legislativo, un 5% de los ciudadanos que integren el censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral (C.P., arts. 377 y 378).

El artículo 379 de la Constitución dispone que los actos legislativos, la convocatoria a referéndum, la consulta popular o el acto que convoca a una asamblea constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en el Título XIII de la Constitución. La acción pública contra estos actos sólo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con la observancia de lo dispuesto en el artículo 241, numeral 2.

### 2.5.6.5. Actos legislativos reformativos de la Carta de 1991

AÑO	N°	FECHA	CONTENIDO
1993	01	Ago. 17	Se erige la ciudad la ciudad de Barranquilla, Capital del departamento del Atlántico, en distrito especial, industrial y portuario. (D.O. 40995, agosto 18/93).
	02	Nov. 23	Se adoptan medidas transitorias: Adiciona el artículo transitorio 60. Se adopta como plan nacional de desarrollo para los años 1993 y 1994 el que corresponda a las leyes anuales de presupuesto de renta y de apropiaciones de la Nación. (D.O. 41117, noviembre 24/93).
	03	Dic. 15	Se adicionan los artículos 134 y 261 de la Constitución Política, relacionados con faltas absolutas o temporales, inhabilidades e incompatibilidades. (D.O. 41140, diciembre 16/93).
1995	01	Dic. 1°	Se adiciona el artículo 357 de la Constitución Nacional sobre participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación. (D.O. 42132, diciembre 1°/95).
	02	Dic. 21	Se adiciona el artículo 221 de la Constitución Política en relación con la integración de cortes o tribunales militares. (D.O. 42159, diciembre 21/95).
1996	01	Feb. 15	Se modifican los artículos 299 y 300 de la Constitución Política en relación con las funciones de las asambleas departamentales. (D.O. 42688, enero 17/96).
1997	01	Dic. 16	Se modifican el artículo 35 de la Constitución Política. Extradición de nacionales. (D.O. 43195, diciembre 17/97).
1999	01	Jul. 30	Se reforma el artículo 58 de la Constitución Política, en relación con la expropiación. (D.O. 43654, agosto. 4/99).
2000	01	Ago. 17	Se modifica el inciso primero del artículo 322 de la Constitución Política. Cambio de nombre de Santafé de Bogotá. (D.O. 44133, agosto 18/2000).
	02	Ago. 17	Se modifica el artículo 52 de la Constitución Política, en relación con el ejercicio del deporte. (D.O. 44133, agosto 18/2000).
2001	01	Jul. 30	Se modifican algunos artículos de la Constitución Política. (D.O. 44506, agosto 1°/2001).
	02	Dic. 27	Se adiciona el artículo 93 de la Constitución en relación con la Corte Penal Internacional. (D.O. 44.663, diciembre 31/2001).
2002	01	Ene. 25	Se reforma el artículo 96 de la Constitución Política sobre la nacionalidad. (D.O. 44693, enero 31/2002).
	02	Ago.6	Se modifica el período de los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y ediles. (D.O. 44893, agosto 6/2002).
	03	Dic, 19	Se reforma la Constitución Nacional. (D.O. 45040, diciembre 20/2002).
	01	Jul. 3	Por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones. (D.O. 45237, julio 3/2003).

2003	02	Dic. 18	Se modifican los artículos 15, 24, 28 Y 250 de la Constitución Política de Colombia para enfrentar el terrorismo (D.O. 45406, diciembre 19/2003).
2004	01	Ene. 7	Se modifica el inciso quinto del artículo 122 de la Constitución Política (D.O. 45424, enero 8/2004).
	02	Dic. 27	Se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones (D.O. 45775, diciembre 28/2004).
2005	01	Jul. 22	Se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política sobre seguridad social. (D.O. 45980, jul. 25/2005; D.O. 45984, julio 29/2005).
	02	Jul. 22	Se modifica el artículo 176 sobre la Cámara de Representantes. (D.O. 45980, julio 25/2005).
	03	Dic. 29	Se modifica el artículo 176 sobre la Cámara de Representantes. (D.O. 46136, diciembre 29/2005).
2007	01	Jun. 27	Se modifican los numerales 8º y 9º del artículo 135, sobre facultades de las cámaras; se modifican los artículos 299 y 312 sobre asambleas y concejos, y se adicionan dos numerales a los artículos 300 y 313 sobre sus funciones.
	02	Jul. 6	Se modifican los artículos 328 y 356 sobre distritos y distribución de recursos y competencias.
	03	Jul. 10	Por medio del cual se modifica el artículo 323 sobre el concejo del D.C..
	04	Jul. 11	Se reforman los artículos 356 y 357 sobre recursos y competencias.

## **2.6. LECTURAS DE APOYO ADICIONAL**

### **2.6.1. Lectura I**

#### **CREACIÓN DE LA GRAN COLOMBIA Y CONSTITUCIÓN DE CÚCUTA**

Obra: HISTORIA SOCIOECONÓMICA DE COLOMBIA

**Carlos Alberto Mora B. y Margarita Peña B.**

(Páginas 125 y 126)

“Con la aprobación del Congreso de Angostura se inició la campaña libertadora de la Nueva Granada, que culminó con el triunfo de Boyacá. En diciembre de 1819 Bolívar se presentó nuevamente al Congreso y el 17 de ese mismo mes se creó la república de Colombia (la Gran Colombia) en Angostura, hoy Ciudad Bolívar, república que se disolvió en 1830. Su territorio se dividió en tres departamentos: Cundinamarca, Quito y Venezuela. Sus capitales respectivas fueron Bogotá, Quito y Caracas. La capital de la nueva nación se fundaría más tarde en un lugar estratégico entre Colombia y Venezuela, con el nombre de Bolívar. El poder ejecutivo lo ejercerían un Presidente y un Vicepresidente.

Para enero de 1821 se acordó convocar un nuevo Congreso, que redactaría la Constitución de la Gran Colombia en la Villa del Rosario de Cúcuta.

Simón Bolívar fue ratificado por unanimidad como Presidente de la República y fueron nombrados *Francisco Antonio Zea* como vicepresidente, Francisco de *Paula Santander* como vicepresidente de Cundinamarca (actual Colombia) y *Juan Germán Roscio* como vicepresidente de Venezuela. Como la región de Quito estaba todavía en manos de los españoles, no se nombró representación alguna. Después del Congreso de Angostura, Bolívar continuó sus campañas militares para liberar a Venezuela, las cuales culminaron con la Batalla de *Carabobo* en 1821. El actual territorio de Colombia había sido así liberado casi en su totalidad.

### ***El Congreso de Cúcuta y la Constitución de 1821***

El Congreso Nacional Constituyente se reunió en la *Villa del Rosario* de *Cúcuta*, población limítrofe entre Nueva Granada y Venezuela, el 6 de mayo de 1821. A él sólo asistieron cincuenta y cuatro diputados, de los noventa y cinco elegidos por las provincias liberadas, y Antonio Nariño fue encargado de presidirlo.

Durante las deliberaciones renació el antiguo conflicto entre centralistas y federalistas. Se concluyó que lo mejor, en ese momento, no era el federalismo, pero tampoco un centralismo exagerado. Los diputados que más defendieron la posición centralista fueron Alejandro Osorio, José Manuel Restrepo y Pedro Gual, mientras que Vicente Azuero y José Ignacio de Márquez defendían un proyecto federal, teniendo en cuenta la cantidad de regiones y sus características tan diferentes. Poco después de la presentación de varios proyectos e intensos debates, triunfó la idea de la república centralista. Se puede decir que la *Constitución* de *Cúcuta* reprodujo el texto de Angostura, pero con gran precisión de conceptos y mayor técnica jurídica. Aprobada el 30 de agosto de 1821, con base en ella se dictaron varias leyes orgánicas sobre economía, administración, educación y la continuación de la guerra.

### ***Los contenidos de la Constitución de 1821***

Esta Constitución consideró, como parte de la República, el virreinato de Nueva Granada y la capitanía general de Venezuela, integrando aquellas regiones todavía bajo el dominio español. Dividió el territorio en *departamentos*, estos en *provincias*, y éstas en cantones y parroquias. Instituyó un gobierno popular y representativo, con un poder supremo dividido en tres ramas: legislativa, ejecutiva y judicial.

El poder legislativo lo representaba el Congreso, dividido en dos cámaras -el Senado, con 4 senadores por departamento, y la Cámara de Representantes, con uno por cada 30.000 habitantes- donde podían originarse indistintamente las leyes. Además de cumplir los requisitos necesarios para ser elector, senadores y representantes debían tener propiedades por un valor superior a dos mil pesos. En el caso de los primeros se exigía, además, ser mayor de treinta años y profesor de alguna ciencia.

Para ser elector se requería ser sufragante parroquial, saber leer y escribir, ser mayor de veinticinco años y vecino de cualquiera de las parroquias del cantón donde se celebraban elecciones. Además, era necesario ser dueño de propiedades con valor superior a quinientos pesos o gozar de un empleo de trescientos pesos de renta anual, o tener una profesión.

El *poder ejecutivo* lo integraban el presidente y un Consejo de gobierno, compuesto por el vicepresidente, el ministro de la Suprema Corte de Justicia y cinco secretarios de despacho: Hacienda, Marina, Guerra, Relaciones Exteriores y del Interior. Con excepción del vicepresidente, todos los demás los nombraba el Presidente, quien también lo hacía con los gobernadores de provincia y los intendentes de los departamentos. El *poder judicial* lo desempeñaba la Alta Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados.

Esta Constitución no tuvo en cuenta las fuertes tendencias federalistas, ni la diversidad de regiones de la nueva república. Limitó las facultades del poder ejecutivo, pues el presidente no podía proponer leyes al Congreso y requería de la aprobación del Senado para nombrar diplomáticos y gobernadores. La Constitución resultó inadecuada para un país tan grande y aún en estado de guerra contra España, en búsqueda de la independencia de Ecuador, Perú y Bolivia.

En septiembre de 1821, los representantes eligieron a Bolívar presidente de la República y vicepresidente a Santander, después de un debate entre este último y Nariño. Aunque se apartaba bastante de las ideas de Bolívar, el Congreso concedió al Libertador facultades extraordinarias para dirigir y continuar la guerra. En noviembre de este mismo año, Panamá proclamó su independencia de España y se incorporó a la Gran Colombia. El Congreso de Cúcuta, como poder constituyente, dispuso que el escudo de armas fuese el que tenía Nueva Granada y la bandera la de la antigua Capitanía General de Venezuela (amarillo, azul y rojo); se escogió a Bogotá como capital de la República.

### ***Leyes orgánicas dictadas por el Congreso de Cúcuta***

Libertad de partos: uno de los hechos más importantes del Congreso fue la ley de la manumisión de esclavos. Aunque no logró la abolición absoluta de la esclavitud, consiguió la *libertad de partos*, según la cual todo hijo de esclavo nacido en territorio colombiano a partir de la publicación de la ley, era hombre libre. En la práctica se determinó la prolongación de la esclavitud gracias al tutelaje obligatorio al cual tuvieron que someterse los esclavos liberados. Se exigía que los dueños educaran y alimentaran a los hijos de los esclavos, lo que los obligaba a prestar servicios personales a su protector hasta los 18 años. De esta disposición se burlaron muchos propietarios, trasladando sus esclavas grávidas a otros territorios, como el Perú, para que allí sus hijos nacieran esclavos y se reconocieran como tales en Colombia.

Por Ley del 21 de julio de 1821 (copia de una ley del Estado soberano de Antioquia en 1814), se comenzó a suprimir el tráfico de negros y se confió su liberación a las *juntas de manumisión*, que resultaron inefectivas y a merced de los esclavistas. *José Félix Restrepo*, quien había asesorado en el Estado de Antioquia a Juan del Corral en 1814, fue el gestor de la Ley de manumisión de 1821.

### **Abolición de los resguardos y del tributo indígena**

Los resguardos indígenas, reducidos en gran parte desde fines del siglo XVIII, se consideraban legado colonial inaceptable. En ese momento, lo más importante era estimular las libertades individuales, la igualdad, la libre empresa y la libertad de comercio. Esto equivalía a romper los lazos con la sociedad señorial, para que todo quedara sujeto a la ley de oferta y demanda.

Los indígenas, no los terratenientes, fueron víctimas de este liberalismo económico. Los

altos militares de la guerra de independencia acapararon tierras, convirtiéndose en hacendados, aunque muchos ya lo eran. Los indígenas recibieron el mayor golpe cuando, en 1821, el Congreso de Cúcuta decretó el fin de los resguardos y del tributo indígena, convirtiendo a los indios en propietarios de pequeñas parcelas, que los latifundistas podían comprar a bajos precios. Por falta de recursos, el cumplimiento de esta ley no se pudo llevar a cabo. En 1832 se prohibió a los aparceros indígenas vender sus tierras durante un período de 10 años.

### **Las medidas económicas y el papel que desempeñó el secretario de hacienda José María del Castillo y Rada**

Durante este período se eliminaron varios impuestos coloniales, entre ellos el de alcabala (5% sobre las ventas de productos nacionales o bienes muebles), que se reemplazó por el 2.5% a la venta de mercancías extranjeras y de bienes raíces. Se abolió la *sisa*<sup>206</sup> sobre los comestibles, se terminó con el *estanco*<sup>207</sup> del aguardiente, se conservó el del tabaco y se elevó al 50% la importación de tabaco. El *diezmo*<sup>208</sup> se mantuvo mientras se celebraba un concordato con la Santa Sede; temporalmente se dejó libre de este impuesto a las nuevas plantaciones de añil, cacao y café. Se creó la *contribución directa* sobre bienes raíces, capitales, bienes muebles productivos y censos de sueldos superiores a los ciento cincuenta pesos anuales.

Se autorizó al poder ejecutivo para negociar un préstamo de treinta millones de pesos y se creó una comisión encargada de estudiar la liquidación de la deuda externa.

El papel desempeñado por el secretario de hacienda de la Gran Colombia, *José María del Castillo y Rada*, fue definitivo en las reformas económicas, especialmente en lo referente a la tributación, pues vio como mejor solución una teoría liberal de la organización de la economía.

### **Medidas relacionadas con la Iglesia**

Se trató de suprimir el impuesto eclesiástico del diezmo que se cobraba en la colonia y que el Estado siguió cobrando en la república, para el sostenimiento del culto. Castillo y Rada lo consideraba absurdo y perjudicial para la agricultura. También criticó la existencia de los bienes de *manos muertas*, que consistían en finca raíz que quedaba por fuera del mercado y que no podía venderse o fraccionarse. Eran los *mayorazgos* de familias nobles y los dejados a la Iglesia como capellanías. Otra medida suya fue la supresión de los conventos de varones que no alcanzaban a ocho miembros; sus propiedades pasaron a manos del Estado, para el fomento de la educación y de las entidades de beneficencia. Se abolió la Inquisición y sus bienes y rentas pasaron al Estado.

### **División territorial**

Por ley del 2 de octubre de 1821 se dividió el territorio en siete departamentos. Las actuales repúblicas de Panamá y Ecuador todavía estaban en poder de España”.

---

<sup>206</sup> *Sisa*: Impuesto antiguo sobre los comestibles.

<sup>207</sup> *Estanco*: Prohibición del curso y venta libre de algunas cosas, o asiento que se hace para reservar exclusivamente la venta de mercaderías o géneros, poniendo los precios a que fijamente se han de vender. Victor del Santo. Diccionario de Ciencias Jurídicas. Edit. Universidad. Buenos Aires. 1996.

<sup>208</sup> *Diezmo*: Parte de los frutos, generalmente la décima, que pagaban los fieles a la Iglesia.

**2.6.2. Lectura II**  
**LA NARRATIVA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991**  
Obra: Intelectuales, Estado y Nación en Colombia  
De la guerra de los mil días a la Constitución de 1991  
Miguel Ángel Urrego  
DIUC- Universidad Central  
(Páginas 211-219).

Es necesario señalar previamente que la participación de los intelectuales en el proceso de legitimación de proyectos, gobiernos y medidas políticas no está carente de contradicciones. Por el contrario, se pueden generar roces y conflictos con el gobierno central, con los partidos tradicionales, con funcionarios de alto nivel, etcétera

**LA NARRATIVA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991**

La Constitución de 1991 se ha erigido en un nuevo mito político que unifica e integra a los intelectuales reincorporados. La movilización de los académicos en torno a la elaboración de una narrativa de la Constitución ha permitido recuperar a una serie de pensadores que tras la crisis de la izquierda, el ascenso neoconservador y la supremacía de los economistas neoliberales habían quedado sin referentes ideológicos fuertes. Dicho de otra manera, la Constitución logra recuperar para el Estado a unos intelectuales que

finalmente terminan legitimando la propuesta. Por esta razón, incluimos en este capítulo un breve comentario a las dinámicas inauguradas en 1991.

El proyecto gavirista de acelerar la implementación del modelo neoliberal necesitó adecuar con urgencia las estructuras legales e institucionales del país a los requerimientos del capital internacional y la globalización neoliberal. Por ello hizo lo que parecía imposible: citar a una asamblea constituyente para que redactara una nueva Carta Magna (42).

Hay que resaltar que la Constitución fue viable debido a la coincidencia de varios procesos, entre los cuales habría que señalar los siguientes: la presión de diversos sectores de la sociedad civil para crear un marco constitucional más acorde con las modificaciones generadas desde la década de los sesenta (43); un protagonismo fugaz con el cual se premiaba la reincorporación de movimientos insurgentes, especialmente el M -19, y el abandono de cualquier pretensión de lucha armada; las exigencias de corrientes del liberalismo, en particular las que se expresaron a través del diario *El Espectador*; la presencia de sectores populares organizados que demandaban la revisión del pacto social; la coincidencia de fracciones reformistas de los dos partidos en la búsqueda de un cambio en el orden jurídico (44).

La propuesta era audaz porque en un mismo proceso intentaba legitimar el modelo económico y el proceso de paz con el M-19, evitar la radicalización de sectores populares y renovar algunas instituciones que no estaban acordes con las exigencias de la época.

La composición de la asamblea constituyente reflejó la presencia de diversos sectores que buscaban dejar sentir su voz y de alguna manera plasmar en el texto constitucional su punto de vista sobre lo que era la nación y el Estado. En este sentido, la Constitución fue el resultado de los procesos de negociación y sometimiento de las diferentes fuerzas políticas. Eso no quiere decir, bajo ninguna circunstancia, que el gavirismo hubiese estado sometido a los demás grupos (45). Por el contrario, este sector salió beneficiado con la nueva Carta, pues, entre otras cosas, se consagró en ella la economía de mercado.

Aparentemente se lograron algunos avances evidentes si se hace una comparación con la Carta de 1886. Generalmente se hace referencia, por ejemplo, a la consagración constitucional del carácter multiétnico y pluricultural de la nación y a una supuesta democratización de la sociedad. Sin embargo, tales hechos quedan eclipsados por las limitaciones concretas de la democracia y por la aplicación del recetario neoliberal. Lo particular es que quienes defienden la Constitución poseen un concepto sobre la democracia que no se ajusta a los procesos recientes y que, en otros casos, es muy frágil. Si partimos, por ejemplo, de considerar la noción de ciudadano en el sentido de sujeto libre, portador de derechos y obligaciones y fuente de legitimidad del orden político a partir de la concertación, con otros individuos libres, de las leyes y normas de convivencia, constatamos que en Colombia existen serias limitaciones. Pero si incluimos otros elementos en la definición, como lo hace Carvhalo, observaremos que lo que ha sucedido es todo lo contrario a lo que sugieren los apologistas de la Constitución del 91. En efecto, las condiciones materiales de existencia y la protección social se han debilitado dramáticamente, al igual que la seguridad de los ciudadanos (46). Esta imposibilidad del Estado para garantizar la protección de los ciudadanos es considerada por Marco Palacios como una falla protuberante de la nueva Constitución.

Por lo dicho anteriormente, se equivocan también aquellos que sostienen que el problema

es una supuesta falta de "aplicación" de la Constitución. En un muy ligero escrito, carente de toda sustentación, Ricardo Sánchez sintetiza esta corriente de pensamiento (47).

Un hecho especial de la coyuntura en la que se elaboró la Constitución fue que el gavrismo logró la movilización de importantes sectores de la clase media y de la intelectualidad. Éste fue un acontecimiento novedoso en aquel entonces pues difícilmente un gobierno había obtenido éxito en obtener un respaldo importante a una propuesta política (48).

A partir de entonces comenzó a construirse una narrativa en torno a lo que para los apologistas de la Carta es el cambio más importante del siglo XX. Lo cual, a nuestro juicio, traduce la legitimación del proyecto político del gavrismo y, en consecuencia, del neoliberalismo.

En esta visión hay varios errores. En primer lugar, pensar que una Constitución es la forma de lograr los cambios que el país demanda. Varias experiencias han demostrado que una nueva Carta Magna, aun si es elaborada por los sectores más disímiles, incluida la guerrilla reinsertada, no es condición suficiente para obtener transformaciones sustanciales de la política. En la época de la dictadura nacionalista militar en el Perú los golpistas promovieron la redacción de una Constitución y para ello organizaron una asamblea constituyente en la cual tuvieron participación destacados dirigentes populares e intelectuales. No obstante, los beneficios fueron mínimos y el país quedó inmerso en un conflicto de mayores proporciones (49).

En segundo lugar, el reconocimiento de las minorías en el escenario político no puede reducirse a la popularidad alcanzada por Lorenzo Muelas en aquel entonces, ni al paternalismo de la mayoría mestiza. Por un lado, para 1991 el movimiento indígena ya llevaba varias décadas de lucha y organización y sus éxitos se debían más a esta tradición que al protagonismo en la asamblea. Además, el movimiento indígena no actuaba solo, existía un proceso de constitución de movimientos cívicos y populares que gestaban la inclusión de las minorías. Estos hechos han posibilitado el respaldo que importantes sectores de la población han brindado al movimiento indígena en las últimas elecciones. La popularidad de los candidatos de las etnias también debe interpretarse como parte de la expresión de cierto nivel de disidencia política y como un voto de castigo con el que los ciudadanos han decidido rechazar parcialmente a los partidos tradicionales. Tal actitud ha permitido igualmente el acceso de humoristas y artistas a los cargos de representación política y de otras expresiones de la mal denominada "antipolítica".

En tercer lugar, se omite la caracterización del sector que impulsó la redacción de la Constitución y la explicación de ésta en el contexto de un proyecto político y económico. La mayor parte de los comentarios apologéticos sobre la Constitución del 91 olvidan mencionar a Gaviria como el máximo exponente del proyecto neoliberal y que la Carta era necesaria para la implementación de las medidas exigidas por lo que en la época se denominó la aceleración de la apertura.

No se da una explicación de las relaciones existentes entre democracia y neoliberalismo. Es decir, se despoja de cualquier contenido político a la política económica - y ya vimos la función del economista en los últimos años, la falsedad de su pretendida cientificidad- y se elaboran las explicaciones con un concepto ideal de democracia. Se dice que ésta se ha fortalecido debido a una mayor posibilidad de



nombrar autoridades locales, gracias a la elección popular de alcaldes, por ejemplo, pero se saca de contexto el origen de ese mecanismo, la presencia de capitales del narcotráfico, la manipulación del electorado, la limitada renovación del Congreso luego de la revocatoria del mandato en 1991, y, lo que es más significativo, la negación de importantes sectores de la población que están por fuera de la ciudadanía (50). Finalmente, una participación tan masiva eligió como presidente a Andrés Pastrana, uno de los más autoritarios mandatarios de Colombia, que sólo hasta los últimos meses aceptó que la política de paz, su principal bandera, era un objetivo nacional (51).

Los apologistas de la Constitución olvidan que facciones de los partidos tradicionales venían insistiendo desde los años setenta en la necesidad de una reforma política e incluso en la elección popular de alcaldes. En efecto, una generación de políticos comenzó a percibir problemas derivados de la inmovilidad del modelo político, por ello en algunas facciones del bipartidismo la discusión derivó hacia el peso del centralismo y el marcado acento burocrático del Estado. Tanto del lado liberal como del conservador se escucharon voces contra el centralismo en Colombia. En 1967, Álvaro Gómez llamó la atención sobre el origen colonial de nuestro Estado, sobre su improvisación, su paternalismo y su omnipotencia (52). Estas características del Estado explicaban, según él, la violencia política: "La omnipotencia estatal es la enemiga de la convivencia. Si el poder es omnímodo los hombres se hacen matar por conseguirlo" (53). Para el dirigente conservador era fundamental que el Estado otorgara servicios públicos, pero que no entorpeciera la iniciativa privada (54), pues de lo que se trataba era de evitar que el Estado fuese el principal monopolio (55).

Hay que recordar, igualmente, que la idea de eliminar el centralismo y darle poder a los municipios fue la base de la reforma municipal de los ochenta, que dio paso a la elección popular de alcaldes y a los distintos planes de constitución de las regiones administrativas.

Esta reforma y la descentralización municipal tienen dos orígenes: uno político y otro económico. El político puede ser reducido, a su vez, a dos necesidades: la de "modernizar" el Estado y la de eliminar el creciente conflicto social en los municipios. La "modernización" se hace indispensable cuando la irracionalidad del Estado le impide el cumplimiento de sus deberes. Básicamente, esta irracionalidad se expresó en la duplicación de las funciones de las entidades estatales y en la inexistencia de una planeación que articulara la dimensión nacional, la departamental y la municipal.

La reducción del conflicto social traduce el interés de trasladar la presión que se ejerce sobre el Estado, por parte de las comunidades rurales y urbanas en los diferentes municipios, a las autoridades de nivel local. El objetivo era crear la conciencia de que el funcionamiento de los servicios públicos depende de la gestión del alcalde. Para algunos, esta dualidad era la manifestación de una reordenación de las relaciones entre sociedad civil y Estado.

La elaboración más acabada del origen político de la descentralización administrativa se encuentra en los escritos del ex ministro Jaime Castro (56) y en el conjunto de reformas conocidas como la revolución silenciosa de los ochenta.

El origen económico de la descentralización es explicado como el resultado de una variación en la política de gasto público. Los economistas definen el gasto público como

un espejo de la sociedad, en el que se refleja la estructura y la lógica de la administración pública, el desarrollo territorial, la orientación del Estado y su particular vinculación al proceso de acumulación y desarrollo; por lo que un cambio fundamental de éste tiene que estar acompañado por modificaciones en otros niveles, por ejemplo, en el de la administración pública.

Desde mediados del siglo XX se han conocido dos modelos de gasto público: el estructuralista o cepalino, que va desde 1960 hasta mediados de los setenta, y el neoliberal, desde finales de los setenta hasta hoy en día. Estos modelos asignan al Estado un particular grado de intervención y requieren una intensidad específica de la descentralización.

El modelo cepalino se caracterizó por un gasto público explícitamente ligado con objetivos del modelo de acumulación, el énfasis en el apoyo a ciertas actividades y un fortalecimiento del ejecutivo y la centralización. Fue el modelo cepalino el que se expresó en la reforma de 1968, especialmente en aspectos como: el fortalecimiento de la eficacia municipal, antes que la descentralización; la consolidación de la transferencia de parte o la totalidad de impuestos a las ventas y a la cerveza; la no redefinición de los niveles de la administración pública, y el establecimiento de una jerarquía evidentemente centralista.

El modelo neoliberal conceptuó que la intervención y el tamaño del Estado debían reducirse notablemente, como garantía para una reafirmación de las fuerzas económicas. Esto implicó una redefinición de la asistencia del gobierno (de las transferencias) a los departamentos y municipios; una reducción de los institutos del Estado y una privatización de los servicios públicos. Los puntos de ajuste fueron: el modelo presupuestal, el déficit fiscal y el manejo del endeudamiento externo. Por ello, formalmente, la reforma ha tenido tres frentes de acción: el político (la elección popular de alcaldes), el económico (el incremento de las transferencias) y el administrativo (la descentralización y el nuevo régimen municipal y departamental).

La reforma de los años ochenta tuvo como antecedentes inmediatos la reforma de 1968 (57) y la Constituyente de López Michelsen (58). Fue precisamente el intento de reforma de López el que inició formalmente el debate en torno a la descentralización administrativa. Por ello, la reforma aparece en cierta medida como una "conclusión" natural de la mencionada propuesta, y no es para menos, porque a partir de esa coyuntura se multiplicaron los estudios, los modelos y los decretos. Durante la administración Turbay Ayala (59) se hicieron avances fundamentales (60), entre los cuales hay que mencionar: el Decreto 2273 de 1978, por medio del cual se creó el Consejo Nacional para la Descentralización Administrativa (61); el Decreto 2348 de 1980, que determinó la creación de los Consejos Regionales para la Descentralización Administrativa (62), y el Decreto 234 de 1981, por medio del cual se formó un comité para el estudio de la reforma constitucional del régimen político de las entidades territoriales (63).

Fue en el contexto de la reforma de los años noventa que la descentralización encontró un marco constitucional adecuado. Sin embargo, ya se escuchan hoy opiniones de interesados en revisar la descentralización con el argumento de que los municipios se endeudaron por encima de sus posibilidades y que el modelo no es tan funcional como lo pretendían sus apologistas.

En resumen, se presentaron cambios sustanciales en el orden jurídico del país y se hicieron innovaciones que han dado mayores posibilidades a los ciudadanos -la acción de

tutela, por ejemplo; asimismo, en este proceso se dio la participación de diversos sectores de la sociedad -reinsertados, cristianos, partidos políticos y minorías étnicas-. No obstante, es necesario contextualizar la reforma y señalar que hace parte de un proyecto político de los sectores neoliberales, y redimensionar así el sentido de la Constitución del 91”.

#### NOTAS DEL TEXTO

42. Véase un análisis del gobierno de Gaviria en Consuelo Ahumada, *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*, Bogotá, El Ancora Editores, 1996.
43. Es 10 que algunos han dado en denominar el desarrollo desigual y contradictorio entre la sociedad civil Y el Estado. Véase Ricardo Mosquera Mesa, "Los procesos culturales recientes en Colombia", en *Imágenes y reflexiones de la cultura en Colombia -regiones, ciudades y violencia-*. *Memorias del Foro Nacional para, con, por, sobre, de cultura*, Bogotá, Colcultura, 1991, pp. 25 Y ss.
44. Desde los años setenta se venía hablando de una reforma constitucional, especialmente por parte de las fracciones orientadas por Alfonso López Michelsen y Álvaro Gómez Hurtado. Adicionalmente, sectores del bipartidismo ya habían dado el visto bueno a la elección popular de alcaldes y la descentralización administrativa.
45. Marco Palacios resalta las vacilaciones y concesiones del máximo dirigente del M-19, Antonio Navarro, ante el gavirismo.
46. Véase para el Brasil el estudio de José Murillo de Carvalho, *Desarrollo de la ciudadanía en Brasil*, México, Fideicomiso de Historia-El Colegio de México-Fondo de Cultura Económica, 1995. Este parte de una visión más amplia de la ciudadanía. El autor considera como elementos constitutivos de la noción los derechos políticos, sociales y civiles.
47. En un texto muy frágil (*Criticas y a1temativas las izquierdas en Colombia*, Bogotá, Editorial La Rosa Roja, 2001), Ricardo Sánchez sintetiza la idea de los apologistas de la Constitución de 1991.
48. Estamos haciendo referencia al movimiento de la "séptima papeleta".
49. En la asamblea constituyente del Perú, que citaron los militares nacionalistas golpistas, participaron dirigentes del movimiento campesino y voceros de diferentes sectores políticos.
50. Un reciente ejemplo de manipulación fue la difusión, días antes de las elecciones, de una fotografía de Manuel Marulanda y el candidato Andrés Pastrana, que luego se denominó el voto de las FARC.
51. Roger Bartra llama la atención de las contradicciones de las elecciones de 1994 en México, que resultaron ser una de las más masivas de la historia reciente y en las que se eligió a uno de los presidentes más autoritarios. Roger Bartra, "Las ironías de la victoria", en Laura Baca Olamendi e Isidro H. Cisneros (comp.), *Los intelectuales y los dilemas políticos en el siglo XX*, t. 1, México, FLACSO-Triana Editores, s.f., pp. 27 Y ss. Esta reflexión es útil para Colombia, pues Álvaro Uribe es el próximo presidente.
52. Álvaro Gómez Hurtado, *Políticas para un país en vías de desarrollo*, Bogotá, Italgaf, 1973, pp. 112-119.
53. *Ibid.*, p. 116.
54. Gómez Hurtado utiliza para el primer caso la noción de Estado gendarme y para el segundo la de Estado intervencionista. *Ibid.*, p. 119.
55. *Ibid.*, p. 131.
56. De Jaime Castro, véase: *Hacia la democracia local. Un nuevo régimen departamental y municipal*, Bogotá, Breviarios Colombianos-Ediciones Banco de la República, 1981 y "Reforma Política 1982-1986", en *Economía Colombiana*, No. 182, Bogotá, junio de 1986.
57. Sobre el particular, véase Presidencia de la República, *La Reforma Administrativa de 1968*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1970.
58. Hacemos énfasis en el proceso de las últimas décadas. Para una consideración más amplia en términos del papel del municipio y de la dualidad centralismo-federalismo, véanse Guillermo León Escobar, "Entre el centralismo y el federalismo", en *Alcaldes, Concejales Y ciudadanos. Manual para el municipio Colombiano*, Fundación Simón Bolívar-Instituto de Estudios Políticos, Bogotá, 1984, capítulo II, y Álvaro Tirado Mejía, *Descentralización Y centm1ismo en Colombia*, Bogotá, Oveja Negra, 1983, anexo n, en el cual se hace una selección de textos sobre la descentralización desde 1886, y anexo 111, aquí aparecen las normas constitucionales sobre el tema desde la Constitución de Cúcuta.
59. Sobre el tema de la concepción acerca de la descentralización y las bases legales para su ejecución durante la administración Turbay, véase en Jorge Mario Eastman, *Hacia la descentralización real. Memoria 1981-1982*, Bogotá, Colección Legis1ación, Doctrina y Jurisprudencia-Ministerio de Gobierno, 1982, capítulo 2, "Objetivos básicos de la descentralización" y capítulo 3, "Bases para la descentralización".

60. Para una visión más detallada de las realizaciones de este periodo tanto a nivel nacional y departamental como por ministerios e instituciones, véase *Ibíd.*, capítulo 5, pp. 207-235 Y capítulo 6, donde se presentan los principales proyectos de ley en curso por aquel entonces.
61. *Ibíd.*, pp. 72-74. El artículo 1 estableció la composición de dicho Consejo así: el presidente de la república quien 10 preside, el ministro de gobierno, los ministros de hacienda y agricultura, el jefe del DNP, el jefe de DAINCO, el secretario jurídico de la presidencia.
62. *Ibíd.*, p. 82. 63 *Ibíd.*, p. 84.

### 2.6.3. Lectura III

#### **LA REALIDAD CONTRA EL TEXTO: UNA APROXIMACIÓN AL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL**

Obra: Derecho Constitucional – perspectivas Críticas  
Observatorio de Justicia Constitucional  
Universidad de los Andes – Facultad de Derecho

**Por: *Libardo José Ariza\****

(Páginas 251 a 260).

“El Presidente de la República dispone de seis meses para realizar las gestiones necesarias para garantizar a las familias desplazadas por la violencia un albergue temporal. También debe, en el mismo plazo, incluir a las familias en los programas existentes para atender a la población desplazada. Los trámites y demás gestiones necesarias para asegurar la efectividad de una medida de esta envergadura, deben iniciarse en los tres meses siguientes a la notificación de la Sentencia SU-1150 de 2000(\*\*). En la anterior sentencia, la Corte Constitucional se enfrentó a un caso que refleja con extrema fidelidad la dureza de uno de los fenómenos sociales más devastadores del país en los últimos años: el desplazamiento forzado interno. El resultado del caso generado originalmente por un intento de desalojo- fue una orden perentoria al Presidente de la República para poner fin a la penosa situación de las familias desplazadas. Este tipo de órdenes, sin embargo, no son nuevas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. La Corte ha ordenado al gobierno humanizar el sistema penitenciario en un término de 3 años (1); estructurar un sistema de seguridad social especial para la población reclusa (2); asegurar el cubrimiento del pasivo pensional del departamento del Chocó (3), reajustar retroactivamente el salario de los empleados estatales (4) y en materia de orden público ha fortalecido el control sobre la declaratoria de los estados de excepción (5) y reformado la estructura de la justicia penal militar (6). Al mismo tiempo, ha proferido varios pronunciamientos definiendo, por lo menos normativamente, importantes asuntos de moralidad social: la penalización del aborto (7), a despenalización del consumo personal de drogas (8) y la admisión constitucional de la eutanasia (9) son sólo algunos fallos representativos. El posicionamiento de la Corte como un actor político en los últimos años en Colombia es un hecho indiscutible; lo que aparentemente sigue generando controversia, precisamente, es lo que se da a entender y lo que se entiende cuando se habla del papel político del máximo tribunal del país.

Este artículo intenta mostrar cómo el carácter político de la Corte Constitucional se desprende de la función que ha asumido en la tarea de llevar la Constitución a la realidad y no necesariamente de la usurpación arbitraria de funciones legislativas, pues el primer cometido implica la programación de la actuación política de las demás ramas del poder público por parte del Tribunal Constitucional. (...).

## 1. El control judicial: entre la independencia y la vinculación

El establecimiento de un tribunal a quien se confía la protección de la Constitución a través de un control judicial sobre las leyes y ciertos actos estatales, ha dado lugar a intensos debates casi desde el momento mismo en que fue implementado. La primera manifestación del escalonamiento del poder del Tribunal Constitucional frente a las demás ramas del poder estatal, se presentó en el paradigmático caso *Marbury vs. Madison*, en donde la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos asumió la facultad de revisar los actos del legislativo –*Judicial Review*–, con base en un argumento poderoso: Sin embargo y a pesar de la contundencia de anterior argumento, el poder de los tribunales no ha sido aceptado sin resistencia. La mayoría de los argumentos que cuestionan el creciente poder del Tribunal Constitucional son conocidos: su escasa por decir exigua legitimidad democrática, La insularidad del tribunal frente a los demás actores políticos y sociales, el carácter contra mayoritario del poder judicial y las dudas sobre la verdadera naturaleza de sus decisiones – políticas o jurídicas– dan forma a un arsenal poderoso que cuestiona el rol que han asumido las cortes y los criterios que utilizan para tomar sus decisiones. En nuestro medio, el debate tiene como telón de fondo una creencia arraigada en un modelo específico de relaciones entre los poderes públicos que defiende un tipo de juez determinado. Al mismo tiempo, la mayoría de los pronunciamientos que generan los enfrentamientos más duros entre las ramas del poder público, son el resultado de un intento de aplicación de las normas constitucionales desde los estratos judiciales a una realidad que las desborda. El primer aspecto puede ser planteado como un asunto de vinculación del juez con la ley, mientras que el segundo se refiere a la función que asume la Corte Constitucional en el proceso de construcción constitucional de la realidad. (...).

### 2.1. La vinculación con la realidad

La aplicación del derecho bajo la supremacía del silogismo jurídico se basa en "una conclusión trivialmente lógica" (24), derivada de dos premisas: la premisa mayor contiene la norma y la premisa menor la determinación de las condiciones de aplicación de la misma. En este sentido, la aplicación del derecho es un proceso lógico desprovisto de referencias sociales, éticas o políticas. La neutralidad y relativa pureza del proceso de aplicación legal garantizan, mediante la vinculación del juez a la norma, la independencia judicial y la primacía de la ley sobre la decisión judicial. Al mismo tiempo, dicho principio otorga a la rama judicial un papel político reducido, limitándola a un control constitucional reactivo y retrospectivo. Dentro de este contexto, las posibilidades para los jueces de incorporar en sus razonamientos elementos de la realidad social son reducidas. En términos generales, principalmente se recomienda a los jueces tener en cuenta las consecuencias prácticas de sus decisiones a modo de una evaluación de consecuencias extremadamente vaga y difícilmente verificable. Las condiciones decisorias de la justicia - principalmente restricciones temporales y de relativa incertidumbre- "dan un toque ridículo a la idea de discusión de las consecuencias -concentrada en la obtención de un valor orientativo- que habría de mantener el juez (¿con quién?)" (25).

Hoy en día es posible encontrar en una sentencia de la Corte Constitucional extensos estudios sobre la realidad sociopolítica del país; conceptos de sociólogos y antropólogos a menudo otorgan a la Corte el criterio definitorio de un caso (26). Así mismo, la intensa polémica alrededor del control material que la Corte ha asumido sobre los decretos declarativos de los estados de excepción, se concentra en un conflicto de opiniones acerca de lo que la realidad constitucional es y exige. Por sólo citar un ejemplo, con base

en doctrinas discutidas acerca de la "anormalidad normal" del país, sustentadas en cifras que demuestran el carácter estructural de los problemas de desorden público, la Corte ha limitado la discrecionalidad del ejecutivo en materia de orden público.

La incorporación de referencias y argumentos de carácter sociopolítico en las consideraciones de las sentencias, es una práctica común para la Corte Constitucional con importantes implicaciones. La introducción de este tipo de pruebas en los litigios constitucionales hace pensar en la existencia de un papel esencialmente político, pues el tribunal se obligaría a sí mismo a establecer reglas sobre "la base de un expresado juicio de deseabilidad o necesidad social o económica" (27). En ciertos casos pueden surgir conflictos entre la necesidad a corto plazo del gobierno de una legitimación judicial de sus acciones y los deseos del tribunal por mantener a largo plazo valores jurídicos y sociales fundamentales: la tensión que se presenta entre la necesidad de buscar ciertos resultados políticamente deseables y el deber de lograr resultados constitucionalmente correctos, enfrenta a las distintas ramas. En este sentido, es necesario recordar que los tribunales constitucionales cumplen una importante función legitimadora, el accionar político: "al mismo tiempo que las judicaturas sostienen la autoridad de los organismos estatales, deben atender el perpetuo problema de mantener el equilibrio entre valores de orden y justicia en la aplicación del derecho y en la forma y contenido de la doctrina. Si se considera que no cumplen con la primera función -apoyo al gobierno- corren el riesgo de antagonismo por parte de otras ramas del Estado, y la posibilidad de poner en peligro la independencia judicial y otros privilegios que surgen de su posición en la jerarquía del poder estatal; si no hacen lo segundo -mantener la integridad del derecho- corren el riesgo de ser criticados y ver disminuido su *status* tanto a los ojos de los juristas profesionales como de los ciudadanos" (28).

### **3. La Corte Constitucional y la evaluación constitucional de la realidad**

Hasta ahora se ha intentado bosquejar a grandes rasgos las principales cuestiones envueltas en el debate sobre el carácter político de la Corte Constitucional. Por un lado, existen fuertes objeciones a la aparente libertad valorativa del tribunal para fallar los casos, pues se sostiene que en el proceso de adjudicación y determinación constitucional, la Corte asume más un papel político que jurídico. Detrás de la anterior afirmación se encuentra una creencia arraigada en la separación clara entre las funciones de las ramas del poder público, que otorga al poder judicial un rol político mínimo a través de la vinculación estricta del juez a la norma. Por otra parte, las críticas al anterior modelo han mostrado cómo el tribunal además de solucionar conflictos constitucionales específicos, juega un papel protagónico en el proceso de construcción constitucional de la realidad, programando y definiendo hacia el futuro la actividad de los poderes ejecutivo y legislativo. El tribunal debe velar por la integridad de la pieza más valiosa del sistema jurídico, lo que en ocasiones conduce a negar la legitimidad de ciertas interpretaciones y acciones de las demás ramas del poder público que bajo el criterio de la Corte no son admisibles constitucionalmente. Este último aspecto da lugar a una serie de enfrentamientos que potencialmente debilitan la posición de la Corte como actor político.

Cuando la Corte hace valer su visión sobre la forma cómo la Constitución debe ser implementada, al mismo tiempo quita legitimidad constitucional a la actuación de las demás ramas estatales, quienes paralelamente, cuestionan los criterios de decisión de la Corte. En ocasiones, lo anterior implica justificar la decisión no sólo con base en la adecuada interpretación de una determinada norma constitucional, sino en la contundencia que proporcionan ciertas lecturas de la realidad que justifican la adopción

de programas políticos de acción sobre sectores que se consideran prioritarios, por parte del Tribunal Constitucional”.

---

NOTAS

\* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes

\*\* La sentencia de la Corte Constitucional SU-1150 de agosto 30 de 2000, fue publicada en la Revista "Tutela Acciones Populares y de Cumplimiento", Tomo 1, N° 11, nov/2000, Legis, Págs. 2203.2254.

1. C. Const., Sent. T -153/98.

2. C. Const., Sent. T-257/00.

3. C. Const., Sent. SU-090/00.

4. C. Const., Sent. C-1433/00.

5. C. Const., Sent. C-004/92.

6. C. Const., Sent. C-358/97

7. C. Const., Sents. C-133/94; C-013/97.

8. C. Const., Sent. C-221/94.

9. C. Const., Sent. C-239/97.

24. SIMÓN, op. cit., pág. 71.

25. *Ibidem*, pág. 121.

26. En este sentido, puede consultarse la Sentencia SU-510 de 1998. En ella la Corte, después de tener en cuenta numerosos estudios antropológicos, limitó el proselitismo religioso disidente dentro de la comunidad arhuaca, asegurando que la conservación de la cosmovisión teocéntrica resulta esencial para la conservación y supervivencia de los arhuacos.

27. COTTERRELL, op. cit., pág. 205

28. *Ibidem*, Pág. 200.

## 2.7. MAPA CONCEPTUAL

Apellidos y nombres del estudiante

Código

Grupo

Elabore un mapa conceptual de la lectura realizada de la unidad DOS incorporando los siguientes elementos:

Conceptos

Proposiciones

Categorías

Relaciones

Jerarquías

Ejemplos

## 2.8. LECTURA AUTOREGULADA

### ACTIVIDADES

Una vez realizada la lectura de la unidad dos deberá:

- ✓ Elaborar la correspondiente ficha de estudio
- ✓ Hacer un resumen de las lecturas
- ✓ Elaborar un mapa conceptual
- ✓ Determinar los problemas planteados
- ✓ Socializar las actividades de autoformación con el grupo (mediante Internet si es posible).

### Ficha de estudio y trabajo

Notas sobre la lectura	Comentarios personales

## 2.9. CONSTRUCCIÓN COGNITIVA

Centro territorial \_\_\_\_\_

Nombre del estudiante \_\_\_\_\_

Código \_\_\_\_\_

Grupo \_\_\_\_\_

Temática \_\_\_\_\_

Unidad \_\_\_\_\_

Actividades	¿Cómo lo hice?
10. Después de hacer una revisión del contenido del presente capítulo, me gustaría elaborar un ensayo sobre el siguiente problema, dificultad, amenaza, oportunidad,	     



<p>potencialidad, fortaleza o aspecto de interés que afecta mi barrio, mi ciudad o mi región.</p> <p>11. Dos preguntas que intentaré responderme en este ensayo son:</p> <p>12. El título provisional de mi ensayo será:</p> <p>13. Los beneficios que se derivarían de este ensayo serían:</p> <p>14. La importancia de este ensayo (para mi o para otras personas) a largo plazo, sería:</p> <p>15. De los objetivos propuestos por la unidad el que más se aproxima a mis intereses es:</p> <p>16. En mi concepto el procedimiento más razonable para alcanzar este objetivo es:</p> <p>17. El objetivo que yo quiero lograr con el ensayo es:</p> <p>18. En mis actividades diarias, (incluidas las profesionales) los concepto que frecuentemente utilizo de esta unidad son:</p>	
--	--

## 2.10. GLOSARIO DE TÉRMINOS

Federalismo  
 Centralismo  
 Descentralización  
 Constituyente primario  
 Constituyente derivado  
 Referendum  
 Plebiscito  
 Reforma constitucional  
 Ramas del poder  
 Legislativo  
 Congreso  
 Parlamento  
 Ejecutivo  
 Rama Judicial  
 Corte Constitucional  
 Inconstitucionalidad  
 Inexequibilidad  
 Estados de excepción  
 Estado de sitio  
 Orden Público  
 Control abstracto de constitucionalidad  
 Control político  
 Control Administrativo

Excepción de inconstitucionalidad  
Control por vía de acción  
Control por vía de excepción  
Control Concentrado  
Control Difuso  
Constitución rígida  
Constitución flexible

### **2.11. Ensayo de la Unidad Dos**

Nombres apellidos del estudiante \_\_\_\_\_

Código \_\_\_\_\_

Grupo \_\_\_\_\_

Elabore el ensayo recordando que un ENSAYO incluye una introducción, una hipótesis o un problema, las posibilidades de resolverlo, los argumentos a favor o en contra, y la posición personal.

Introducción  
Cuerpo  
Conclusiones

### **2.12. RECAPITULACIÓN**

Realice una recapitulación de esta unidad y explique cuales aspectos usted desconocía, cuales fortalecieron sus argumentos, con cuales no está de acuerdo y porqué y con cuales sí.

### **2.13. LA EVALUACIÓN**

Recuerde que se trata de establecer un sistema de evaluación y retroalimentación congruentes con el proceso seguido, que le permita conocer en que medida se han logrado los aprendizajes de conocimientos, habilidades y actitudes valorativas que habían sido previstos en los objetivos específicos, pero también la evaluación de los contenidos, de la estrategia pedagógica y de los tutores.

#### **2.13.1. Autoevaluación**

El adjetivo “auto” se utiliza para significar que procede de sí mismo y en ese sentido es el aprendiz quién otorga desde sus aprendizajes y conocimientos previos los significados y sentidos a los contenidos en su proceso de construcción de conocimiento. Con base en estas observaciones, responda a las siguientes preguntas:

7. ¿Cuáles son las características del enfrentamiento entre federalismo y centralismo?
8. ¿Cuáles son los factores que determina la categoría de constitución federal o centralista?
9. ¿Cuáles fueron las principales dificultades para lograr la Carta de 1991?
10. ¿Cuáles son las principales novedades de la Carta de 1991?
11. ¿Cuáles son los tipos de interpretación que se pueden presentar frente a una Carta Constitucional?

12. ¿Cuáles son los tipos y características de los estados de excepción en la Carta de 1991?
13. ¿Cuales son las características del control judicial de constitucionalidad en Colombia?

### **2.13.2. Coevaluación**

Haga circular **su ensayo** entre los otros integrantes del grupo de estudio y permita que ellos hagan una valoración de sus fortalezas y debilidades junto con sus dudas y críticas.

### **2.13.3. Heteroevaluación**

Entregue a su tutor las tareas asignadas, solicite determinación de los puntos débiles y trate de rehacer su trabajo teniendo en consideración sus observaciones.

### **2.13.4. Evaluación del tutor y del módulo**

Es conveniente además reportar al tutor las preguntas y dudas que surjan de la unidad para que así el redactor proceda a tomar las medidas del caso en las siguientes ediciones del texto.

Igualmente conviene hacer observaciones sobre el desempeño del tutor y sobre las recomendaciones de ayudas adicionales que contribuyan al logro de los objetivos de la unidad y del módulo.

## **2.14. RESULTADO DIDÁCTICO**

A este punto esperamos que usted esté en capacidad de **COMPRENDER**, **ANALIZAR** Y **EVALUAR** la evolución tanto de los contenidos como de los procedimientos de formación de las cartas constitucionales en Colombia. También de **COMPRENDER** que este es un proceso en permanente cambio y cuales son las circunstancias actuales con la Carta de 1991 y sus principales novedades. Igualmente esperamos que adquiera la capacidad de **CONOCER** y **COMPRENDER** las dificultades de su aplicación, a **CRITICAR** su eficacia y a **PROPONER** nuevos horizontes para sus contenidos y para su efectividad.

## **2.15. BIBLIOGRAFÍA**

### **2.15.1. Bibliografía Básica de la Unidad II**

- ARAUJO RENTERÍA, Jaime. Principios de Derecho Constitucional, McGraw Hill, Bogotá, 1999.
- ARIAS DE GREIFF, Jorge, en Revista Credencial Historia, edición 211, julio 2007.
- BREWER-CARIAS, Allan. El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela. Universidades Javeriana y Externado, Bogotá, 1995.
- CHARRY URUEÑA Juan Manuel. Estado de cosas inconstitucional. Art. publicado en la Edición No. 172 de *Ámbito Jurídico –Legis-* de 7 a 29 de marzo de 2005.
- ECHEVERRI URUBURU, Álvaro. Teoría Constitucional y Ciencia Política. Fondo de publicaciones Fundación Educacional Autónoma de Colombia. Bogotá, 1980.
- FAJARDO H., Ángel R. Compendio de Derecho Constitucional General y particular, 5ª ed. Caracas, 1982.

- FUENTES HERNÁNDEZ, Alfredo. Observando la jurisdicción constitucional en Colombia, en derecho Constitucional –Perspectivas y críticas- Publicación del Observatorio de justicia Constitucional de la Facultad de Derecho. Universidad de los Andes, Legis, 2001.
- GAONA CRUZ, Manuel. Aspectos del control constitucional en Colombia, Universidad Externado, Bogotá, 1984.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid, Civitas, 1985.
- GONZALEZ RAMÍREZ, Augusto. *Introducción al Derecho*. 6ª. Ed. Librería del Profesional. Bogotá. 1997.
- HERNÁNDEZ GALINDO José Gregorio. Poder y Constitución, Legis 2001.
- LARENZ Karl. Metodología de la ciencia del Derecho, Ariel, Madrid, 1991.
- LLERAS DE LA FUENTE, Carlos. Interpretación y génesis de la constitución colombiana. Depto. Publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá. 1992.
- MADRID-MALO, Mario. Diccionario de la Constitución Política, Legis , 2ª ed. 1998.
- MORA Carlos Alberto y PEÑA Margarita. Historia socioeconómica de Colombia, Norma, 1985.
- NARANJO MESA, Vladimiro, Elementos de Teoría Constitucional e instituciones políticas, Indagraf editores, Bogotá, 1984.
- ORTIZ, Julio César, El control difuso de constitucionalidad de las leyes en la Constitución colombiana de 1991. En: III jornadas colombo venezolanas de Derecho público. Valencia, 1997.
- Presidencia de la República, secretaría jurídica. Historia de la reforma constitucional de 1968. Bogotá. Imprenta nacional. 1969.
- SAA VELASCO, Ernesto. Teoría Constitucional General. Ed. Universidades Simón Bolívar y Libre de pereira y medellín, Bogotá, 1977.
- SÁCHICA, Luis Carlos. Derecho Constitucional general. Diké, 1990.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis. Principios de Teoría Política. Madrid, Ed. Nacional.
- VALENCIA ZEA. Derecho Civil, Tomo I, edit Temis, Bogotá, 1960.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Constitucional general e Instituciones Políticas Colombianas. 8ª ed. Legis, Bogotá, 1999.
- VILA CASADO, Iván. Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo. Legis, Bogotá. 2007.
- YOUNES MORENO, Diego. Derecho Constitucional Colombiano. 4ª ed. Temis, Bogotá, 2001.
- ZAFRA ROLDAN, Gustavo. El derecho a la Constitución. Bogotá. Ed. Pontificia Universidad Javeriana. 1998.

### **Jurisprudencia**

C. Const. Sent. C-004 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

C. Const. Sent. C-179 del 13 de abril de 1994 -M.P. Carlos Gaviria Díaz.

C. Const., Sent. C-037/96. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Y la consulta a las páginas de Internet mediante los buscadores de su preferencia.

Nosotros utilizamos:

[http://www.wikicolombia.com/index.php?title=Gran\\_Colombia](http://www.wikicolombia.com/index.php?title=Gran_Colombia)

[http://inforiente.info/index.php?Itemid=57&id=824&option=com\\_content&task=view](http://inforiente.info/index.php?Itemid=57&id=824&option=com_content&task=view)

[http://inforiente.info/index.php?Itemid=57&id=824&option=com\\_content&task=view](http://inforiente.info/index.php?Itemid=57&id=824&option=com_content&task=view)

[http://inforiente.info/index.php?Itemid=57&id=824&option=com\\_content&task=view](http://inforiente.info/index.php?Itemid=57&id=824&option=com_content&task=view)

### 2.15.2. Referencias bibliográficas generales

- ARAUJO RENTERÍA, Jaime. Principios de Derecho Constitucional, McGraw Hill, Bogotá, 1999.
- ARISTOTELES, *La política*.
- BARRETO RODRIGUEZ, José Vicente. *Acción de Tutela Teoría y Práctica*. Ed. Legis, Bogotá D.C. Tercera Edición, 2001.
- BARRIOS, Luis A.; ASTOLFI, José C. *Historia moderna, contemporánea y de América*. Ed. Kapelusz Colombiana, Bogotá D.C. 1972.
- BISCARETI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho Constitucional*, Madrid, Editorial tecnos, 1973, p. 290.
- COHEN, Bruce J. *Teoría y problemas de la introducción a la sociología*. Ed. Mc. Graw – Hill, Serie de Compendios Schaum, México. 1979.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Códigos Básicos Legis, Bogotá, 2007. Compilación original a cargo de José Vicente Barreto R.
- DUVERGER, Maurice. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. Paris, Presses Universitaires de France, 1977, p. 85.
- ECHEVERRI URUBURU, Álvaro. *Teoría Constitucional y Ciencia Política*. Ed. Fondo de Publicaciones Fundación Educativa Autónoma de Colombia, Bogotá D.C. 1980.
- FAJARDO H., Ángel R. Compendio de Derecho Constitucional General y particular, 5ª ed. Caracas, 1982.
- GARAY, Juan. *La Constitución Bolivariana*. Ed. Corporación AGR, S.C. Caracas - Venezuela. 2006.
- LASSALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Ed. Universales, Bogotá D.C. 1989
- LOPEZ CAICEDO, Mauricio José; MEJIA GUTIERREZ, Jaime. *Proyecto de Futuro I*. Ed. Escuela Superior de Administración Pública -ESAP- Bogotá D.C. 2005.
- MEZZETTI, Luca. *La Constitución de la Unión Europea, texto y comentarios*. Ed. Universidad Central – Dike, Bogotá D.C. 2004.
- NARANJO MESA, Vladimiro. *Elementos de Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Ed. Indagraf, Bogotá D.C. 1984.
- PALACIOS MEJIA, Hugo. *Introducción a la Teoría del Estado*. Ed. Temis, Bogotá D.C. 1965.
- PATIÑO POSSE, Miguel. *Derecho ambiental colombiano*. 2ª ed., Legis, 1999, pp. 23 y ss.
- PIRENE, Henry. *Historia Económica y Social de la Edad Media*. Fondo de Cultura Económica. Bogotá, 1977.
- ROJAS LASZO, Claudia. *Del Control Constitucional en Colombia*. Ed. Anif, Bogotá D.C. 1981
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social*. Ed. Panamericana, Bogotá D.C. 1996.
- SAA VELASCO, Ernesto. *Teoría Constitucional General*. Ed. Universidades Simón Bolívar, Libre de Pereira y Medellín, Bogotá D.C. 1977
- SANTA, Eduardo. *Instituciones Políticas de Colombia*. Ed. TEMIS, Bogotá D.C. 1978.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas*. Ed. Legis, Bogotá D.C. Octava Edición 1999.

- YOUNES MORENO, Diego. *Derecho Constitucional Colombiano*, 4ª ed., Bogotá, Temis, 2001, p. 205.



# **U**NIDAD III

**¿CUALES SON Y PORQUÉ SON TAN IMPORTANTES LOS CONTENIDOS DE LA CARTA CONSTITUCIONAL?**

**LOS PRINCIPIOS, LOS DERECHOS Y LOS DEBERES**

### UNIDAD III

## ¿Cuales son y porqué son tan importantes los contenidos de la Carta Constitucional?

### LOS PRINCIPIOS, LOS DERECHOS Y LOS DEBERES

#### DESARROLLO

##### 3.1. NUCLEOS PROBLÉMICOS

1. ¿Cuál es la importancia y los efectos del Preámbulo de una Carta Política?
2. ¿Cual es la importancia de los principios constitucionales en la estructura de una Constitución política y en la práctica social?
3. ¿Qué implicaciones tiene en la interpretación y en práctica la diferencia entre principios y valores constitucionales?
4. ¿Cuáles son los alcances jurídicos del principio de igualdad?
5. ¿Qué criterios y valores determinan el principio de solidaridad social?
6. ¿Cuáles son los mecanismos y los procedimientos jurídico-constitucionales para lograr la democracia representativa?
7. ¿Cuales son las implicaciones de la determinación jurisprudencial de los derechos fundamentales?
8. ¿Que características determinan la diferenciación entre derechos y libertades y cuales son sus efectos?
9. ¿Cuales son las correlaciones existentes entre derecho a la intimidad y habeas data?
10. ¿Cuáles son los instrumentos jurídicos para garantizar la efectividad de los derechos y que grado de efectividad tienen?
11. ¿Cuáles son los nuevos parámetros sobre las responsabilidades en la efectividad de los derechos?
12. ¿Cuál es la consecuencia de la creación de acciones constitucionales especiales para la defensa de los derechos?
13. ¿Cuáles son las dificultades de aplicabilidad planteadas a los sistemas internacionales de protección a los derechos humanos?
14. ¿Cuáles son las consecuencias del reconocimiento de los tratados sobre Derecho Internacional Humanitario en el derecho interno colombiano?
15. ¿Cuál ha sido la evolución y efectos de la exigibilidad de los deberes sociales?
16. ¿Que significa la relativización de los derechos en relación con los deberes?
17. ¿Existen deberes jurídicos para consigo mismo?

##### 3.2. OBJETIVO DIDÁCTICO

- Describir y analizar los contenidos de la Carta Política en relación con principios, derechos y deberes y comprender la diferencia entre su reconocimiento y su efectividad. Comprender y asimilar los contenidos básicos de los principios y sus efectos en la vida ciudadana. Conocer los esfuerzos por dotar a la sociedad de

herramientas jurídicas para lograr la efectividad de los derechos. Entender, aceptar y practicar el principio de reciprocidad entre derechos y deberes.

### **3.3. CONTENIDOS DE LA UNIDAD**

#### **1. Conceptuales**

Principios constitucionales  
Valores constitucionales  
Derechos fundamentales  
Derechos colectivos  
Buena fe  
Igualdad ante la ley  
Libre desarrollo de la personalidad  
Solidaridad  
Democracia participativa  
Estado social de Derecho  
Generaciones de derechos  
Derechos de aplicación inmediata  
Defensa de los derechos  
Eficacia de los derechos  
Conflicto entre derechos  
Libertades públicas  
Derecho a la intimidad  
Habeas data  
Presunción de inocencia  
Debido proceso  
Hábeas corpus  
Acción de tutela  
Acciones populares  
Acciones de cumplimiento  
Jurisdicción constitucional  
Ius Cogens  
Tratados internacionales  
Derecho internacional Humanitario  
Corte Penal Internacional  
Deber de solidaridad  
Exigibilidad de los deberes

#### **2. Procedimentales**

-Entender el valor y función de los principios y valores en la aplicación de la Carta.  
-Reconstruir las dinámicas, procesos, debates y dificultades tanto para el reconocimiento de los derechos, como para el logro de su eficacia.  
-Captar la correlación entre derechos y deberes y las implicaciones de la exigibilidad de los deberes en el nuevo constitucionalismo.

#### **3. Aptitudinales/actitudinales**

Desarrollo de competencias cognitivas fundamentales para la apropiación de las relaciones dinámicas principios-valores, principios-derechos, derechos-deberes y sus efectos en una sociedad.



Desarrollo de competencias cognitivas operativas para realizar una exploración documental, geográfica, cultural y de opinión sobre principios, valores, derechos y deberes.

Desarrollo de competencias socio-afectivas relacionadas con los principios y valores que encarna una Carta, los derechos que conllevan y su defensabilidad.

Desarrollo de competencias gerenciales y de gestión en la creación y desarrollo de equipos de trabajo para rastrear la historia, logros y fracasos del constitucionalismo en relación con la eficacia de los derechos humanos y para generar conciencia ciudadana sobre la importancia de defender los derechos pero también de cumplir con los deberes sociales.

### **3.4. INFORMACIÓN SOBRE LA ESTRUCTURA PEDAGÓGICA Y DIDÁCTICA DE APOYO**

#### **3.4.1. ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE**

El proceso de aprendizaje implica necesariamente la lectura y discusión de los contenidos de la unidad, incluidas sus lecturas que incluyen la de la Constitución Política, además de otras actividades formativas que contribuyen a la consolidación del conocimiento de la Carta, a la ampliación de sus contenidos, al logro de su eficacia y a eventuales propuestas de su modificación para el mejor logro de los fines sociales.

##### **1. De autoformación**

###### **a) *Elabore su propia construcción cognitiva***

Lea con atención toda la unidad y apunte o subraye las palabras que desconocía. Vuelva a leer la Unidad y enuncie los problemas que aparecen, las soluciones ofrecidas y las ideas principales en forma de esquema o mapa conceptual, que sintetice las ideas claves expuestas.

Luego de una segunda lectura, depure el mapa conceptual con una reelaboración.

###### **b) *Elabore un ensayo***

Haga su ensayo en pocas páginas, rematando siempre con una elaboración propia o análisis crítico sobre el tema *Desde el reconocimiento hacia la efectividad de los derechos en Colombia – Los logros y los retos*.

###### **c) *Conceptos y glosario***

-Elabore su glosario con la respectiva definición dentro del contexto que se plantea en la presente unidad.

##### **2. De interformación**

Los estudiantes conformarán grupos de trabajo, con los cuales deberán socializar las actividades de autoformación y llegar a unas conclusiones de grupo.

Mediante una construcción colectiva tome como casos de estudio, alguno de los principios, derechos o deberes consagrados en la Carta para estudiar su estructura, herramientas y efectividad. Haga propuestas sobre nuevos derechos o nuevos mecanismos de defensa de los ya existentes. Establezca además cuales derechos son nuevos en la Carta de 1991.

Subdivídase un grupo en dos: un subgrupo trabajará las *fuentes internas de los derechos* y el otro, las *fuentes internacionales*. Encuentre elementos de convergencia y diferencias.

##### **3. Presencial:**

- Presentación y explicación del mapa conceptual al tutor.
- Exposición de los mapas conceptuales en grupos de trabajo.
- Discusión de los mapas conceptuales.
- Aclaración de conceptos.
- Realización de un taller con la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre uno de los siguientes temas:
  - a) determinación de los derechos tutelables por la Corte Constitucional
  - b) El conflicto entre derechos y criterios de prevalencia.
  - c) La aplicación a nivel interno de las normas internacionales sobre derechos humanos.
  - d) La exigibilidad de los deberes
  - e) Los mecanismos de participación ciudadana y su efectividad.

### **3.4.2. Actividades sobre la investigación formativa**

Siguiendo la evolución histórica y procurando generar agrupaciones y categorías haga una investigación sobre uno de los dos tópicos siguientes:

- a) Evolución del reconocimiento de los derechos individuales y los derechos colectivos en Colombia.
- b) Principales herramientas internacionales sobre derechos humanos.
- c) Importancia y efectos de la acción de tutela en la defensa de los derechos fundamentales.

No olvide plantear el problema, los casos o ejemplos, el contexto, etc., que orientarán el desarrollo de su investigación. Tampoco olvide incluir sus aspectos positivos y negativos y su propia posición personal. Puede utilizar los textos de la referencia o indagaciones en Internet, citando siempre su fuente.

## **3.5. DESARROLLO DE LA UNIDAD**

### **¿Cuales son y por qué son tan importantes los contenidos de la Carta Constitucional?**

#### **Introducción**

#### **LOS PRINCIPIOS, LOS DERECHOS Y LOS DEBERES**

Una Constitución, por lo general, cumple dos funciones: por una parte, configura y ordena los poderes del Estado construidos por el constituyente primario, por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos y las prestaciones que el poder político debe cumplir en beneficio de la comunidad. En todos esos contenidos la Constitución se presenta como el sistema normativo, que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente. Tales preceptos son dirigidos tanto a los diversos órganos del poder establecido, como a los ciudadanos.

Estructuralmente una Constitución está compuesta entonces de dos partes: un catálogo de derecho de las personas frente a las autoridades públicas (parte dogmática) y un diseño de la organización del poder publico (parte orgánica); pero también es, desde luego, un sistema de controles diseñado para garantizar que la actividad de los poderes públicos se ejerza con arreglo a las normas jurídicas (Estado de Derecho). En esta unidad nos acercaremos a su parte dogmática.

## Sección I

### 3.5.1. DE LOS PRINCIPIOS Y VALORES SOCIO-POLÍTICOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

#### 3.5.1.1. EL EJE CENTRAL: La importancia y respeto de la dignidad humana

El reconocimiento de la dignidad humana, sin discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión pública o filosófica es **el fin esencial y primordial del Estado** moderno y condición indispensable para el pleno desarrollo de la personalidad.

Si el objetivo de la civilización es lograr el completo desarrollo de la personalidad y el respeto de la dignidad humana, entonces tales aseveraciones implican tres compromisos básicos: *primero*, la necesidad de respetar una serie de principios, derechos y deberes fundamentales, tanto por parte del individuo como de la sociedad, incluida obviamente su forma más evolucionada de organización política: el Estado; *segundo*, la necesidad de respetar los contenidos del acto político fundamental que da base jurídica al reconocimiento y eficacia de esos derechos: la Constitución Política, y *tercero*, si la soberanía reside en el pueblo, del cual emana el poder público (C.N., art. 3), los atentados de ese poder público contra los derechos establecidos por el pueblo en su Carta Política implican violación de esa soberanía y acarrearán el ejercicio de acciones contra tal violación, acciones que también implican ejercicio de soberanía popular. Sobre tales bases se desarrolla este capítulo.

De acuerdo con nuestra Corte Constitucional, “no en vano la dignidad humana es mencionada como primer fundamento de la República. Su permanente vulneración justifica su mención expresa. La dignidad humana como principio fundante del orden político colombiano impide que la persona humana sea tratada como un medio, ya que ella es concebida – siguiendo a Kant – como un fin en sí misma, dado su valor intrínseco, que no puede ser desconocido o transado con otros bienes o valores por importantes que ellos sean”<sup>209</sup>.

Madrid-Malo afirma que “los derechos fundamentales constituyen la expresión más noble y cimera de la excelencia del hombre; cada uno de ellos aparece como un imperativo de justicia emanado de la primacía ontológica y moral del ser humano”<sup>210</sup> y por tanto, son condición básica para el efectivo reconocimiento de la dignidad humana.

#### 3.5.1.2. El valor del Preámbulo

Como bien sostiene la Corte Constitucional, el Preámbulo de la Constitución incorpora los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico; los principios que inspiraron al Constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado; la motivación política de toda la normatividad; los valores que esa Constitución aspira a realizar. El preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas.

Nuestra Carta establece como preámbulo:

<sup>209</sup> C. Const. Sent. T-149/02. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>210</sup> MADRID-MALO, Mario. Derechos Fundamentales. Documentos ESAP, Centro de publicaciones, 1ª ed., 1992, p. 11.

*“EL PUEBLO DE COLOMBIA, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución Política de Colombia”.*

De acuerdo con la Corte, “Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la trasgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan. Considera la Corte que la preceptiva constitucional ha sido enderezada por el propio Constituyente a la realización de esos fines, al logro de unos cometidos superiores ambicionados por la sociedad, que cabalmente son los que plasma el preámbulo y que justifican la creación y vigencia de las instituciones. Quitar eficacia jurídica al preámbulo, llamado a guiar e iluminar el entendimiento de los mandatos constitucionales para que coincida con la teleología que les da sentido y coherencia, equivale a convertir esos valores en letra muerta, en vano propósito del constituyente, toda vez que al desaparecer los cimientos del orden constitucional se hace estéril la decisión política soberana a cuyo amparo se ha establecido la Constitución”<sup>211</sup>.

En consecuencia, el Preámbulo de la Carta tiene un efecto jurídico vinculante y forma parte del llamado bloque de constitucionalidad en cuanto “delinea los fundamentos básicos y define los propósitos que confluyen a la conformación del Estado colombiano. En esta línea la Corte defendió “la concepción jurídica según la cual el derecho no se agota en las normas y, por ende, el constitucional no está circunscrito al limitado campo de los artículos que integran una Carta Política”<sup>212</sup>.

### **3.5.1.3. De los principios constitucionales y su importancia**

Se entiende por principios constitucionales las proposiciones fundamentales sobre las cuales se estructura el sistema político-social; tales bases son estructuradas en la Constitución a partir de los principios generales del derecho y de las normas rectoras de los diversos ordenamientos jurídicos públicos y privados en tanto gozan de general y constante aceptación. “Son principios constitucionales, entre otros, el de la efectividad, el de la autodeterminación de los pueblos, el de legalidad, el de favorabilidad, el de presunción de inocencia, el de la doble instancia, el de la prohibición de la *reformatio in pejus*, el de la buena fe, el de la solidaridad o el de la reciprocidad. También se incluyen entre los principios constitucionales los de la seguridad social, los principios mínimos del trabajo, los principios de la función administrativa y los principios del sistema tributario”.<sup>213</sup>

De acuerdo con la Corte Constitucional, “los principios constitucionales son la base axiológico-jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo. En consecuencia, ninguna norma o institución del sistema puede estar en contradicción con los postulados expuestos en los principios. De aquí se deriva el hecho de que toda la discrecionalidad otorgada a los órganos y creadores del derecho debe estar fundada a partir del hilo

<sup>211</sup> C. Const., Sent. C-479, ago. 13/92. M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

<sup>212</sup> C. Const., Sent. C-67, feb. 4/2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>213</sup> MADRID-MALO, Mario. Diccionario de la Constitución Política de Colombia. 2ª ed. Legis, 1998, p. 263.

conductor de tales principios (...). Los derechos fundamentales son, como todas las normas constitucionales, emanación de los valores y principios constitucionales, pero su vinculación con estos es más directa, más inmediata, se aprecia con mayor evidencia. Todo derecho fundamental debe ser emanación directa de un principio”<sup>214</sup>.

En otra de sus sentencias, la Corte pone de presente como “La Constitución encarna un sistema axiológico que corresponde al sistema de valores imperante en el momento constituyente. Tal sistema axiológico está definido por aquellos intereses y valores que definen, en su momento histórico, las características propias de un grupo social. Así mismo, comprende la posibilidad de desarrollo de tales valores en una perspectiva histórica. Con todo, ciertos valores y elementos del sistema axiológico tienen una calidad definitoria del tipo de sociedad al cual se dirige el sistema jurídico. En otras palabras, el sistema jurídico y la sociedad no tendrían sentido sin tales valores. Podrían ser otros valores o los mismos comprendidos de manera totalmente distinta, pero se trataría de una sociedad distinta y, por lo mismo, de un sistema jurídico distinto”<sup>215</sup>.

Tales principios pueden tener carácter material o formal y para el caso de nuestra Carta Política son de destacarse especialmente los siguientes:

1. Principio de la prevalencia de los derechos constitucionales fundamentales
2. Principio de la buena fe
3. Principio de igualdad
4. Libre desarrollo de la personalidad
5. Principio de la solidaridad social
6. Principio de la prevalencia del interés general
7. El sistema democrático participativo
8. El Estado Social de Derecho
9. El respeto a la diversidad étnica y cultural
10. La supremacía de la Constitución Política

A continuación haremos un análisis un poco más detallado de algunos de ellos:

### **1- Principio de la prevalencia de los derechos constitucionales fundamentales**

Como sostiene algún analista, resulta evidente que “desde hace tiempo Colombia ocupa un deshonroso puesto de repunte entre los países más violentos del mundo, el primero en América. Aquí es donde se pisotean con más persistencia y crueldad y con la mayor impunidad los derechos humanos y ciudadanos: asesinatos, genocidios, magnicidios, secuestros, torturas, desapariciones y terrorismo, todo ello de ocurrencia cotidiana por cuenta de la guerrilla, del paramilitarismo, del narcotráfico, de la delincuencia común, de los estamentos estatales, y a esto se le agregan otros vicios conexos, como deficientes servicios públicos, invasión del espacio público, deterioro del medio ambiente, desorden generalizado; valores personales, familiares y cívicos refundidos. Es difícil entre tantas sombrías expresiones, hallar una en la que no resulte comprometido algún derecho individual o colectivo”<sup>216</sup>. Precisamente los antecedentes que generaron la nueva Carta Política en 1991 estaban orientados, entre otros objetivos, a la implementación de herramientas efectivas para el respeto de los derechos humanos en Colombia.

<sup>214</sup> C. Const. Sent. T-406/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

<sup>215</sup> C. Const. Sent. T-227/03. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>216</sup> Cfr. VANEGAS CASTELLANOS, Alfonso. Teoría y práctica de la acción de tutela. Editemas AVC. Bogotá, 1ª ed., p. 8.

De acuerdo con la Corte Constitucional, “el principio de eficacia de los derechos constitucionales fundamentales, hace que el Estado tenga una doble responsabilidad con respecto a ellos: por un lado, cuando los viola directamente: Es el caso del agente de un organismo de seguridad que mata, tortura o lesiona en el ejercicio de sus funciones; es el caso del funcionario que omite dar cumplimiento al derecho de petición; el de la autoridad que, de manera arbitraria, restringe la libertad del ciudadano en cualquiera de sus modalidades. Pero, por otro lado, el Estado tiene una responsabilidad en relación con los derechos constitucionales fundamentales cuando, de manera organizativa y estructural, opera negligentemente, esto es: cuando no administra justicia de manera eficiente; cuando no legisla en relación con los derechos, de tal manera que el ciudadano carezca de instrumentos legales para defenderse de abusos y violaciones; cuando la administración sólo actúa en favor de intereses particulares. En fin, es este otro aspecto de la relación Estado-derechos, los ejemplos también son innumerables.

“En Colombia, la responsabilidad que se deriva de estas dos modalidades de actuación del Estado en relación con los derechos constitucionales fundamentales, ha sido objeto de un sabio e importante desarrollo jurisprudencial, fundado principalmente en el concepto de “falla en el servicio”, desarrollado básicamente por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. (...) otra de las formas en que el Estado cumple su deber de proteger los derechos constitucionales fundamentales es tipificando como delitos, conductas en que los particulares o los agentes del Estado pueden vulnerar dichos derechos. Tal es el caso del tipo penal de tortura. La inexistencia de ese tipo penal eliminaría un eficaz instrumento de protección de derechos, mediante el cual el Estado anuncia una sanción penal para quien realiza esa conducta vulneradora y, de realizarse, la aplica”<sup>217</sup>.

## **2- El principio de la buena fe**

El principio de la buena fe se erige en el marco general de referencia de las instituciones colombianas dado el especial énfasis que en esta materia introdujo la Carta del 91, a tal punto que las relaciones jurídicas que surjan a su amparo no podrán partir de supuestos que lo desconozcan.

El artículo 83 de la Carta dispone que "*Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas*".

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el postulado de la buena fe es una de las bases de nuestro derecho: “El principio de la buena fe se erige en arco toral de las instituciones colombianas dado el especial énfasis que en esta materia introdujo la Carta del 91, a tal punto que las relaciones jurídicas que surjan a su amparo no podrán partir de supuestos que lo desconozcan.

En el diario acontecer de la actividad privada, las personas que negocian entre sí suponen ciertas premisas, entre las cuales está precisamente el postulado que se enuncia, pues pensar desde el comienzo en la mala fe del otro sería dar vida a una relación viciada. (...). Si este principio es fundamental en las relaciones entre particulares, con mayor razón tiene validez cuando ellos actúan ante las autoridades públicas, bien en demanda de sus derechos, ya en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones, toda vez que el Estado y quienes lo representan deben sujetar su actividad al objetivo de realizar el bien común,

---

<sup>217</sup> C. Const., Sent. C-587, nov. 12/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

sobre la base de las previsiones trazadas por el legislador, en vez de crear dificultades a los gobernados y entorpecer innecesariamente el desenvolvimiento de las múltiples relaciones que con ellos deben forzosamente establecerse. Así, por ejemplo, la sola voluntad de un servidor público no es suficiente a la luz de la Carta Política en vigor para exigir autenticación de firmas, presentación de documentos, imposición de sellos, trabas inoficiosas, términos no previstos en ley o reglamento, para apenas indicar algunos de los requerimientos favoritos del burócrata, ya que varios preceptos constitucionales remiten a la ley como única fuente de tales exigencias (...)”<sup>218</sup>.

De este análisis “se desprende sin mayores esfuerzos del intelecto que el principio es la confianza, expresada en la presunción de buena fe, mientras que las *excepciones* al mismo, es decir, aquellas ocasiones en las cuales pueda partir el Estado del supuesto contrario para invertir la carga de la prueba, haciendo que los particulares aporten documentos o requisitos tendientes a demostrar algo, deben estar expresa, indudable y taxativamente señaladas en la ley. De tal modo que el servidor público que formule exigencias adicionales a las que han sido legalmente establecidas, vulnera abiertamente la Constitución e incurre en abuso y extralimitación en el ejercicio de sus atribuciones. Desde luego, lo dicho implica que el mencionado principio también tiene sus límites y condicionamientos, derivados de otro postulado fundamental como es el de la prevalencia del interés común. En modo alguno puede pensarse que el principio de la buena fe se levante como barrera infranqueable que impida a las autoridades el cumplimiento de su función, pues, mientras la ley las faculte para hacerlo, pueden y deben exigir los requisitos en ella indicados para determinados fines, sin que tal actitud se oponga a la preceptiva constitucional. En nuestro Estado de Derecho, las leyes gozan de aptitud constitucional para imponer a la administración o a los jueces la obligación de verificar lo manifestado por los particulares y para establecer procedimientos con arreglo a los cuales pueda desvirtuarse en casos concretos la presunción de la buena fe, de tal manera que si así ocurre con sujeción a sus preceptos se haga responder al particular implicado tanto desde el punto de vista del proceso o actuación de que se trata, como en el campo penal, si fuere del caso”<sup>219</sup>.

El principio de la buena fe se presenta en el campo de las relaciones administrado y administración, “en donde juega un papel no sólo señalado en el ámbito del ejercicio de los derechos y potestades, sino en el de la constitución de las relaciones y en el cumplimiento de los deberes, comporta la necesidad de una conducta leal, honesta, aquella conducta que, según la estimación de la gente, puede esperarse de una persona. (...). La buena fe incorpora el valor ético de la confianza. En razón a esto tanto la administración como los administrados deben actuar conforme a las exigencias de la buena fe, sin olvidar “que el derecho nunca debe ser manejado de espaldas a su fundamento ético que debe ser el factor informante y espiritualizador”. Lo anterior implica que, así como la administración pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias éticas”<sup>220</sup>.

La relación entre administración y administrados plantea el gran problema de establecer las delimitaciones legales de los derechos de estos últimos frente a la administración, pues en virtud de la potestad y ejercicio de las finalidades del Estado, estos pueden ser limitados. Ello implica que “el mencionado principio también tiene sus límites y

<sup>218</sup> Cfr. C. Const. Sent T-460/92. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>219</sup> Ibidem.

<sup>220</sup> C. Const. Sent. T-398, ago. 25/97. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

condicionamientos, derivados de otro postulado fundamental como es el de la prevalencia del interés común. En modo alguno puede pensarse que el principio de la buena fe se levante como barrera infranqueable que impida a las autoridades el cumplimiento de su función, pues, mientras la ley las faculta para hacerlo, (los funcionarios) pueden y deben exigir los requisitos en ella indicados para determinados fines, sin que tal actitud se oponga a la preceptiva constitucional. En nuestro Estado de Derecho, las leyes gozan de aptitud constitucional para imponer a la administración o a los jueces la obligación de verificar lo manifestado por los particulares y para establecer procedimientos con arreglo a los cuales pueda desvirtuarse en casos concretos la presunción de la buena fe, de tal manera que si así ocurre, con sujeción a sus preceptos se haga responder al particular implicado tanto desde el punto de vista del proceso o actuación de que se trata, como en el campo penal, si fuere del caso<sup>221</sup>.

### **3- El principio de igualdad**

La Corte Constitucional ha establecido importantes parámetros para la interpretación del concepto de igualdad y de sus alcances de acuerdo con la evolución en las concepciones del Derecho. En efecto, de acuerdo con su jurisprudencia, “La igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad. Es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos considerados como los *términos de comparación*. Cuáles sean éstos o las características que los distinguen, no es cosa dada por la realidad empírica sino determinada por el sujeto, según el punto de vista desde el cual lleva a cabo el juicio de igualdad. La determinación del punto de referencia, comúnmente llamado *tertium comparationis*, para establecer cuando una diferencia es relevante, es una determinación libre más no arbitraria, y sólo a partir de ella tiene sentido cualquier juicio de igualdad<sup>222</sup>”.

El principio de igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución, como principio normativo de aplicación inmediata, supone, entonces, la realización de un juicio, a la vez que excluye determinados términos de comparación como irrelevantes; es así como, en atención al principio de igualdad se prohíbe a las autoridades dispensar una protección o trato diferente y discriminatorio “por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

#### **- Evolución del principio de igualdad**

##### **a) La concepción tradicional del principio de igualdad**

La idea de la ley entendida como norma general, impersonal y abstracta, constituye la base de todo el sistema jurídico tradicional. La ley es expresión de la voluntad general y, por definición, a todos trata por igual. El principio de igualdad queda así subsumido enteramente en el principio de legalidad.

Según esta concepción tradicional del derecho, y de acuerdo con la Corte Constitucional, “la ley es el único punto de referencia jurídicamente relevante para establecer diferenciaciones, característica ésta que le impone a la misma su generalidad y duración indefinidas. Para los aplicadores del Derecho, administradores o jueces, no hay más *tertium comparationis* distinto del que la propia ley, en su grado de abstracción, ofrece. Para el legislador, el principio de igualdad, así entendido, impide establecer entre los ciudadanos diferencias que no resulten del libre juego de las fuerzas sociales. Entendida la sociedad civil como un hecho natural, ajeno al Estado, no hay obstáculo alguno para

<sup>221</sup> C. Const. Sent. T-460, jul. 15/92, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>222</sup> C. Const. Sent T-422/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz



considerar naturales y, en consecuencia jurídicamente irrelevantes, las diferencias que la sociedad establece”.

### **b) Cambio de significado del principio de igualdad**

Sólo hasta la segunda mitad del siglo XX, “cuando se generaliza el sentimiento de que la igualdad no es un punto de partida, sino una finalidad, y que la sociedad no es un hecho natural, ni naturales las diferencias que de ella resultan, se opera en el mundo jurídico un cambio de significado del principio de igualdad. Signos de la transformación de la igualdad como generalidad abstracta son la irrupción de partidos de "clase" al poder, la reducción del concepto de ley a una noción puramente formal, el traslado de poder a los Parlamentos y, sobre todo, el dominio de éstos por partidos políticos fuertemente organizados y disciplinados, los cuales terminaron por eliminar los supuestos en los que se asentaba el viejo sistema”<sup>223</sup>.

### **- Alcances del principio de igualdad**

En su jurisprudencia la Corte Constitucional analiza los alcances del principio de acuerdo con las interpretaciones modernas de la misma, así:

#### **“Igualdad y justicia distributiva**

El derecho no es una pura estructura formal, sino una estructura dotada de sentido necesario. Todo orden político-jurídico que se pretende justo relaciona estrechamente la idea de justicia al principio de igualdad. El enunciado que ordena "tratar los casos semejantes de la misma manera y los diferentes de diferente manera" es un elemento central en la idea de justicia”<sup>224</sup>.

En efecto, para pensadores como Platón, la teoría de la justicia es inseparable de la teoría de la política, en cuanto que su objeto es la mejor forma de gobierno, y esto es el gobierno justo. El principio de igualdad condiciona así, en primer lugar, la forma justa de distribuir el poder en una sociedad.

#### **“Igualdad sustancial e igualdad de oportunidades**

El principio de igualdad consagrado en la Constitución no es ni un parámetro formal del 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.

La igualdad de oportunidades en un mundo caracterizado por diferencias de todo tipo (étnicas, culturales, económicas, sociales, políticas) se garantiza mediante la misma protección y trato de las autoridades, sin que haya lugar a discriminación. Pero su consecución sólo es posible estableciendo diferencias en favor de personas o grupos en situación de desigualdad por sus condiciones concretas de marginamiento, discriminación o debilidad manifiesta.

#### **“Igualdad de oportunidades y derechos de participación**

En el plano de la organización y el funcionamiento de las instituciones públicas la igualdad de oportunidades se traduce en el derecho a participar en el poder político y a ser respetado y tenido en cuenta con similar consideración que a las demás personas. Uno de los medios a través del cuál se ejercen tales derechos políticos de igualdad es el

---

<sup>223</sup> C. Const. Sent T-422/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>224</sup> C. Const. Sent T-422/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

sufragio; otro, el derecho a ocupar cargos en la administración. El postulado de democracia participativa (*C.P., Preámbulo, arts. 1 y 2*) inspira los derechos políticos de participación y fundamenta la aplicación del principio de igualdad de oportunidades en la provisión de empleos en las entidades del Estado<sup>225</sup>.

#### **- El Derecho como factor de diferenciación y de igualación**

El artículo 13 de la Constitución no prescribe siempre un trato igual para todos los sujetos del derecho, o destinatarios de las normas, siendo posible anudar a situaciones distintas - entre ellas rasgos o circunstancias personales - diferentes consecuencias jurídicas. El derecho es, al mismo tiempo, un factor de diferenciación y de igualación. Opera mediante la definición de supuestos de hecho a los que se atribuyen consecuencias jurídicas (derechos, obligaciones, competencias, sanciones, etc.). Pero, los criterios relevantes para establecer distinciones, no son indiferentes para el derecho. Algunos están expresamente proscritos por la Constitución y otros son especialmente invocados para promover la igualdad sustancial y con ello el ideal de justicia contenido en el Preámbulo<sup>226</sup>.

#### **“Fórmulas para precisar la relevancia de una diferenciación**

El carácter de "regla" que ostenta el principio de igualdad consagrado en las constituciones modernas, como la inclusión de determinados criterios expresamente prohibidos, han llevado a todas las jurisdicciones constitucionales a acuñar fórmulas para establecer cuándo se está ante una diferenciación irrelevante y, por lo tanto, frente a un trato discriminatorio. Entre las más importantes se encuentran la razonabilidad de la diferenciación y la proporcionalidad de los medios incorporados en la norma y los fines de ésta.

#### **“Justificación objetiva y razonable**

Según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación; la igualdad sólo se viola si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse según la finalidad y los efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

#### **“Proporcionalidad de la norma**

(...) Los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir su carácter de legitimidad. El principio de proporcionalidad busca que la medida no solo tenga un fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo. De esta forma, la comunidad queda resguardada de los excesos o abusos de poder que podrían provenir del empleo indiscriminado de la facultad legislativa o de la discrecionalidad atribuida a la administración”.

#### **4- El derecho al libre desarrollo de la personalidad**

El artículo 16 de la Constitución introduce por primera vez en nuestro derecho constitucional el derecho al libre desarrollo de la personalidad, respetando los derechos de los demás. Esta norma fue inspirada por la ley fundamental de la República Federal de

---

<sup>225</sup> Cfr. C. Const. Sent T-422/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>226</sup> *Ibidem*.

Alemania, en el cual se reconoce el derecho de todos “al libre desenvolvimiento de su personalidad”, y por el artículo 10 de la Constitución española que sienta cómo fundamentos del orden político y de la paz social, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad.

De acuerdo con la Corte Constitucional, “El derecho al libre desarrollo de la personalidad no es un simple derecho, es un principio que irradia a todos los derechos contenidos en la Constitución, pues otorga mayor fuerza a su contenido. Debe ser por tanto considerado como principio por cuanto es orientador, integrador y crítico de las normas constitucionales”<sup>227</sup>.

#### **- Connotación del derecho al libre desarrollo de la personalidad**

Sobre este tema recuerda la Corte que “el libre desarrollo de la personalidad tiene una connotación positiva y otra negativa. El aspecto positivo de este derecho consiste en que el hombre puede en principio hacer todo lo que desee en su vida y con su vida. Y el aspecto negativo consiste en que la sociedad civil y el Estado no pueden realizar intromisiones indebidas en la vida del titular de este derecho más allá de un límite razonable que en todo caso preserve su núcleo esencial.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad también es conocido como *derecho a la autonomía personal*. Es un derecho de carácter “genérico y omnicomprensivo” cuya finalidad es comprender aquellos aspectos de la autodeterminación del individuo, no garantizados en forma especial por otros derechos, de tal manera que la persona goce de una protección constitucional para tomar, sin intromisiones ni presiones, las decisiones que estime importantes en su propia vida. Es aquí donde se manifiesta el derecho de opción, pero es deber de las personas respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (C.N., art. 95.1)”<sup>228</sup>.

Es importante anotar que cuando se trata de menores de edad, para efectos de la interpretación de este derecho, es necesario tener en cuenta dos variables: la *madurez* y la *proporcionalidad*: La primera variable está constituida por la madurez psicológica del menor que efectúa una determinada decisión, susceptible de ser protegida por el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad; en efecto, la protección deparada es más intensa cuanto mayores sean las facultades de autodeterminación del menor de edad. Tales facultades se consideran plenas a partir de la edad en que la ley fije la mayoría de edad. Esta regla también ha sido formulada por la Corte Constitucional conforme a una relación de proporcionalidad inversa entre la capacidad de autodeterminación del menor y la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones que este adopte. Así, a mayores capacidades intelectivas, menor será la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones adoptadas por el menor con base en aquellas.

La segunda variable a tener en cuenta en la determinación del alcance de este derecho está constituida por la *materia* sobre la cual se produce la decisión del menor de edad: “Como ocurre en el caso del derecho a la igualdad, el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad es un derecho de carácter relacional, lo cual significa que protege las decisiones de las personas frente a algún asunto particular o, dicho de otro modo, protege la autonomía para decidir respecto de algo. En esta medida, el status

---

<sup>227</sup> C. Const., Sent. T-542, sep. 25/92. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>228</sup> Ibidem.

constitucional del asunto objeto de la decisión es esencial para determinar la intensidad con que el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad la protegerá. Sobre este particular, (se) estima que pueden distinguirse dos situaciones: (1a) cuando el asunto sobre el que se produce la decisión sólo interesa a quien la adopta y no afecta derechos de terceros ni compromete valores objetivos del ordenamiento que otorguen competencias de intervención a las autoridades, motivo por el cual el ámbito decisorio se encuentra incluido dentro del núcleo esencial del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad; y, (2a) cuando la decisión versa sobre un asunto que compromete derechos de terceros o se relaciona con valores objetivos del ordenamiento que autorizan la intervención de las autoridades, caso en el cual el asunto objeto de la decisión se localiza en la zona de penumbra del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, en la que, como es sabido, son admisibles aquellas restricciones que sean razonables y proporcionadas<sup>229</sup>.

#### **- Limitaciones al derecho al libre desarrollo de la personalidad**

Este, al igual que los demás principios consagrados en la Carta, no es absoluto. Esta idea la contiene el artículo 16 al establecer que se reconoce, “sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”. Sin embargo, estas dos limitaciones no pueden desconocer el núcleo esencial de este derecho<sup>230</sup> pues tanto el concepto “derechos de los demás” como el de “abuso del derecho” están contenidos en la noción de *ordenamiento jurídico*, expresión genérica que se refiere al conjunto de normas que comprometen el Estado de Derecho y deben entenderse como el conjunto de valores, principios y deberes que orientan la organización de una sociedad democrática.

Por tanto, como ya lo ha sostenido la Corte Constitucional, “Para que una limitación al derecho individual al libre desarrollo de la personalidad sea legítima, y, por lo mismo no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento jurídico constitucional. No basta que el derecho de otras personas o la facultad de la autoridad se basen en normas jurídicas válidas, sino que en la necesaria valoración ponderativa se respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental mencionado. En consecuencia simples invocaciones del interés general, de los deberes sociales (*C.P., art. 15*), o de los derechos ajenos de rango legal, no son suficientes para limitar el alcance de este derecho<sup>231</sup>”.

#### **5. Principio de la solidaridad social**

Para nuestra Carta Política la solidaridad es un *principio* y un *deber*; *principio* por cuanto establece que la República se funda en la solidaridad de todas las personas que la integran, y *deber*, por cuanto impone a toda persona la obligación de obrar solidariamente. “Es solidario quien asume la responsabilidad común de los miembros del cuerpo social en la búsqueda de condiciones que aseguren la realización de los derechos y la superación de las carencias<sup>232</sup>”.

La solidaridad refuerza en el Estado Social de derecho la idea que el Estado está al servicio del ser humano y no al contrario. Es así como las actuaciones del Estado en el ámbito social no obedecen a una actitud caritativa, compasiva o de mera liberalidad de las autoridades públicas, sino al deber constitucional de asegurar las condiciones

<sup>229</sup> C. Const., Sent. SU-642. nov. 5/98. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>230</sup> La Corte, siguiendo a Haberle, considera como “contenido esencial” el ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas”. Cfr. C. Const., Sent. T-542, sep. 25/92.

<sup>231</sup> C. Const., Sent. T-542, sep. 25/92. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>232</sup> MADRID-MALO, Mario. Diccionario... p. 308

indispensables para que todas las personas, puedan hacer pleno uso de su libertad y gozar de sus derechos fundamentales.<sup>233</sup>

“La solidaridad no sólo es un deber constitucional genérico (*C.P. art. 95.2*), también es un principio fundamental (*C.P. art. 1º*). Como principio, la solidaridad imprime ciertos parámetros de conducta social a los particulares, que pretenden racionalizar ciertos intercambios sociales. En el Estado Social de Derecho, el principio de solidaridad cumple la función de corregir sistemáticamente algunos de los efectos nocivos que tienen las estructuras sociales y económicas sobre la convivencia política a largo plazo. Por supuesto, la solidaridad, como principio exigible a los particulares, no es un instrumento necesario para garantizar la convivencia política, independientemente del modelo de Estado. Se trata más bien de una construcción histórica, de una herramienta que acogió el Constituyente de 1991, como instrumento normativo consistente con su opción política por el Estado Social de Derecho.

Otros modelos de Estado consideran que la solidaridad es *per sé* una intromisión ilegítima en la esfera privada, y suponen que sólo cuando el Estado garantiza un total libre juego de las fuerzas sociales se puede perpetuar la vida en comunidad. Sin embargo, la dimensión social y no simplemente individual que el Estado Social de Derecho le imprime a la libertad, supone la necesidad de garantizarla de manera general y permanente, y ello impone la necesidad de racionalizarla a través del principio de solidaridad. Por lo tanto, como principio fundamental, es susceptible de aplicación judicial inmediata, cuando de ello depende la intangibilidad de los derechos fundamentales”<sup>234</sup>.

En efecto, de acuerdo con el Magistrado Cepeda de la Corte Constitucional: “La solidaridad como fundamento de la organización política se traduce en la exigencia dirigida principalmente al Estado, pero también a los particulares, de intervenir a favor de los más desaventajados de la sociedad cuando éstos no pueden ayudarse a sí mismos. La solidaridad, al lado de la libertad y la igualdad, desarrolla uno de los grandes ideales de las revoluciones constitucionales, la *fraternidad*, valor necesario para hacer posible tanto el disfrute de iguales libertades para todos como la estabilidad política de las sociedades pluralistas modernas. Es esta una solidaridad democrática que no compromete la autonomía de los individuos y de las organizaciones sociales”<sup>235</sup>.

El principio de la solidaridad tiene múltiples manifestaciones en el texto constitucional de 1991: en los fines sociales del Estado (*art. 2, C.P.*), en los deberes sociales del Estado – en relación con personas o grupos discriminados o marginados, con niños, adolescentes, mayores de edad, trabajadores, discapacitados, indigentes, madres cabeza de familia– y de los particulares (*art. 2 inciso 2 y art. 95 inc. 1 num. 1 C.P.*), en los derechos constitucionales a la subsistencia, a la salud (*art. 49*), a la seguridad social (*art. 48*), a la vivienda digna, a la educación y al trabajo, en la prioridad del gasto público social sobre cualquier otra asignación, y en la adopción del criterio de necesidades básicas insatisfechas para la distribución territorial del gasto público social (*art. 350 C.P.*). También debe consultar dicho principio el régimen tarifario de los servicios públicos (*art. 367*). En síntesis, el Constituyente de 1991 optó en su primer artículo por erigir a la dignidad humana, al trabajo, a la solidaridad de las personas que la integran y a la prevalencia del interés general como fundamentos de la República.

<sup>233</sup> Cfr. C. Const. Sent. T-149/02. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>234</sup> Sentencia T-520/03, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>235</sup> Cfr. C. Const. Sent. T-149/02. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Pero el principio de solidaridad también se interpreta como “un deber, impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o del interés colectivo” (Sent. T-550/94). Ello para significar que a los miembros de la comunidad, dentro del marco de sus posibilidades, les asiste la obligación de cooperar con sus congéneres ya sea para facilitar el ejercicio de sus derechos o, en su defecto, para favorecer el interés colectivo”<sup>236</sup>.

En este sentido, la Corte Constitucional resalta como “La existencia de los deberes constitucionales, en particular el de solidaridad, está directamente relacionada con la transformación que supone el paso de un Estado liberal burgués a un Estado social de Derecho, en una sociedad contemporánea. El Estado liberal burgués concibe al individuo como un sujeto al margen de las estructuras del poder, que en ese modelo están personificadas principalmente por el Estado. Por lo tanto, los derechos individuales y la separación de poderes constituyen mecanismos de protección suficientes frente a la acción del Estado. Aunque en principio los deberes constitucionales requieren un desarrollo legal que garantice que las autoridades no van a restringir indebidamente las libertades individuales, estos deberes excepcionalmente constituyen un criterio hermenéutico indispensable para la aplicación directa de las cláusulas constitucionales que se refieren a derechos fundamentales. En esa medida, cuando del incumplimiento de un deber consagrado en la Constitución se derive una afectación de un derecho fundamental, estos deberes pueden exigirse directamente por vía de tutela”<sup>237</sup>.

El tema de los deberes será analizado mas adelante, pero podemos anticipar con la Corte que “La solidaridad es un valor constitucional que presenta una triple dimensión. Ella es el fundamento de la organización política (C.P., art. 1º); sirve, además, de pauta de comportamiento conforme al que deben obrar las personas en determinadas situaciones y, de otro lado, es útil como un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales (C.P., arts. 86 y 95-1).”<sup>238</sup>

## 6. La prevalencia del interés general

De acuerdo con el artículo primero de nuestra Carta, Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en la prevalencia del interés General. Este interés general es el objeto propio de la aplicación de la justicia social. Madrid-Malo, en su Diccionario de la Constitución Política considera que “Ese interés –que se identifica con el *bien común*– prevalece sobre los intereses particulares, pero sólo dentro de los términos trazados por el ordenamiento racional de los principios, valores y derechos.”<sup>239</sup>

Hugo Palacios<sup>240</sup> nos recuerda cómo cuando cada individuo trabaja por su cuenta, en los asuntos que le interesan, tiene por fin su *bien individual* y ello no significa necesariamente que sea un fin egoísta; pero cuando el individuo se organiza con otros, aunque en último término busque su particular conveniencia, inmediata y prácticamente también se obtendrán resultados que beneficien a todos, y que se constituyen en el *bien común*, el bien social. El bien común es el fin natural de toda sociedad.

---

<sup>236</sup> C. Const. Sent. C-188/06.

<sup>237</sup> C. Const., Sent. T-520/03, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>238</sup> C. Const., Sent. T-125/95. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>239</sup> MADRID-MALO. Diccionario de la Constitución Política, 2ª ed. Bogotá, Legis, 1998. p. 186.

<sup>240</sup> PALACIOS MEJIA, Hugo. Introducción a la teoría del Estado. , Temis, Bogotá, 1965. p. 85.

A su vez, podemos hablar de un bien común *particular* cuando nos referimos al interés de un grupo; tal el caso del bien que obtiene una sociedad comercial, un club social, etc. El bien común público por el contrario, es el fin del Estado, que comprende a todas las organizaciones parciales.

El fin del Estado es el *bien común público*; sus fines relativos consisten en lograr los medios y situaciones de orden y justicia que aseguren este bien. El bien común público supone dos categorías de elementos: *formales* y *materiales*. Se incluye como principal elemento formal el *orden*, en el sentido de que en toda sociedad debe desistir uno; la estructura interna de ese orden será diferente en cada país y en cada época, porque las condiciones humanas, geográficas y económicas varían. Determinar la estructura necesaria en cada Estado es el problema de los elementos materiales del bien común público o de los fines relativos del Estado<sup>241</sup>.

Son elementos *materiales* del bien común público todas las actividades concretas necesarias para alcanzar un orden y una justicia y para ayudar y suplir a los particulares en el logro de los medios que requieren para obtener su realización personal. Resulta claro que esos elementos materiales son diferentes según las condiciones de tiempo y lugar, pero se refieren casi siempre a una buena administración, una sana economía, y un nivel alto de posibilidades de educación y de cultura<sup>242</sup>.

Para la comprensión de los significados de bien común público se deben tomar en consideración dos aspectos: El primero, al cual debe subordinarse el segundo, por razón del sujeto destinatario, consiste en asegurar los medios que las personas necesitan ordinariamente para lograr su destino personal. Sin embargo, se plantea aquí un problema: si el fin del Estado de buscar el bien de los particulares, debe definirse primero en qué consiste este bien. Si la definición se deja a cada individuo no habrá luego argumento para conciliar la oposición de intereses y se caerá en el desorden. Si por el contrario, se deja exclusivamente a la autoridad la tarea, dado que ella carece de elementos objetivos de juicio, el resultado será arbitrario<sup>243</sup>. Para ello es que hoy se reconoce la importancia de los consensos y las herramientas jurídico-políticas que permiten establecer metas y prioridades.

El segundo aspecto se refiere a lo que Suárez llamaba " la felicidad del cuerpo político ", esto es, el bienestar del Estado en cuanto tal y consistiría en que en aras de ese bien común el Estado debe guardar su territorio, fortalecer el poder con los instrumentos materiales que requiere para el logro de sus fines dentro del derecho, impedir la violación del derecho, proteger la soberanía, conseguir el respeto internacional y, en fin, toda actividad que se dirija al bien del Estado en cuanto organización política en aras de la integridad del vínculo social. A este aspecto del bien común público específicamente político debe acudir para justificar la declaración de guerra en defensa de un territorio, la represión de grupos rebeldes contra el orden constitucional, el servicio militar obligatorio, las disposiciones sobre nacionalidad, etc. Este aspecto parecería contrariar la naturaleza libre del hombre, pero, para algunos doctrinantes, "si una persona o un grupo está en desacuerdo con el modo de ser de un Estado, debe intentar un cambio por las vías regulares, y si ello le resulta imposible, puede buscar un Estado distinto, más acorde con sus gustos. Sólo cuando sus desacuerdo proviene de una injusticia sufrida e insoportable, y agotados los demás recursos y con posibilidades de éxito, resulta lícita la

<sup>241</sup> Cfr. Burdeau, Método de la Ciencia Política, p. 75.

<sup>242</sup> Cfr. PALACIOS MEJÍA, op. cit. p. 91.

<sup>243</sup> Ibidem. 89.

separación del cuerpo político"<sup>244</sup>.

### **- Evolución de las concepciones del bien común público**

En el individualismo representado por el nominalismo de Guillermo de Occam se sostenía que la expresión bien común no representaba nada esencialmente distinto del *mayor bien para el mayor número de individuos* y que el fin del Estado no era otro que ayudar a los individuos a conseguir sus deseos particulares.

Suárez consideraba que el bien común implicaba la disponibilidad de bienes suficientes para la conservación y el desarrollo de la vida material, con la probidad moral necesaria en aras de la preservación de la paz, la felicidad del cuerpo político y la conservación continua de la naturaleza humana.

Para Rousseau, aquí se presentaba "el problema fundamental cuya solución ofrece el contrato social....: ¿Cómo encontrar una forma de asociación que defienda y proteja, con la fuerza común, la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos los demás, no obedezca más que a si mismo y permanezca, por lo tanto tan libre como antes?"<sup>245</sup>.

El totalitarismo, por su parte, conduce a la eliminación de la dualidad sociedad-Estado, y a la absorción de todo lo individual en lo colectivo, identificando, en consecuencia, el bien común con el bien del Estado como Estado, como ente absoluto y omnicompreensivo, en detrimento de los derechos de los individuos que lo conforman.

Tristan de Athayde considera el bien común como "el conjunto de recursos espirituales y materiales, necesarios a la comunidad para que pueda vivir y ofrecer a sus miembros el medio de realizar lo más perfectamente posible su destino personal"<sup>246</sup>.

En las modernas orientaciones de la ciencia política, con un criterio empírico y realista, las definiciones de bien común público incluyen aspectos como el compromiso entre los intereses de grupos contrarios, o la defensa que los gobernantes hacen de personas e intereses que no pueden valerse por sí mismos en política, o la situación que asegura a todos los afectados por una decisión, la posibilidad de influir de alguna manera sobre ella.

En este sentido, si el Estado debiera perseguir el bien común según los principios de la justicia conmutativa —estricta igualdad de prestaciones entre las partes—, todas las aplicaciones sobre la construcción jurídica de la intervención del Estado serían imposibles. Bajo los criterios de la justicia distributiva, por el contrario, el Estado cuenta con herramientas tales como la fijación de mínimos salariales o prestacionales, sustituyendo el imperio de la sola voluntad, o la posibilidad de tomar ciertas medidas económicas destinadas al impulso o desaliento de ciertas actividades; también se incluye el caso de las tasas progresivas de impuestos que afectan en proporción mayor a unas personas que a otras y que se justifican por referencia a la desigualdad de situaciones respecto a las necesidades del bien público. Bajo tales criterios se puede llevar a situaciones privilegiadas de un grupo o entenderse como instrumento de supremacía de una clase sobre otra. Su aplicación sólo se legitima cuando remedia un desequilibrio inicial. En algunas con ocasiones el bien público exige y permite, en virtud del principio de subsidiariedad, que el Estado favorezca a unas personas o grupos, pero tales favores,

<sup>244</sup> Cfr. PALACIOS MEJÍA, op. cit. p. 88

<sup>245</sup> ROUSSEAU, Contrato social. Libro I. Cap. VI.

<sup>246</sup> Todas citas de Palacios en Teoría del Estado, p. 87.



que deben tener carácter excepcional, a pesar de su destinatario individual, deben hacerse por vía general, es decir, creando condiciones legales que permitan a cualquiera que pueda colocarse en ellas, recibir los privilegios del primer favorecido<sup>247</sup>.

Finalmente, es de resaltar que el bien común público implica un cierto orden, pero ningún orden es perfecto y siempre está sujeto a variaciones y cambios. Además, los fines de los seres se subordinan unos a otros según su naturaleza, por eso el bien común tiene un carácter relativo, no absoluto, es decir, que el hombre no debe someterse a sus exigencias cuando ellas contrarían su fin último. Aquí la contradicción sólo es aparente, porque el bien público entendido y aplicado con rectitud no puede oponerse nunca al bien del individuo como persona. Por último, pero no por ello menos importante, es necesario recordar que la generalidad, como característica del bien común significa también que se refiere a todos los intereses humanos en el orden terreno, pero no sólo los presentes, sino también los de las generaciones futuras.

La Corte Constitucional recuerda como “La organización administrativa del Estado reposa sobre el principio del interés general. Es claro que la contraposición entre los intereses puramente particulares de los individuos aisladamente considerados, y los intereses generales, ha de resolverse necesariamente a favor de los intereses generales, pues lo colectivo debe primar sobre lo individual, y lo público sobre lo privado. Así lo consagran de manera expresa los artículos 1º y 63 de la Constitución Política de Colombia. El principio del interés general a su vez determina el contenido y campo de aplicación del principio de la confianza legítima. Pues en él, la confianza legítima encuentra su más claro límite”<sup>248</sup>.

## **7- El principio de la democracia participativa**

Con este principio se produce la intención de un tránsito de la democracia simplemente representativa a una auténticamente participativa, “es un anhelo generalizado e interpreta una necesidad de la sociedad contemporánea, en la cual el ciudadano quiere ser protagonista y no sólo espectador en aspectos que desde luego le conciernen”<sup>249</sup>.

El principio de democracia participativa acogido por la Constitución incluye todas las manifestaciones relacionadas con los derechos políticos, pero también con la financiación transparente de las campañas, los partidos políticos, la democratización real de éstos últimos y un efectivo estatuto que garantice los derechos de la oposición, elemento indispensable de las democracias; ello supone un proceso político abierto y libre, a cuya realización deben contribuir tanto los particulares como todas las autoridades, incluida la fuerza pública.

La Carta dispone sobre derechos políticos, en estrecha relación con el tema de la democracia participativa:

*Art. 40. —Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:*

- 1. Elegir y ser elegido.*
- 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.*
- 3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.*

<sup>247</sup> Cfr. PALACIOS, op. cit. p. 90.

<sup>248</sup> C. Const., Sent. T-398, ago. 25/97. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>249</sup> YOUNES. Op. Cit., p. 52.

4. *Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.*
  5. *Tener iniciativa en las corporaciones públicas.*
  6. *Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.*
  7. *Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.*
- Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública.*

Sobre este tema nuestra Corte Constitucional ha sido enfática:

“Los derechos políticos de participación (*C.P., art. 40*) hacen parte de los derechos fundamentales de la persona humana. El hombre sólo adquiere su real dimensión de ser humano mediante el reconocimiento del otro y de su condición inalienable como sujeto igualmente libre. Los derechos de participación en la dirección política de la sociedad constituyen una esfera indispensable para la autodeterminación de la persona (*C.P., art. 16*), el aseguramiento de la convivencia pacífica y la consecución de un orden justo (*C.P., Preámbulo, art. 2º*).

“La democracia participativa es un principio material que permea tanto la parte dogmática como orgánica de la Constitución. Ella exige la reinterpretación del ejercicio del poder desde la esencia de los derechos de participación. La recuperación de la legitimidad institucional inspiró la consagración de diversos mecanismos de participación a lo largo del texto constitucional. La transformación del sistema político y de las relaciones Estado-sociedad se refleja en el concepto mismo de soberanía popular (*C.P., art. 2º*). El pueblo, en ejercicio de sus derechos políticos, articula el Estado-aparato. La sociedad construye al Estado y organiza el ejercicio del poder político; en esta capacidad constitutiva del orden político radica la esencialidad de los derechos políticos de participación. La democracia es el medio para la autodeterminación individual y colectiva; la participación ciudadana, condición necesaria para que dicha finalidad pueda ser realizada, se ejerce a través de diversas instituciones como el referendo, la iniciativa legislativa, el plebiscito, la convocatoria a una asamblea constituyente, la consulta popular, el sufragio, la revocatoria del mandato, la elección popular de alcaldes y gobernadores, etc.

“El artículo 1º de la Constitución define a Colombia como un Estado Social de Derecho organizado en forma de República democrática, participativa y pluralista. Las cualidades distintivas de la organización política nacional se asientan en el libre intercambio de ideas y opiniones, en la activa vinculación de los individuos en la toma de las decisiones que los afectan, en la tolerancia y en la diversidad y multiplicidad de concepciones del mundo de los diferentes grupos étnicos que conforman la sociedad (*C.N., art. 7º*). La democracia no es simplemente una forma de organización estatal. Es un proyecto político cuyo fundamento material es la dignidad humana y sus manifestaciones concretas de la diversidad y la libertad. La estrecha relación entre democracia, dignidad humana, pluralismo y autonomía individual explica el frágil equilibrio de valores necesario para lograr su realización.

“La participación de todos los sectores de la población –Estado, sociedad civil, grupos reincorporados a la legalidad– es indispensable en el proceso democrático. La reticencia continuada de cualquiera de ellos puede imposibilitar la democratización de la vida social. Todas las autoridades –incluidas las fuerzas militares y de policía–, así como los

particulares están vinculados a la Constitución (*C.P., art. 6º*) y tienen como imperativo el reconocimiento de la persona humana, su dignidad, su singularidad, así como el respeto de la organización político-democrática donde aquélla obtiene su reconocimiento<sup>250</sup>.

La Carta en su artículo 103 establece que son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. Adicionalmente la Constitución delega en la ley la tarea de su reglamentación, lo que se produce con la Ley Estatutaria 134 de 1994, por medio de la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana. Ellos son:

#### **- El voto**

Acto personal de voluntad política mediante el cual se ejerce el derecho al sufragio. Es un derecho y un deber ciudadano, y constituye un mecanismo de participación del pueblo en el ejercicio de la soberanía. Puede ser público o secreto, verbal, escrito o gestual (V. gr. Poniéndose de pies o alzando la mano). La Constitución dispone que en todas las elecciones populares los ciudadanos voten secretamente en cubículos individuales instalados en cada mesa de votación con tarjetas electorales numeradas e impresas en papel cuyas características ofrezcan seguridad. La misma regla debe aplicarse a votaciones realizadas en referendos, plebiscitos, consultas populares y revocatorias de mandato. La ley puede implantar mecanismos de votación que otorguen mejores garantías a los sufragantes<sup>251</sup>.

#### **- El plebiscito**

Se trata de otro mecanismo de participación popular reglamentado por la ley. Es la votación del pueblo, convocado por el Presidente de la República, para manifestar su apoyo su rechazo a una determinada decisión del ejecutivo. El plebiscito debe convocarse con la firma de todos los ministros y sin el rechazo de las cámaras legislativas. Puede besar sobre cualquier política gubernamental que no requiera aprobación del congreso, salvo aquellas relacionadas con los estados de exhibición y el ejercicio de los poderes correspondientes<sup>252</sup>. (*C. P., arts. 40-2, 103 y 241-3 y L. E., art. 7*).

#### **- El Referendo**

Consiste en la votación que hacen los ciudadanos para decidir sobre cualquiera de los asuntos que según la constitución o las leyes pueden someterse a determinación refrendataria. Esta forma de participación tiene varias modalidades:

a) *Referendo constitucional*.- Consiste en la votación por parte de los ciudadanos convocados por una ley del Congreso, para aprobar o rechazar un proyecto de reforma constitucional que a la misma ley se incorpora. La iniciativa del referendo constitucional puede provenir del Gobierno o de un grupo de ciudadanos equivalente, por lo menos, al 5% de quienes conforman el censo electoral. La ley para llamara a referendo debe ser aprobada por la mayoría de los votos de los miembros de ambas cámaras. La reforma constitucional referendaria, por su parte, requiere para su aprobación el voto afirmativo de mas de la mitad de los sufragantes y que el número de estos exceda de la cuarta parte de los ciudadanos que integran el censo electoral (*C.P., art. 378*).

*Referendo aprobatorio*.-Consiste en la votación de los ciudadanos, convocados por el

<sup>250</sup> Cfr. C. Const., Sent. T-439, jul. 2/92, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>251</sup> Cfr. MADRID-MALO, Diccionario..... p. 334.

<sup>252</sup> MADRID-MALO, Diccionario..... p. 255.

Registrador del Estado Civil correspondiente, para aprobar o rechazar -en forma total o parcial- un proyecto de acto legislativo, de ley, de ordenanza, de acuerdo o de resolución local que tras haberse presentado en ejercicio de la iniciativa popular no fue adoptado por la corporación pública correspondiente.

*Referendo derogatorio.* Consiste en la votación de los ciudadanos, convocados por el Registrador del Estado Civil correspondiente, para decidir si deroga o mantiene -en su integridad o en alguna de sus partes- un acto legislativo, una ley, una ordenanza, un acuerdo o una resolución local en vigor. El referendo derogatorio no procede contra actos legislativos que verse sobre asuntos distintos a los previstos en la regulación constitucional de la materia, ni contra leyes aprobatorio de tratados, ni contra leyes presupuestarias, fiscales o tributarias.

*Referendo regional.* Y-es aquel referendo en el que se somete a los ciudadanos de los departamentos interesados una ley del Congreso por la cual se dispone convertir cierta región en entidad territorial.

#### **- Consulta popular**

En realidad todos los mecanismos de participación son hablando de manera genérica consultas populares, pero en este caso, la denominación hace referencia un mecanismo particular consistente en la convocatoria a votación para que los ciudadanos den respuesta con un *si* o con un *no*, a una pregunta de carácter general formulada sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, distrital, municipal o local. Según la trascendencia de la pregunta, la consulta puede ser convocada por el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, por un gobernador o por un alcalde. La consulta presidencial requiere concepto previo y favorable del Senado. La decisión del pueblo consultado tiene carácter obligatorio. También prevé la Constitución la posibilidad de consultas populares para convocar una Asamblea Nacional constituyente, para crear un nuevo departamento, para organizar un área metropolitana y para el ingreso de un municipio a una provincia ya constituida<sup>253</sup>.

#### **- Cabildo abierto**

Se trata de la reunión pública que celebra un consejo distrital o municipal, una junta administradora local, para discutir asuntos de interés comunitario con la participación directa de los habitantes del respectivo distrito o municipio.

#### **- Iniciativa popular legislativa**

Es el acto por medio del cual un grupo de ciudadanos presenta un proyecto normativo ante una corporación pública electiva, para que ésta lo debata y posteriormente lo apruebe, modifique o niegue. Ante el Congreso pueden presentarse proyectos de acto legislativo y de ley. Ante la asamblea departamental, proyectos de ordenanza. Ante el consejo distrital o municipal, proyectos de acuerdo. Ante la junta administradora local, proyectos de resolución.

#### **- Revocatoria del mandato**

Es la votación por la cual los ciudadanos de un departamento, distrito municipio, convocados por la Registraduría ante el Estado Civil correspondiente, dan por terminado el mandato que en ejercicio del voto programático confirieron a un gobernador o un alcalde.

---

<sup>253</sup> Cfr. MADRID- MALO, Diccionario..., p. 70.

### **- Otros mecanismos de participación**

Los instrumentos de participación democrática garantizados en la Constitución no se limitan al tema electoral, sino que se extienden a todos los ámbitos de la vida individual, familiar, social y comunitaria; en efecto, el mismo artículo 103 en su inciso dos establece que:

“El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan”.

De acuerdo con la Corte Constitucional “La democracia no es simplemente una forma de organización estatal. Es un proyecto político cuyo fundamento material es la dignidad humana y sus manifestaciones concretas de la diversidad y la libertad. La estrecha relación entre democracia, dignidad humana, pluralismo y autonomía individual explica el frágil equilibrio de valores necesario para lograr su realización. La participación de todos los sectores de la población -Estado, sociedad civil, grupos reincorporados a la legalidad- es indispensable en el proceso democrático. La reticencia continuada de cualquiera de ellos puede imposibilitar la democratización de la vida social. Todas las autoridades -incluidas las fuerzas militares y de policía-, así como los particulares están vinculados a la Constitución (C.P., art. 6) y tienen como imperativo el reconocimiento de la persona humana, su dignidad, su singularidad, así como el respeto de la organización político-democrática donde aquélla obtiene su reconocimiento”<sup>254</sup>. Para efectos de una mayor profundización sobre el tema remitimos en los anexos a la sentencia C-089 de 1994 que contiene una interesante síntesis de lo que debe entenderse por participación.

### **8. El principio del respeto a la diversidad étnica y cultural de la Nación**

La Constitución reconoce y protege la diversidad étnica y cultural del país y establece como obligación del Estado colombiano y de las personas, proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación. En efecto, el artículo 7° expresa: “*El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana*”.

Durante las sesiones de la Asamblea Constituyente de 1991 se analizó el tema de las condiciones de vida de los pueblos indígenas del país, se llegó a la conclusión de que los ordenamientos constitucionales y legales vigentes hasta entonces, no contribuyeran a garantizar a éste sector de ciudadanos ni la paz ni el bienestar debidos, ni les aseguraba el reconocimiento y vigencia plena de sus derechos, ni favorecía la participación de estos pueblos en la vida y en los esfuerzos de mejoramiento de la Nación en su conjunto.

"Podría señalarse que como resultado de esos exámenes que se llevaron a conocimiento de la Asamblea y de los debates que allí se dieron sobre el tema, el principio que llevó a los constituyentes a la adopción de un importante conjunto de normas sobre indígenas, fue la constatación de una evidencia histórica: a los indígenas se les ha discriminado y tratado en forma desigual al resto de los colombianos, se les ha negado y violados sus derechos y se les ha obstaculizado su participación en la vida de la sociedad, por la pretensión legal y política de asimilarlos al modelo de vida del resto de los colombianos o, en otros términos, por el sistemático olvido del paradójico principio de que el fundamento

---

<sup>254</sup> Cfr. C. Const., Sent T-439/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

de la igualdad ante la ley no se encuentra en la uniformidad (negación de todo derecho) sino en el reconocimiento del derecho a la diferencia.

"Contra el criterio hoy casi olvidado, de que otorgar garantías especiales a grupos étnicos minoritarios o a sectores débiles de la sociedad, representaría privilegios odiosos, se pone la consideración históricamente demostrada de la necesidad de acciones afirmativas y de que la plena vigencia de los derechos universalmente reconocidos en favor de todos los seres humanos y todos los pueblos, no pueden asegurarse sin asegurar a cada sector humano y a cada ciudadano las condiciones adecuadas a su cultura y a su condición social, económica y política, para que pueda acceder al goce de tales derechos. Las nuevas disposiciones constitucionales que hablan de los indígenas y otros grupos étnicos en Colombia, al establecer condiciones especiales para que puedan tener vida económica, política y cultural, ajustada a su pensamiento y sus aspiraciones, que de otro modo nos podrían tener, está procurando el equilibrio y la igualdad"<sup>255</sup>.

Bajo estos parámetros e reconocen entidades territoriales indígenas bajo la administración de sus consejos tradicionales (*arts. 286, 330*) y se asimilan a municipios para efectos de su participación en los ingresos corrientes de la Nación (*art. 357*); también se consagra la inembargabilidad e inenajenabilidad de los resguardos indígenas (*art. 63*) y en materia de derecho a la educación se establece que los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural (*art. 70*).

A título también de protección de las minorías étnicas se incluyen las políticas y normas para favorecer el conjunto de familias de ascendencia afro colombiana que poseen su propia cultura, comparten una historia y desarrollan sus tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado y que revelan y conservan conciencia de identidad, que les permite distinguirse de los otros grupos étnicos. En efecto, el artículo transitorio 55 de la Carta toma algunas medidas en la materia.

## **9. El principio de la supremacía de la Constitución Política**

La Corte Constitucional ha fijado con claridad los parámetros de este principio:

"La posición de supremacía de la Constitución sobre las restantes normas que integran el orden jurídico, estriba en que aquélla determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad, y al efectuar todo esto funda el orden jurídico mismo del estado. La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos -Congreso, ejecutivo y jueces- se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como *lex superior* precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello "fuente de fuentes", *norma normarum*. Estas características de supremacía y de máxima regla de reconocimiento del orden jurídico propias de la Constitución, se expresan inequívocamente en el texto del artículo 4o. citado: "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra

---

<sup>255</sup> YOUNES, op. cit., p. 70

norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales".

" El valor normativo de la Constitución no se limita a que el Congreso, el ejecutivo y los jueces al ejercer sus funciones y expedir leyes y decretos y proferir sentencias, observen la Constitución. El valor normativo de la Constitución implica que a ella igualmente queden sometidos los nacionales y extranjeros y que sea un deber y una obligación suyas acatar la Constitución (*C.P., arts. 4o. y 95*) so pena de responder por su infracción (*C.P., art 6*). (...).

"Para que un ordenamiento jurídico exista basta que su población amolde generalmente su conducta a las normas válidas que lo conforman. Pero, es decisivo, en todo caso, que las autoridades, como conducta pública y uniforme, acepten las normas que la Constitución establece como criterios de validez para determinar la regularidad de la producción de las restantes normas del ordenamiento y de los mecanismos de solución de las controversias relativas a su aplicación. En caso contrario, si no existe un criterio oficial, común y público, compartido por las diferentes instancias de producción y aplicación del derecho y si la aceptación de los supremos criterios de validez jurídica a los cuales deben adecuarse dichos procesos y los correspondientes órganos establecidos por la Constitución, se deja a su libre opción, se pone en serio peligro la unidad y continuidad del mismo orden jurídico y se allana el camino a su disolución.

La patología de un orden jurídico puede obedecer a causas externas a él y así acaece cuando sus normas comienzan a perder eficacia por razones que tienen que ver con su entorno social, político o económico, y de este modo se resiente paulatinamente el respeto generalizado a las normas por parte de la población. No es infrecuente, sin embargo, el caso de que la quiebra del orden jurídico obedezca a una causa interna y que ésta se atribuya al desconocimiento de la Constitución por uno de los poderes públicos. De ahí la imperiosa necesidad institucional de impedir en este caso que las altas autoridades del Estado se aparten, en el ejercicio de sus funciones, de las normas constitucionales.

"El valor normativo de la Constitución adquiere mayor relieve cuando en ella se introducen contenidos materiales nuevos destinados a informar en profundidad todo el ordenamiento, a caracterizar la misión misma del estado y sus autoridades y a servir de marco de la convivencia ciudadana. La Constitución Política Colombiana no se ha limitado a regular la estructura y conformación del poder público. Adicionalmente a las normas de "tipo orgánico", se encuentran otras que utilizando una licencia verbal se podrían denominar de "tipo material" y que definen y desarrollan las características del estado colombiano (social de derecho, unitario, descentralizado, con autonomía de sus entidades descentralizadas, democrático, participativo, pluralista, fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas y en la prevalencia del interés general), consagran los fines esenciales del estado y los valores y principios que inspiran el ordenamiento constitucional (servicio a la comunidad, promoción de la prosperidad general, garantía y efectividad de los derechos y deberes fundamentales, participación en la vida política, defensa de la independencia nacional y de la integridad territorial, convivencia pacífica, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y paz) y establecen los derechos, las garantías y los deberes.

Tanto el contenido "orgánico" como el nuevo contenido "material" de la Constitución, tienen valor normativo. La Constitución en esta parte no pretende tener sentido puramente exhortatorio o de proclama. Su pretensión es eminentemente preceptiva. Y esto es lo que

se afirma de manera rotunda y sin esguinces en el artículo 4o.: "la Constitución -toda, sin distinguir entre su parte "orgánica" y su parte "material", agrega la Corte Constitucional- es norma de normas" y a la misma, en su integridad, deben acomodar sus conductas los servidores públicos -sin excepción- y los particulares"<sup>256</sup>.

#### 3.5.1.4. La diferencia entre principios y valores

Es de resaltar que existe una diferencia entre los conceptos de *principios* y *valores* que ayuda a comprender los contenidos y los objetivos de nuestra Carta. En efecto, la Corte Constitucional se ha manifestado sobre su significado, eficacia y diferencias:

"a-. Los *valores* representan el catálogo axiológico a partir del cual se derivan el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política.

De este tipo son los valores de convivencia, trabajo, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y paz plasmados en el preámbulo de la Constitución. También son valores los consagrados en el inciso primero del artículo 2 de la Constitución en referencia a los fines del Estado: el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes, la participación, etc. Todos ellos establecen fines a los cuales se quiere llegar. La relación entre dichos fines y los medios adecuados para conseguirlos, depende, por lo general, de una elección política que le corresponde preferencialmente al legislador. No obstante el carácter programático de los valores constitucionales, su enunciación no debe ser entendida como un agregado simbólico, o como la manifestación de un deseo o de un querer sin incidencia normativa, sino como un conjunto de propósitos a través de los cuales se deben mirar las relaciones entre los gobernantes y los gobernados, para que, dentro de las limitaciones propias de una sociedad en proceso de consolidación, irradien todo el tramado institucional.

Su condición de valores fundantes les otorga una enorme generalidad y, en consecuencia, una textura interpretativa abierta, dentro de la cual caben varias fijaciones del sentido. Corresponde al legislador, de manera prioritaria, la tarea de establecer la delimitación de dichos valores a través de leyes (...).

b-. Los *principios Constitucionales*, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (*art. 1*); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (*art. 2*). Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los

---

<sup>256</sup> C. Const., Sent. T-006, mayo 12 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.



valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana (...).

En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial.

Los valores son normas que establecen fines dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son normas que establecen un deber ser específico del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta, es decir, sólo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales (...)<sup>257</sup>.

## Sección II

### 3.5.2. DE LOS DERECHOS

#### 3.5.2.1. Un primer paso: El reconocimiento de los derechos

Las sociedades han tratado de distinta manera el reconocimiento colectivo de los derechos de los individuos. “Los derechos a la vida, a la libertad, por ejemplo, no en todas las sociedades son derechos fundamentales o inalienables, ya que en ocasiones están sujetos a drásticas limitaciones señaladas en sus costumbres y en sus propias normas de conducta, cuando no al arbitrio de omnipotentes jefes”<sup>258</sup>.

Tales restricciones no son cosas del pasado, pues si bien en Roma, por ejemplo, el derecho más sagrado era la libertad, mientras el derecho a la vida era un derecho relativo, en la actualidad algunos pueblos mantienen limitaciones graves a ciertos derechos, justificando tal situación con la tesis de la prevalencia del llamado *derecho a la diferencia*, lo cual genera no pocas dificultades en la determinación uniforme de los derechos.

#### Los antecedentes

Como antecedente remoto del reconocimiento de derechos y acciones protectoras contra los excesos del poder, los tratadistas presentan los hechos narrados en *Antígona*, la tragedia de Sófocles en la antigua Grecia; en efecto, *Antígona* se enfrenta al poder del rey quien, ante la muerte de los dos hermanos de la joven, ordenó honores para uno, su amigo *Esteocles* y prohibió incluso dar sepultura al otro, su enemigo *Polinices*; esta decisión fue considerada legal, dado el poder absoluto del rey; pero *Antígona*, apoyada por la ciudadanía ateniense, consideró excesiva e ilegítima la orden así proviniera del monarca y manifestó con argumentos racionales su derecho a enterrar a sus dos hermanos; con sus argumentos venció en el debate pudiendo así dar les sepultura.

El interdicto *de homine libero exhibendo*, consagrado en el *Digesto* de *Justiniano*, fue también un mecanismo, aunque de carácter excepcional, para proteger el derecho a la

<sup>257</sup> Cfr. C. Const. Sent. T-406, jun. 5/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

<sup>258</sup> VANEGAS CASTELLANOS, Alfonso. Teoría y práctica de la acción de tutela. Editemas AVC, Bogotá, 1ª ed., 1966, p. 26.

libertad. Se trataba de un requerimiento para que quien tuviera como siervo o a un hombre que a sí mismo se considerase libre, lo presentase ante las autoridades para darle oportunidad de defenderse y mostrar su derecho.

## - La filosofía liberal

### **Los aportes de Inglaterra**

En Inglaterra, la *Carta Magna* de 1215 puede ser entendida como un instrumento que atenúa en favor de ciertos individuos el peso del poder del Estado. Esta histórica Carta señaló limitaciones a los poderes del rey. Si bien es cierto que tales limitaciones tenían por finalidad mantener ciertos privilegios de los señores feudales, de una u otra manera también favorecían a la pequeña nobleza y al pueblo llano. Esta Carta dota de garantías al recurso del *Habeas Corpus*<sup>259</sup>.

Es durante el siglo XVII, caracterizado por la Ilustración y el Racionalismo en la historia del mundo occidental, que se recibe el aporte de orígenes anglosajones del ideólogo John Locke (1632-1704), considerado el padre del liberalismo. De acuerdo con Locke la razón natural enseña a los hombres las leyes de la naturaleza en cuanto verdades eternas que dan lugar a derechos naturales e inalienables del individuo. Ello significaba que el Gobierno debía asegurar y garantizar la aplicación de las leyes de la naturaleza y el disfrute de los derechos naturales, entre ellos, dos básicos: la libertad y la propiedad.

Las ideas de Locke se proyectaron en la Declaración de los Derechos o "*Bill of Rights*" producida el 13 de febrero de 1689 por Parlamento Inglés; de allí se transmitirían a las declaraciones de derechos de las antiguas colonias de Norteamérica.

Este *Bill of Rights* o *Carta de Derechos* es un antecedente importante, pues se trató de una ley del Parlamento inglés, motivada por el encarcelamiento de varios ciudadanos por no pagar unos préstamos forzosos no decretados por el mismo Parlamento. Como se consideró que ésta era una privación ilegal de su libertad, interpusieron el *habeas corpus*, pero éste les fue denegado con el pretexto de que la privación de la libertad se debía a una orden del rey y esto, de suyo, la hacía legítima. El Parlamento inglés, entonces dictó el *Bill of Rights* por medio del cual proclamó varios derechos y libertades, prohibiendo la suspensión de las leyes sin consentimiento del Parlamento, restringiendo así los excesivos poderes del rey<sup>260</sup>.

Resulta interesante resaltar algunos apartes de los *considerandos* de este documento:

*"... los Lores espirituales y temporales y los Comunes, reunidos en Westminster, representando legal, plena y libremente a todos los estamentos del pueblo de este reino, presentaron el 13 de febrero del año de NS (gracia) de 1688, a Sus Majestades, entonces conocidas con los nombres y títulos de Guillermo y María, príncipes de Orange, una declaración escrita, redactada por los mencionados Lores y Comunes en los siguientes términos:*

*"Considerando que el fallecido Jacobo II, con la ayuda de malos consejeros, jueces y ministros nombrados por el, se esforzó en subvertir y proscribir la religión protestante, y*

---

<sup>259</sup> Este sintagma del lenguaje jurídico proviene de la expresión latina *habeas corpus ad subiciendum* (que 'tu cuerpo sea mostrado'), y se emplea para denominar el derecho de un ciudadano que preso a comparecer en forma pública e inmediata ante un juez, para que éste resuelva si su detención fue legal y si debe ser puesto o no en libertad.

<sup>260</sup> Cfr. VANEGAS CASTELLANOS, Op. cit., p. 30.

*las leyes y libertades de este Reino (...) Usurpando y ejerciendo el poder de dispensar de las leyes y aplazar su entrada en vigor y su cumplimiento, sin el consentimiento del Parlamento. (...) Cobrando, en beneficio de la Corona, ciertos tributos, bajo la excusa de una supuesta prerrogativa, para otros períodos y en forma distinta de la que habían sido votados por el Parlamento.*

*Y que para remediar todas estas quejas, y para conseguir la modificación, aprobación y mantenimiento de las leyes, el Parlamento debe reunirse con frecuencia.*

*Reclaman, piden e insisten en todas y cada una de las peticiones hechas, como libertades indiscutibles, y solicitan que las declaraciones, juicios, actos o procedimientos, que han sido enumerados y realizados en perjuicio del pueblo, no puedan, en lo sucesivo, servir de precedente o ejemplo.*

*Hacen esta petición de sus derechos, particularmente animados por la declaración de S. A. R. el príncipe de Orange, que los considera el único medio de obtener completo conocimiento y garantía de los mismos respecto de la situación anteriormente existente”.*

### **El aporte de los Estados Unidos de América**

En **Estados Unidos**, la *Declaración de los ciudadanos de Virginia* del 12 de junio de 1776 es un importante documento mediante el cual aquéllos ciudadanos proclaman su autonomía frente al poder de la corona inglesa y, por primera vez, se consagran de manera formal en derecho positivo todos los principios contra el poder absolutista de las monarquías: *los hombres son por naturaleza autónomos e independientes; tienen derechos innatos que son irrenunciables e imprescriptibles. Ningún poder los puede desconocer.*<sup>261</sup>

En su declaración de Derechos los norteamericanos reconocieron por primera vez al hombre los cuatro derechos clásicos: *Libertad, igualdad, propiedad y seguridad*<sup>262</sup>

Entre los fundamentos de esta célebre Declaración se considera:

*”1. Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados; en esencia, el gozo de la vida y la libertad, junto a los medios de adquirir y poseer propiedades, y la búsqueda y obtención de la felicidad y la seguridad (...).”*

### **La Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789**

La *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, ocurrida en 1789 en Francia, es considerada como la más trascendental proclama en este sentido, por ser la culminación de un prolongado proceso de transformaciones ideológicas, políticas, económicas y sociales, incluido el cambio del sistema monárquico absolutista por el sistema burgués en Europa, con repercusiones en todo el mundo.

Esta Declaración es, junto con los decretos del 4 y el 11 de agosto de 1789 sobre la supresión de los derechos feudales, uno de los textos fundamentales votados por la Asamblea Nacional Constituyente formada tras la reunión de los Estados Generales durante la Revolución Francesa. En la declaración se definen los derechos "naturales e imprescriptibles" como la libertad, la propiedad, la seguridad, la resistencia a la opresión.

<sup>261</sup> VANEGAS CASTELLANOS, Op. Cit., p. 33.

<sup>262</sup> OCAMPO LÓPEZ, Javier. En el prólogo de la obra de SALAZAR CÁCERES, Carlos Gabriel. *Historia de los Derechos Humanos en las Constituciones Colombianas*, Academia Boyacence de Historia. Buho Editores, Tunja. 2002. p. 8.

Asimismo, se reconoce la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y la justicia. Por último, se afirma el principio de la separación de poderes. El Rey Luis XVI la ratificó el 5 de octubre, bajo la presión de la Asamblea y del pueblo, que había acudido en masa a Versalles. Este texto sirvió de preámbulo a la primera Constitución de la Revolución Francesa, aprobada en 1791<sup>263</sup>.

Según esta trascendental declaración:

**Art. 1.-** Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.

**Art. 2.-** La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

**Art. 3.-** El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella.

**Art. 4.-** La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley.

**Art. 5.-** La ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordene.

**Art. 6.-** La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos.

**Art. 7.-** Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que ésta ha prescrito. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deberán ser castigados; pero todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer de inmediato; es culpable si opone resistencia.

**Art. 8.-** La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente.

**Art. 9.-** Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley.

**Art. 10.-** Nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, a condición de que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley.

**Art. 11.-** La libre comunicación de pensamientos y de opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; en consecuencia, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, a trueque de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley.

**Art. 12.-** La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita de una fuerza pública; por lo tanto, esta fuerza ha sido instituida en beneficio de todos, y no para el provecho particular de aquellos a quienes ha sido encomendada.

---

<sup>263</sup> Cfr. <http://www.fmmeduacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm>

**Art. 13.-** Para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración, resulta indispensable una contribución común; ésta debe repartirse equitativamente entre los ciudadanos, proporcionalmente a su capacidad.

**Art. 14.-** Los ciudadanos tienen el derecho de comprobar, por sí mismos o a través de sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de aceptarla libremente, de vigilar su empleo y de determinar su prorrata, su base, su recaudación y su duración.

**Art. 15.-** La sociedad tiene derecho a pedir cuentas de su gestión a todo agente público.

**Art. 16.-** Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.

**Art. 17.-** Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y a condición de una justa y previa indemnización.

La Declaración de 1789 inspirará, en el siglo XIX, textos similares en numerosos países de Europa y América Latina. La tradición revolucionaria francesa está también presente en la *Convención Europea de Derechos Humanos* firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950.

### **El sistema de las declaraciones internacionales de derechos**

El sistema de la proclamación solemne de derechos y libertades, como aspiración a su respeto por los gobiernos, se ha extendido al ámbito internacional y así fue como la Asamblea General de las Naciones Unidas votó el 10 de diciembre de 1948 la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. En el continente americano se suscribió la Convención Americana de Derechos Humanos en San José de Costa Rica en 1969, aprobada en Colombia por la Ley 16 de 1972. También cabe mencionar la Convención Europea de Protección de los Derechos Humanos, que entró en vigor en 1953<sup>264</sup>. Sobre los efectos de esta situación nos detendremos más adelante.

### **Reconocimiento de las libertades públicas a través del régimen constitucional**

Con estos precedentes se instaura la costumbre de insertar en las constituciones partes esenciales dedicadas a libertades y derechos, como lo hace el título segundo de la Constitución colombiana; dicha proclamación también se ha hecho en el preámbulo de la Constitución, como lo hizo la francesa de 1946 y al cual se refiere también la de 1958. Fue precisamente esta circunstancia la que abrió el debate sobre el valor jurídico que puede tener el preámbulo, para saber si es igual o diferente del propio texto constitucional<sup>265</sup>.

La inclusión en las Constituciones Políticas de las declaraciones de derechos significa un principio de tutela de los derechos de las personas; pero, y de acuerdo con Vidal Perdomo, “esta protección resulta efectiva -por sobre todo-, por el funcionamiento de los órganos del poder que, al obedecer a determinados principios jurídicos, dan certeza los ciudadanos de que ninguno de ellos se excederá en el ejercicio de sus funciones, con el desmedro de su libertad”<sup>266</sup>. Esos principios configuran la llamada democracia liberal y entre ellos se incluyen básicamente:

- Principio de la separación de poderes
- Principio de legalidad
- Principio de reserva legal

<sup>264</sup> Cfr. VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Constitucional general e Instituciones Políticas Colombianas. 8ª ed. Legis, 1998. p. 228.

<sup>265</sup> Cfr. VIDAL PERDOMO, op. cit. p. 229

<sup>266</sup> VIDAL PERDOMO, op. cit., p. 229.

- Principio de la supremacía constitucional.

### **El reconocimiento de los Derechos en las constituciones colombianas**

El proceso político independentista en general, y el proceso constitucional en particular, no podían no incluir el tema de los derechos cuando, precisamente, una de las motivaciones de los procesos revolucionarios de la época era la búsqueda de su reconocimiento y garantías para contrarrestar el ejercicio abusivo del poder.

La *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* y la *Declaración de Derechos de Virginia* fueron modelos tomados por muchos pueblos para abanderar sus luchas. En nuestro país, el germen de la libertad fue regado precisamente con la traducción de la Declaración de los derechos del hombre hecha por don Antonio Nariño.

**La Constitución de Cundinamarca** promulgada el 4 de abril de **1811**, en su título XII: “De los derechos del hombre y del ciudadano” inserta el catálogo proclamado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que ya también había sido incorporado como título preliminar en la Constitución Girondina Francesa de 1791<sup>267</sup>. Esta Carta consagraba como “derechos del hombre en sociedad, la igualdad y libertad legal, la seguridad y la propiedad” (*Art. 1°*).

La **Constitución de Cundinamarca de 1812** mantiene tal filosofía en su artículo 1° al establecer que “Los derechos del hombre en sociedad son la igualdad, la libertad, la seguridad y la propiedad”

El 30 de agosto de **1821 se expide la Constitución de la Gran Colombia** para la Nueva Granada y Venezuela, pues Ecuador se anexará en 1822. Esta Carta que será sancionada por El Libertador Bolívar el 6 de octubre es de tendencia liberal y declara que “El Gobierno se funda sobre el respeto a los derechos y libertades fundamentales del individuo”<sup>268</sup>.

Esta Carta, sin embargo, se alejó de los principios de la Revolución Francesa “porque Francia no era ya la estrella que guiaba a nuestros libertadores... Inglaterra ocupaba a la sazón en los corazones colombianos el lugar que Francia había tenido en las generaciones de 1794 y 1810”<sup>269</sup>. Es así como la normatividad sobre los derechos no ocupa los primeros lugares de la Carta y los contenidos de los derechos aparecen en el título VIII bajo el epígrafe de *Disposiciones Generales*.

La **Constitución del 29 de abril de 1830** sigue los mismos lineamientos de la de 1821, pero atenuando el centralismo, conciliando así intereses opuestos de las ideologías liberal y conservadora.

De acuerdo con el artículo 12 de esta Carta: “*Los colombianos son iguales delante de la ley, cualesquiera que sean su fortuna y destinos*” y el artículo 136 dispone: “*Los colombianos son de tal modo iguales ante la ley, que su disposición sea que proteja o que castigue, es una misma para todos y los favorece igualmente para la conservación de sus derechos*”.

<sup>267</sup> TASCÓN, Tulio Enrique. Historia del Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá, edición especial. 1980, p. 2.

<sup>268</sup> CAMARGO, Pedro Pablo. Trayectoria y características del derecho Constitucional Colombiano. Bogotá. Sociedad Colombiana de Abogados. 1974. p. 29.

<sup>269</sup> TASCÓN. Ob. Cit. p. 17.

La Constitución del 29 de febrero de 1832 esta vez sólo para la Nueva Granada, sancionada por Francisco de Paula Santander presenta una prevalencia del liberalismo moderado. En esta Carta se consagró un sistema de libertades públicas con limitaciones racionales y la tolerancia religiosa fue elevada a canon constitucional. “En la parte dogmática consagró la igualdad jurídica entre nacionales y extranjeros, prohibió los mayorazgos<sup>270</sup> y vinculaciones, suprimió la inalienabilidad de bienes raíces, garantizó la libertad de prensa, responsable sólo ante jurados, estatuyó que ningún granadino podía ser distraído de sus jueces naturales, ni juzgado por comisiones especiales, ni por tribunales extraordinarios, y que todos los funcionarios públicos serían responsables de sus actos u omisiones. La Constitución de 1832 entraña una reacción contra los regímenes dictatoriales que acababa de soportar la república”<sup>271</sup>

### - La Constitución de 1843

Terminada la guerra el partido conservador que entonces se llamaba Ministerial queda triunfante. El Congreso de 1842 nombra una comisión para la reforma que obtiene sanción el 20 de abril de 1843 con marcadas tendencias conservadoras: acaba con el sufragio universal, concediendo el voto sólo a quienes supieran leer y escribir, o tuviesen una renta de más de ciento cincuenta pesos o un capital de trescientos pesos. En el título XII, como “Disposiciones varias” consagra los derechos y las prohibiciones de los granadinos.

Con la presidencia de José Hilario López (1849) se inicia una serie de reformas inspiradas por un grupo de hombres imbuidos de las ideas de la Revolución Francesa de 1848. Se abolió la pena de muerte por delitos políticos y la de vergüenza pública para los delitos comunes; pero a la vez se dictaron normas que contrariaban algunas de las garantías individuales consagradas en la Carta. En materia religiosa, en esta época se ordena la expulsión de los jesuitas; se señala una renta fija al clero, se suprimen los diezmos, se suprime el fuero religioso y el asilo en las iglesias y se otorgan derechos a los cabildos para nombrar párrocos<sup>272</sup>.

El artículo 164 de la norma disponía: *“Todos los granadinos tienen la facultad de reclamar sus derechos ante los depositarios de la autoridad pública, con la moderación y respeto debidos; y todos tienen el derecho de representar por escrito al Congreso o al Poder Ejecutivo, cuanto consideren conveniente al bien público; pero ningún individuo o asociación particular podrá hacer petición a las autoridades en nombre del pueblo, ni menos arrogarse la calificación de pueblo. Los que contravinieren a esta disposición serán juzgados conforme a las leyes”*.

La **Constitución de 1853** sancionada por José María Obando el 25 de mayo de 1853 se considera como “un conjunto híbrido de ideas centro federales, fruto de la puja de fuerzas políticas que terminarían por transigir mutuamente. Los Gólgotas buscaban debilitar el poder central y otorgar a las provincias autonomía, incluso legislativa. Consta de tan solo 64 artículos, siendo la más concisa de todas

Esta vez las disposiciones de derechos se encuentran en la primera parte de la Carta y en sus artículos 5° y 6° dispone:

---

<sup>270</sup> Mayorazgo era una institución que sólo reconocía ciertos derechos y privilegios al varón mayor de la familia.

<sup>271</sup> TASCÓN Tulio Enrique, Historia del derecho Constitucional Colombiano., Bogotá, edición especial, 1980, p. 2.

<sup>272</sup> Cfr- SALAZAR CÁCERES, Carlos Gabriel, op. cit. p. 51.

**Artículo 5.-** *La República garantiza a todos los Granadinos:*

1. *La libertad individual, que no reconoce otros límites que la libertad de otro individuo, según las leyes;*
2. *La seguridad personal; el no ser preso, detenido, arrestado o confinado sino por motivo puramente criminal conforme a las leyes; pero esta disposición sólo tendrá efecto respecto de los casos que ocurran desde que se ponga en ejecución esta Constitución, por hechos que tengan lugar desde la misma época; y el no ser juzgado, ni penado por comisiones especiales, sino por los jueces naturales, a virtud y en conformidad de leyes preexistentes, después de ser vencido en juicio;*
3. *La inviolabilidad de la propiedad; no pudiendo, en consecuencia, ser despojado de la menor porción de ella, sino por vía de contribución general, apremio o pena, según la disposición de la ley, y mediante una previa y justa indemnización, en el caso especial de que sea necesario aplicar a algún uso público la de algún particular. En caso de guerra, esta indemnización puede no ser previa;*
4. *La libertad de industria y de trabajos, con las restricciones que establezcan las leyes;*
5. *La profesión libre, pública o privada de la religión que a bien tengan, con tal que no turben la paz pública, no ofendan la sana moral, ni impidan a los otros el ejercicio de su culto;*
6. *El respeto del domicilio, la correspondencia privada y papeles particulares; no pudiendo éstos ser violados ni interceptados, ni aquel allanado, sino por autoridad competente, en los casos, y con las formalidades prescritas por las leyes;*
7. *La expresión libre del pensamiento; entendiéndose que por la imprenta es sin limitación alguna; y por la palabra y los demás hechos, con las únicas que hayan establecido las leyes;*
8. *El derecho de reunirse pública o privadamente, sin armas; para hacer peticiones a los funcionarios o autoridades públicas, o para discutir cualesquiera negocios de interés público o privado, y emitir libremente y sin responsabilidad ninguna su opinión sobre ellos. Pero cualquiera reunión de ciudadanos que, al hacer sus peticiones, o al emitir su opinión sobre cualesquiera negocios, se arroge el nombre o la voz del pueblo, o pretenda imponer a las autoridades su voluntad como la voluntad del pueblo, es sediciosa; y los individuos que la compongan serán perseguidos como culpables de sedición. La voluntad del Pueblo sólo puede expresarse, por medio de los que lo representan, por mandato obtenido conforme a esta Constitución;*
9. *El dar o recibir la instrucción que a bien se tenga, cuando no sea costeadada por fondos públicos;*
10. *La igualdad de todos los derechos individuales; no debiendo ser reconocida ninguna distinción proveniente del nacimiento, de título nobiliario, o profesional, fuero o clase;*
11. *El juicio por jurados, en todos los casos en que se proceda judicialmente por delito o crimen que merezca pena corporal o la pérdida de la libertad del individuo, por más de dos años, con la excepción que puede hacer la ley, de los casos de responsabilidad de los funcionarios públicos, y de los procesos por delitos políticos.*

**Artículo 6.-** *No hay ni habrá esclavos en la Nueva Granada.*

La **Constitución de la Confederación Granadina de 1858** aprobada el 22 de mayo sancionada el mismo día por el presidente Mariano Ospina Rodríguez en materia de derechos individuales no introdujo modificaciones de importancia a lo establecido en la de 1853. Sin embargo, es de interés resaltar que en el numeral 12 del artículo 56 (de los derechos individuales) esta Carta consagraba *“El derecho de obtener resolución en las peticiones que por escrito dirijan a las corporaciones, autoridades o funcionarios públicos sobre cualquier asunto de interés general o particular”*.



La guerra civil que comienza en 1859 concluye en 1862 con la derrota del partido Conservador. El 4 de febrero de 1863 se reúnen en Rionegro setenta delegados representantes de los Estados. Tras largas discusiones se promulgó el 8 de mayo la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de la que surgió un Estado federal. La Carta de Rionegro se inspiró íntegramente en la Constitución de los Estados Unidos de América y dentro de los principios radicales y federalistas que la informaban incluyó una declaración absoluta de los derechos individuales.

En su Sección II enuncia la Garantía de los derechos individuales, específicamente en su artículo 15, así:

**Artículo 15.-** *Es base esencial e invariable de la Unión entre los Estados, el reconocimiento y la garantía por parte del Gobierno general y de los Gobiernos de todos y cada uno de los Estados, de los derechos individuales que pertenecen a los habitantes y transeúntes en los Estados Unidos de Colombia.*

Esos derechos se presentan en 16 numerales que agrupados por temas trataban:

- La inviolabilidad de la vida humana; en virtud de lo cual el Gobierno general y el de los Estados se comprometen a no decretar en sus leyes la pena de muerte (*Num. 1*);
- La prohibición de ser condenados a pena corporal por más de diez años (*Num. 2*);
- La seguridad personal; de manera que no sea atacada impunemente por otro individuo o por la autoridad pública: ni ser presos o detenidos, sino por motivo criminal o por pena correccional: ni juzgados por comisiones o tribunales extraordinarios: ni penados sin ser oídos y vencidos en juicio; y todo esto en virtud de leyes preexistentes (*Num. 4*);
- La propiedad; no pudiendo ser privados de ella, sino por pena o contribución general, con arreglo a las leyes, o cuando así lo exija algún grave motivo de necesidad pública, judicialmente declarado y previa indemnización (*Num. 5*); En caso de guerra la indemnización puede no ser previa, y la necesidad de la expropiación puede ser declarada por autoridades que no sean del orden judicial. Lo dispuesto en este inciso no autoriza para imponer pena de confiscación en ningún caso;
- La igualdad; y en consecuencia, no es lícito conceder privilegios o distinciones legales, que cedan en puro favor o beneficio de los agraciados; ni imponer obligaciones especiales que hagan a los individuos a ellas sujetos de peor condición que los demás (*Num. 10*);

En materia de libertades establecía:

- La *libertad individual*; que no tiene más límites que la libertad de otro individuo; es decir, la facultad de hacer u omitir todo aquello de cuya ejecución u omisión no resulte daño a otro individuo o a la comunidad (*Num. 3*);
- La *libertad absoluta de imprenta* y de circulación de los impresos, así nacionales como extranjeros (*Num. 6*);
- La *libertad de expresar sus pensamientos* de palabra o por escrito sin limitación alguna (*Num. 7*);
- La *libertad de viajar en el territorio* de los Estados Unidos, y de salir de él, sin necesidad de pasaporte ni permiso de ninguna autoridad en tiempo de paz, siempre que la autoridad judicial no haya decretado el arraigo del individuo. En tiempo de guerra, el Gobierno podrá exigir pasaporte a los individuos que viajen por los lugares que sean teatro de operaciones militares (*Num. 8*);
- La *libertad de ejercer toda industria* y de trabajar sin usurpar la industria de otro, cuya propiedad hayan garantizado temporalmente las leyes a los autores de inventos útiles, ni las que se reserven la Unión o los Estados como arbitrios rentísticos; y sin embarazar las vías de comunicación, ni atacar la seguridad ni la salubridad (*Num. 9*);

- La libertad de dar o recibir la instrucción que a bien tengan, en los establecimientos que no sean costeados con fondos públicos (*Num. 11*);
- La libertad de asociarse sin armas (*Num. 14*);
- La libertad de tener armas y municiones, y de hacer el comercio de ellas en tiempo de paz (*Num. 15*);

Se consagraban además el derecho de obtener pronta resolución en las peticiones que por escrito dirijan a las corporaciones, autoridades o funcionarios públicos, sobre cualquier asunto de interés general o particular (*Num. 12*); la inviolabilidad del domicilio y de los escritos privados, de manera que aquel no podrá ser allanado, ni los escritos interceptados o registrados, sino por la autoridad competente, para los efectos y con las formalidades que determine la ley (*Num. 13*), y la profesión libre, pública o privada, de cualquier religión; con tal que no se ejecuten hechos incompatibles con la soberanía nacional, o que tengan por objeto turbar la paz pública (*Num. 16*).

#### **- La situación con la Carta de 1886**

La Constitución de 1886 expedida el 4 de agosto consagra en su Título III, artículos 19 a 52, los derechos civiles y las garantías sociales organizando el título así:

*I. Principios generales. II. Libertad, seguridad e inmunidad. Propiedad. III. Religión. Educación. Imprenta. Correspondencia. IV. Industria y profesiones. V. Petición. Reunión. Asociación. VI. Disposiciones sobre personas jurídicas y estado civil de las personas. VII. Responsabilidad por violación de las garantías. Reproducción de este título en el Código Civil.*

Son de resaltar los siguientes artículos:

**Art. 19.-** Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos.

**Art. 32.-** En tiempo de paz nadie podrá ser privado de su propiedad en todo ni en parte, sino por pena, o apremio, o indemnización, o contribución general, con arreglo a las leyes. Por graves motivos de utilidad pública, definidos por el Legislador, podrá haber lugar a enajenación forzosa, mediante mandamiento judicial, y se indemnizará el valor de la propiedad, antes de verificar la expropiación.

**Art. 38.-** La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la de la Nación; los Poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social. Se entiende que la Iglesia Católica no es ni será oficial, y conservará su independencia.

**Art. 39.-** Nadie será molestado por razón de sus opiniones religiosas, ni compelido por las autoridades a profesar creencias ni a observar prácticas contrarias a su conciencia.

**Art. 40.-** Es permitido el ejercicio de todos los cultos que no sean contrarios a la moral cristiana ni a las leyes.

Los actos contrarios a la moral cristiana o subversivos del orden público, que se ejecuten con ocasión o pretexto del ejercicio de un culto, quedan sometidos al derecho común.

**Art. 41.-** La educación pública será organizada y dirigida en concordancia con la Religión Católica.

La instrucción primaria costeadada con fondos públicos, será gratuita y no obligatoria.

**Art. 42.-** La prensa es libre en tiempo de paz; pero responsable, con arreglo a las leyes, cuando atente a la honra de las personas, al orden social o a la tranquilidad pública. Ninguna empresa editorial de periódicos podrá, sin permiso del Gobierno, recibir subvención de otros Gobiernos ni de compañías extranjeras.

**Art. 43.-** La correspondencia confiada a los telégrafos y correos es inviolable. Las cartas y papeles privados no podrán ser interceptados ni registrados, sino por la autoridad, mediante orden de funcionario competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley, y con el único objeto de buscar pruebas judiciales.

Podrá gravarse, pero nunca prohibirse en tiempo de paz, la circulación de impresos por los correos.

**Art. 45.-** Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución.

**Art. 46.-** Toda parte del pueblo puede reunirse o congregarse pacíficamente. La autoridad podrá disolver toda reunión que degenera en asonada o tumulto, o que obstruya las vías públicas.

**Art. 47.-** Es permitido formar compañías o asociaciones públicas o privadas que no sean contrarias a la moralidad ni al orden legal.

Son prohibidas las juntas políticas populares de carácter permanente.

Las asociaciones religiosas deberán presentar a la autoridad civil; para que puedan quedar bajo la protección de las leyes, autorización expedida por la respectiva superioridad eclesiástica.

**Art. 51.-** Las leyes determinarán la responsabilidad a que quedan sometidos los funcionarios públicos de todas clases, que atenten contra los derechos garantizados en este Título.

En materia penal y de responsabilidades derivadas el articulado se extiende, tratando los siguientes aspectos:

**Art. 23.-** Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas u obligaciones puramente civiles, salvo el arraigo judicial.

**Art. 26.-** Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

**Art. 27.-** La anterior disposición no obsta para que puedan castigar, sin juicio previo, en los casos y dentro de los precisos términos que señale la ley.

1. Los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción, los cuales podrán penar con multas o arrestos a cualquiera que los injurie o les falte al respeto, en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo;
2. Los jefes militares, los cuales podrán imponer penas *incontinenti*, para contener una insubordinación o motín militar, o para mantener el orden hallándose enfrente del enemigo;
3. Los Capitanes de buque, que tienen, no estando en puerto, la misma facultad para reprimir delitos cometidos a bordo.

**Art. 28.-** Aun en tiempo de guerra, nadie podrá ser penado *ex-post facto*, sino con arreglo a ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinándose en pena correspondiente.

Esta disposición no impide que aun en tiempo de paz, pero habiendo graves motivos para temer perturbación del orden público, sean aprehendidas y retenidas, de orden del Gobierno y previo dictamen de los Ministros, las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública.

**Art. 29.-** Sólo impondrá el Legislador la pena capital para castigar, en los casos que se definan como más graves, los siguientes delitos, jurídicamente comprobados, a saber: traición a la Patria en guerra extranjera, parricidio, asesinato, incendio, asalto en cuadrilla de malhechores, piratería, y ciertos delitos militares definidos por las leyes del ejército. En ningún tiempo podrá aplicarse la pena capital fuera de los casos en este Artículo previstos.

Uno de los puntos más debatidos en esta Carta fue la restauración de la pena de muerte, que había sido abolida en 1863, para sancionar delitos tales como el parricidio, el asesinato, el incendio, el asalto en cuadrilla de malhechores y la piratería, y para ciertos delitos militares. Nunca se impondría para delitos políticos, tales como traición, conspiración, sedición o rebelión.

Se recortó el derecho al sufragio, pues podrían utilizarlo solo quienes supieran leer y escribir, o tuvieran una renta de quinientos pesos o propiedades inmuebles por mil quinientos. El sufragio es universal solamente tratándose de consejos y asambleas.

Se prohíbe el comercio de armas permitido en las constituciones anteriores. “Si entre lo que se ha de proteger se incluye la honra es obvio que el legislador promete implícitamente que se castigará todo atentado (injuria, falsedad o calumnia) que vulnere el honor; con lo que la Constitución rompe abiertamente con la de 1863 que al declarar absolutamente libre la expresión del pensamiento, de palabra o por escrito, dejó la honra de los individuos a discreción de los injuriantes”<sup>273</sup>.

Da especial protección a la Iglesia católica, y aun cuando no reconoce la libertad de cultos, establece la necesidad de una tolerancia siempre en armonía con los principios cristianos. “La nueva Constitución acaba con la libertad de enseñanza al señalar que la educación pública se ha de organizar y dirigir en concordancia con la religión católica.

#### **- Las reformas a la Carta de 1886 en materia de derechos**

La de 1910 abolió para todos los casos la pena de muerte. La ley 8 de 1922, por su parte, permitía a la mujer ser testigo de toda clase de actos civiles y la Ley 28 de 1932 le confiere la facultad de administrar sus propios bienes durante el matrimonio. Facultad que antes no tenía.

En derechos políticos institucionalizó la elección por el voto directo de los ciudadanos que tenían derecho a sufragar, modificando la Carta del 86 que preceptuaba que el presidente de la República sería elegido por Asambleas Electorales.

La reforma de 1936, en materia de derechos, estatuyó la pérdida de la nacionalidad colombiana por adquisición de carta de naturaleza en país extranjeros; reciprocidad de derechos civiles a extranjeros, según los que se concedan a los colombianos; concesión de la ciudadanía a los mayores de 21 años; estableciendo que la calidad de ciudadano es ejercicio es condición previa para poder elegir y ser elegido y para el desempeño de empleos que tengan jurisdicción y mando; estableció la posibilidad de que la mujer colombiana mayor de edad pudiera desempeñar empleos que llevaran anexa autoridad o jurisdicción.

Igualmente mantuvo la garantía de la propiedad privada pero bajo los parámetros de la función social de la misma; institucionalizó la garantía de la libertad tanto de conciencia

---

<sup>273</sup> SAMPER, José María. Derecho Público Interno de Colombia. V. 2. Bogotá, Imprenta La Luz, 1886. p. 40

como religiosa y de cultos, pero siempre y cuando no fueran contrarios a la moral cristiana ni a las leyes, así como la garantía de la libertad de enseñanza; proclamó la libertad de escoger profesión u oficio y estableció los parámetros del derecho de huelga.

La reforma constitucional plebiscitaria de 1957, en materia de derechos, y como su aporte principal, estableció que las mujeres tendrían los mismos derechos políticos de los varones.

### **El reconocimiento de los derechos fundamentales en la Carta de 1991**

El Estado colombiano, como la mayoría si no la totalidad de los Estados modernos, reconoce a través de su Carta fundamental la primacía, sin discriminación alguna, de los derechos inalienables de la persona (*C.P.*, art. 2).

La Constitución de 1991, en su *preámbulo*, hace una enumeración de los bienes morales, políticos y jurídicos que deben asegurarse a los integrantes de la comunidad nacional; y su Título segundo se dedica a la regulación de los derechos, las garantías y los deberes. De esta forma, la Constitución, con su elenco de derechos, "concreta no solamente el reconocimiento al ser humano por el solo hecho de existir, sino también la herramienta principal de contención del poder político"<sup>274</sup>.

Es de destacar entre las tendencias generales de la Constitución de 1991 la formulación de una nueva carta de derechos. Si bien se mantienen los derechos clásicos o tradicionales que estaban insertos en la Constitución de 1886, la Carta ingresa al vocabulario constitucional un ulterior catálogo de derechos, en especial en el plano social, que incluyen los relacionados con los niños (*C.P.*, art. 44), los jóvenes (*C.P.*, art. 45), las mujeres (*C.P.*, art. 43), los ancianos (*C.P.*, art. 46), los minusválidos y, en general un gran énfasis en la seguridad social (*C.P.*, arts. 44 a 48). También se produce la consagración de derechos tales como el de la vivienda digna.

"Obviamente, la pregunta que se formula ante este catálogo ampliado de derechos es la de sus posibilidades de realización efectiva. Claro está que el nuevo listado de derechos juega un papel orientador en el anhelo de una sociedad más justa, y de interpretación de reclamaciones insatisfechas, pero deben complementarse con realizaciones que abastezcan las expectativas generales. Es en este punto donde se centra buena parte del desafío sobre la credibilidad y la eficacia del nuevo ordenamiento"<sup>275</sup>.

Como bien anota Younes, normas como la prevista en el artículo 350, que indica la obligación de señalar en la ley de apropiaciones un componente sobre gasto público social y su carácter prioritario, ayudarán seguramente a la realización de estas metas, pero será necesario también maximizar la rentabilidad de la inversión social.

La realidad social muestra así un avance en el *reconocimiento* de los derechos fundamentales, pero esa misma realidad también ha evidenciado cómo la sola enunciación, por amplia que sea, no es suficiente para concretar su *aplicación* en la práctica. Por ello los constituyentes de 1991 se preocuparon por establecer mecanismos de garantía y protección de los derechos reconocidos, sentando como premisa el fin esencial del Estado de garantizar la efectividad de los derechos constitucionalmente consagrados.

---

<sup>274</sup> VANEGAS CASTELLANOS, *Ibidem*, pp. 34 y ss.

<sup>275</sup> YOUNES, *Derecho Constitucional Colombiano*. 4ª ed. Temis, Bogotá, 2001. p. 52

En este sentido, todos los derechos humanos constitucionalizados -sean o no fundamentales, tenga no lo aplicación inmediata- vinculan a las ramas y órganos del poder público, en cuanto el propio constituyente primario reconoce su primacía.

La demostración de este vínculo, y las obligaciones derivadas, puesto de relieve por la doctrina, se ven confirmadas por la normatividad constitucional sobre el tema.

En efecto, la Carta dispone que:

1. Es fin esencial del Estado: *garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (C.P., art. 2, inc. 1°).*
2. Las autoridades de la República *están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, obra, bienes, creencias y demás derechos y libertades (C.P., art. 2, Inc. 2).*
3. El Estado responderá patrimonial mente por *los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción por la omisión de las autoridades públicas (C.P., art. 90, Inc. 1°).*
4. Toda persona tiene derecho de acceder a la rama judicial del poder público para que se le administre justicia en relación con conflictos relacionados con sus bienes e intereses legítimos. De este *derecho a la jurisdicción* se desprende el *derecho de accionar*, entendido como la facultad pública, general y abstracta, en cabeza de las personas, para reclamar la debida administración de justicia por parte del Estado<sup>276</sup>.

### **Del reconocimiento de los derechos individuales al reconocimiento de los derechos de contenido social**

La evolución del pensamiento político indica que el fin de la sociedad política sigue siendo el servicio al hombre, por influencia de la filosofía personalista a éste no se le considera en una actitud de antagonismo radical con la sociedad, como lo entendía el individualismo de 1789; la noción de persona hace ver al hombre como parte integrante de grupos sociales a los cuales está ligado en contraste con la visión anterior que sólo contemplaba el dualismo individuo-Estado<sup>277</sup>.

Las agrupaciones sociales, que fueron tan combatidas durante la revolución francesa, son reconocidas hoy como una realidad dentro de la cual enmarcan los hombres sus distintas actividades políticas, económicas y sociales. "Por ello florecen los partidos, las asociaciones, y los intereses comunes se organizan para obtener peso en las decisiones estatales. La familia, los partidos políticos, las corporaciones de diversa índole, se convierten en sujetos de derecho; aún los propios grupos de presión, cuyo comportamiento de censura en ocasiones, adquiere ante los poderes estatales la beligerancia que antes estaba reservada a los individuos"<sup>278</sup>.

Los derechos de las personas, en consecuencia, han adquirido un punto de referencia distinto: todos deben ser ejercidos como función social y no solamente por el provecho que puedan proporcionar a su titular. En relación con el derecho de propiedad, por

<sup>276</sup> Cfr. MADRID-MALO, Derechos Fundamentales. p. 350.

<sup>277</sup> Cfr. VIDAL PERDOMO, derechos Fundamentales. p. 356.

<sup>278</sup> Cfr. VIDAL PERDOMO, op. cit. p. 261.

ejemplo, no se puede hoy pensar solo en la valorización que puede obtener un predio que no se cultiva, sino que se debe pensar también en la utilidad que la sociedad pueda derivar en explotar económicamente un terreno que de ganancias al dueño y productos agropecuarios a la comunidad. Así, en este ejemplo de los derechos de propiedad, se toma en cuenta no solamente el interés individual sino también el colectivo; es decir que se erige en una obligación legal que, en caso de ser quebrantada, puede dar lugar a sanciones, incluida la pérdida del derecho, como se presenta en el caso de la extinción de dominio establecida en el derecho colombiano, entre otros casos, para predios rurales inexplorados, según las leyes 200 de 1936 y 135 de 1961.

#### **- Consecuencias de esta evolución**

Los factores enumerados han producido necesariamente una preferencia hacia ciertas libertades de mayor influencia en la vida económica y social, el aumento de la intervención del Estado, pero también conflictos ideológicos entre los sistemas que defienden distintas concepciones de libertad.

#### **a) Preferencia actual por los derechos sociales**

Aunque algunos de estos derechos hubieran sido enunciados en las primeras declaraciones, es a través de la evolución descrita que se ha marcado la importancia de los derechos sociales y económicos al lado de los puramente individuales. Un desarrollo considerable han tenido los derechos que se relacionan con la familia, los menores, las mujeres, los trabajadores, los sindicatos, los campesinos, las minorías sociales o políticas, las asociaciones, etc. Por su parte, cada vez se afirma más la necesidad de realizar los derechos que proporcionan mejores condiciones de vida: el derecho al trabajo, el derecho de huelga, el de la vivienda, el de la seguridad social, el de la educación, etc. Para extender más la base de la protección del individuo por parte del Estado se dictan leyes de estímulo o de contención en estas materias<sup>279</sup>.

#### **b) Derechos y Estado Social de Derecho**

La doctrina del Estado Social de Derecho es la superación de la vertiente puramente *formal* del principio de igualdad y la búsqueda, por lo menos, de una igualdad en sentido *material*, lo cual incluye la obligación, atendiendo las relaciones sociales de poder, de corregir las desigualdades, garantizando que los débiles socialmente cuenten con una libertad y una protección judicial equivalente a las de los socialmente desfavorecidos.

### **3.5.2.2. LA CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS**

#### **Las libertades y los derechos**

La doctrina de las *libertades públicas* surge a causa del absolutismo reinante en el siglo XVII y está impregnada de un fuerte espíritu de limitar la actividad estatal que, por sus contenidos y procedimientos absolutistas, se consideraba nociva; los esfuerzos políticos se orientan entonces por dar mayor expansión a la iniciativa individual.

Vidal Perdomo<sup>280</sup> considera necesario hacer una distinción entre libertades públicas y derechos del hombre, pues en el lenguaje corriente se incurre en confusiones y la diferencia conceptual no siempre es satisfactoria. El profesor Jean Rivero afirma que estas dos nociones vecinas no van sobre el mismo plano ni tienen idéntico contenido. "La noción de derechos del hombre depende de la concepción del derecho natural:

<sup>279</sup> VIDAL PERDOMO, op. cit. p. 223.

<sup>280</sup> VIDAL PERDOMO, Jaime., Op. Cit., p. 222 y ss.

posteriormente el derecho positivo reconoce y protege estos derechos, pero ellos existen aún en su desconocimiento y atropello. Las libertades públicas, por el contrario, son derechos regulados por las autoridades públicas, que han pasado del derecho natural al derecho positivo<sup>281</sup>.

En cuanto al contenido, las libertades públicas se identificarían como poderes de autodeterminación del hombre, como facultades para obrar. Sin embargo, esta idea, que suele implicar la del comportamiento negativo de las autoridades, o las *abstenciones* del Estado para *dejar hacer* al ciudadano, se ha visto complementada por la presencia de necesidades concretas del hombre para su seguridad material y su desenvolvimiento espiritual, que se traducen en necesidad de empleo, vivienda, salud, educación, etc. Ahora bien, para poder satisfacer dichas necesidades, el Estado debe dejar de ser pasivo y tornarse activo, para que través de sus políticas estas necesidades se puedan atender. Surgen así la noción de *prestaciones* a cargo del Estado y a favor de los ciudadanos, la técnica administrativa de los servicios públicos para cumplir esa misión, y la idea de que existen derechos que consisten en exigir del Estado, que se erigen en verdaderos créditos contra este. Por supuesto entre las dos concepciones se interpone una larga e intensa evolución que va del *Estado individualista* al *Estado intervencionista* y que en Colombia plasmó la reforma constitucional de 1936. Por ello, si la expresión libertades públicas es propia para designar *abstenciones* del Estado, no lo es si se trata de exigirle ciertas *prestaciones* positivas<sup>282</sup>.

Para Duverger<sup>283</sup>, las dos concepciones de las libertades públicas aparecen en las primeras formulaciones jurídicas de los siglos XVIII y XIX: las *libertades-límite* y las *libertades-oposición*. Las primeras tendían a señalar el campo de actividad privada en la cual estaba vedada toda acción del Estado. Este tipo de libertades comprendía principalmente las personales, las económicas y las de pensamiento.

**a) Las libertades-límite.**- Entre estas se incluyen:

- La *libertades de la persona* o *libertades civiles* cobijaban la de la seguridad (protección contra detenciones arbitrarias o *hábeas corpus* (como también se ha llamado), la inviolabilidad de domicilio, la libertad de correspondencia, la libertad de circular y desplazarse, y también las familiares, como las de casarse, educar los hijos, etc.

- La *libertades económicas* envuelven el derecho de propiedad, la libertad de trabajo, la libertad de comercio e industria, la libertad de circulación de productos en el interior de los países y por fuera de ellos (libre cambio), la libertad de fijación de los precios de los productos y los salarios por la ley de la oferta y de la demanda. Este haz de libertades constituía el fundamento de liberalismo económico y presenta bien el carácter de *libertades-límite*, al rechazar toda intervención del Estado en estas materias, por cuanto se las consideraba exclusivas de la iniciativa privada.

- Las *libertades del pensamiento* (filosófico, artístico y religioso) se entienden también como puntos límite a la actividad estatal. No obstante, pueden abandonar su carácter y convertirse en *libertades-oposición*, llegando a ser instrumentos de lucha contra la autoridad.

<sup>281</sup> Citado por VIDAL PERDOMO, en Derecho Constitucional General ....., p. 222.

<sup>282</sup> Cfr. VIDAL PERDOMO, Op. Cit. ., 223.

<sup>283</sup> Citado por Vidal Perdomo, op. cit., p. 223.



## b) Las *libertades-oposición*

Estas libertades se configuran para proteger a las personas contra los excesos de la autoridad estatal. Todas estas pueden llamarse *libertades políticas*. La libertad de prensa, de reunión, de asociación, entran en el concepto de libertades-oposición. La libertad de imprimir libros, de formar asociaciones científicas o literarias fueron reconocidas primero que la de publicar periódicos y de integrar asociaciones, porque implicaban menos riesgo para los gobernantes. Admitidas luego con sentido político, desempeñan un papel de importancia en la lucha contra el exceso de autoridad estatal o por lo menos dentro del derecho de crítica.

Vidal Perdomo resalta cómo estas libertades, esenciales dentro de la concepción liberal, son luego negadas en los países totalitarios dado que en estos no se permite proponer un modelo distinto de organización social<sup>284</sup>.

## Las generaciones de derechos

Desde la perspectiva histórica la doctrina ha planteado la siguiente clasificación:

### a) *Derechos de primera generación*

También denominados libertades públicas; consisten en aquellas garantías que consultan lo más mínimo de la dignidad humana, sin las cuales se desvirtúa nuestra naturaleza y se niegan las posibilidades propias del ser.<sup>285</sup> El elenco de derechos de ésta generación se encuentra en la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

### b) *Derechos de segunda generación*

También conocidos como derechos asistenciales; su principal característica consiste en no ser simples posibilidades de acción individual, sino que “imponen además una carga u obligación al Estado, frente al cual el individuo es situado en la condición de acreedor de ciertos bienes que debe dispensarle el aparato político”<sup>286</sup>. Dentro de este grupo se encuentran los derechos relacionados con la seguridad social.

### c) *Derechos de tercera generación*

Este grupo está integrado por los derechos que persiguen garantías para la humanidad en forma global. Lo integran los derechos a la paz, al medio ambiente sano, al patrimonio común de la humanidad y el derecho a un desarrollo económico y social sostenible.

### d) *Derechos de cuarta generación*

Se empieza a hablar ya de los derechos de cuarta generación. “Se ubican allí los que tienden a proteger al ser humano contra la manipulación genética y, en general, los que protegen a las personas contra los peligros del abuso de la biotecnología. Vale la pena mencionar en este punto la “Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos”, aprobada por la Unesco el 11 de noviembre de 1997, donde se establecen claros principios sobre el respeto a las características genéticas de los

<sup>284</sup> Vidal Perdomo, op. cit., p. 225

<sup>285</sup> Cfr. YOUNES MORENO, Diego. Op. cit., p. 192.

<sup>286</sup> Ibidem.

individuos y se proscriben las investigaciones sobre el genoma humano que afecten la dignidad de las personas<sup>287</sup>.

Ha surgido también una fuerte tendencia en el seno del Consejo de Derechos Humanos de la Naciones Unidas que pretende establecer como un nuevo derecho fundamental el “derecho a la verdad”, entendido como un derecho autónomo e inalienable que no admite suspensión y no debe estar sujeto a restricciones. “Con esa norma se busca garantizar la información sobre masacres, desapariciones forzadas, crímenes de Estado; igualmente, obligar a los Estados a que realicen todo lo que sea necesario para lograr una reparación efectiva a las víctimas de violaciones de derechos humanos o a sus parientes<sup>288</sup>”.

### La nueva Carta de derechos de 1991

Si bien las anteriores cartas constitucionales de Colombia contenían enunciados sobre derechos, la Constitución de 1991 es mucho más abundante y detallada en la materia. A continuación una visión global y sintética, y luego, un examen más individualizado de algunos de estos derechos.

#### - Visión panorámica

Una de las más antiguas clasificaciones de los derechos los distribuía en *derechos políticos* y *derechos civiles*, siendo de superior jerarquía los primeros. Tal situación aplicaba por ejemplo entre los antiguos griegos, donde los ciudadanos (*polítés*) tenían derechos civiles y derechos políticos, mientras que los comerciantes solo gozaban de derechos civiles. Posteriormente se planteó la clasificación en derechos individuales y derechos colectivos. También se habla de derechos procesales y derechos sustanciales.

Nuestra Carta Política, muy pródiga en la consagración de derechos; en su Título II, *De los derechos, las garantías y los deberes*, integrado por cinco capítulos y 85 artículos, los organiza así:

*Capítulo I:* Derechos fundamentales.

*Capítulo II:* Derechos sociales económicos y culturales.

*Capítulo III:* Derechos colectivos y del ambiente.

#### Los derechos fundamentales

Son derechos que “proceden de la naturaleza humana considerada en sí misma, por lo cual son propios de todos los seres humanos en cualquier época y en cualquier lugar y merecen una guarda privilegiada<sup>289</sup>”. El capítulo primero, precisamente denominado *De los derechos fundamentales*, a su vez, está integrado por los siguientes derechos:

Derechos Fundamentales	Art
Derecho a la vida	11
Derecho a no ser sometido a desaparición forzada	12
Libertad e igualdad ante la ley	13
Al reconocimiento de la personalidad jurídica	14
Derecho a la intimidad personal y familiar y al buen nombre; a conocer actualizar y rectificar informaciones	15
Derecho al libre desarrollo de la personalidad	16
Derecho a no ser esclavizado, sometido a servidumbre o trata de	17

<sup>287</sup> VILA CASADO, Iván. Fundamentos de derecho constitucional contemporáneo. Bogotá, Legis, 2007, p. 469.

<sup>288</sup> Idem. p. 470.

<sup>289</sup> MADRID-MALO, Mario. Diccionario de la Constitución Política, 2ª ed. Legis, 1998. p. 116.

seres humanos en todas sus formas.	
Libertad de conciencia	18
Libertad de cultos	19
Libertad de expresión, opinión e información	20
Derecho de huelga	21
Derecho a la paz	22
Derecho de petición	23
Derecho de locomoción y residencia	24
Derecho al trabajo	25
Derecho a escoger profesión u oficio	26
Libertad de enseñanza, investigación y cátedra	27
Derecho a la libertad	28
Derecho al debido proceso ya la presunción de inocencia	29
Habeas Corpus.	30
De la apelación, consulta y no <i>reformatio in pejus</i>	31
Derecho a no declarar contra sí mismo o contra parientes	33
Derecho a no ser sometido apenas de destierro, prisión perpetua o confiscación.	34
Derecho a no ser sometido a extradición	35
Derecho de asilo	36
Derecho de reunión y manifestación	37
Derecho de libre asociación	38
Derecho de asociación sindical	39
Derechos políticos	40

Todos los derechos constitucionales fundamentales presentan las características de *especialidad e inherencia*, en cuanto que sin ellos quedaría insatisfecha la personalidad como concepto unitario, y *extrapatrimonialidad*, es decir que sobre ellos se carece de disponibilidad, siendo por eso intransmisibles, irrenunciables, imprescriptibles, inembargables y no susceptibles, en sí mismos considerados, de valuación económica, aunque puedan tener, eventualmente, efectos patrimoniales.

Es de resaltar que la Corte Constitucional reiteradamente ha sostenido en su jurisprudencia que esta denominación no es taxativa, sino indicativa y que, por tanto, pueden existir otros derechos fundamentales en la Carta o en los tratados internacionales o que por su naturaleza adquieran tal categoría, sin que necesariamente se encuentren incluidos en este Título.

### **Agrupaciones temáticas de los derechos**

En el siguiente cuadro bajo criterios temáticos complementamos la propuesta de clasificación de Diego Younes<sup>290</sup>

<b>Grupo</b>	<b>Derecho</b>	<b>Ubicación (art.)</b>
Derechos Políticos	A participar en la conformación, ejercicio y control del poder político	40
	De reunión y manifestación pública y pacífica.	37
	De la oposición	265
	A asilo político	36
	A conformar una familia protegida integralmente.	42
	A decidir libremente el número de hijos.	42

<sup>290</sup> YOUNES, Diego, op. cit., p. 95.

Derechos sociales	A divorciarse.	42
	A la igualdad entre mujeres y hombres.	43
	A la salud, seguridad social y alimentación de los niños.	44
	A la formación y protección integral de los adolescentes.	45
	Al acceso a los servicios de protección y promoción de la salud.	49
	A la atención médica gratuita de los lactantes.	50
Derechos económicos	A una vivienda digna.	51
	A la propiedad privada y demás derechos adquiridos legalmente	58,62
	la promoción estatal del acceso a la propiedad	60
	A la promoción estatal del acceso a la propiedad agraria	64
	A la actividad económica y a la iniciativa privada libres	334
	A la propiedad colectiva	T-55
Derechos culturales	A la libertad de enseñanza	68
	A la promoción del acceso a la cultura	70
	A la libertad religiosa	19
	A la libertad de búsqueda del conocimiento y expresión artística	71
	A la educación gratuita en las instituciones del Estado	67
	A la autonomía universitaria	69
	A la recreación, el deporte y aprovechamiento del tiempo libre	52
	A la protección de la propiedad intelectual	61
Derechos colectivos y del ambiente	A la independencia profesional de los periodistas	73
	Derecho a un ambiente sano y a la participación de la comunidad de las decisiones que puedan afectarlo	79
	Participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen	78
	Protección estatal de la diversidad e integridad del ambiente	79
	A la planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales	80
Derechos de las minorías indígenas	A la protección estatal del espacio público en su destinación al uso común	82
	A circunscripción especial para dos senadores indígenas	171
	Al reconocimiento de personería jurídica para movimientos políticos que se organicen a fin de participar en la vida democrática	108
	A la nacionalidad por adopción de los miembros de pueblos indígenas que comparten fronteras	96
Derechos y garantías procesales	A las autoridades tradicionales de los indígenas para impartir justicia y dirimir conflictos	246
	Al debido proceso	29
	Al hábeas corpus	30
	A impugnar una decisión judicial	29, 31
	A no declarar contra familiares	33
	A ser juzgado en su propio país	35
	A no ser sometido a prisión perpetua, destierro, confiscación ni extradición.	34,35
	A controvertir pruebas	29
	A interponer acción de tutela en defensa de derechos fundamentales.	86
A no ser juzgado dos veces por el mismo hecho	29	

### ***Derechos económicos, culturales y sociales***

Esta clasificación se produce como consecuencia de la evolución del constitucionalismo clásico al moderno o constitucionalismo social.

La doctrina analiza el tema comenzando por el constitucionalismo propiamente dicho, el llamado clásico, que aparece en las revoluciones americana y francesa de la segunda mitad del siglo XVIII y llega hasta principios de este siglo, dando características

especiales a las constituciones sancionadas en este largo periodo.

Según Zarini: "Defender los derechos del hombre, al limitar al Estado y dar seguridad al individuo frente a él, son los fines que distinguen al constitucionalismo clásico. Para ello, el Estado se debe limitar al cuidar el orden y asegurar que los derechos humanos no sufran perjuicio, absteniéndose de intervenir cuando la libertad, la seguridad común y los derechos individuales no corra riesgo. En el constitucionalismo clásico, el Estado no interviene en el bienestar colectivo ni interfiere en el ejercicio de los derechos. Parte de la base de que la libertad, ampliamente reconocida, es el medio suficiente para asegurar la actividad del hombre y el disfrute de sus bienes. Conforman así, una concepción abstracta y francamente individualista de los derechos humanos.

"La experiencia demostró que esas relaciones sociales, basadas en el individualismo y el carácter meramente contemplativo del Estado, llevó a situaciones injustas, el sueño del mundo armónico, concebido como producto espontáneo y natural de las relaciones y los equilibrios entre las personas y los factores socioeconómicos, lejos de producir una comunidad libre, dejó desguarnecido los derechos efectivos del hombre común. Le impidió el goce de recursos elementales y colocó a numerosos sectores de población en situaciones económicas y culturales que originaron dependencia, sumisión, opresión e injusticia.

"En virtud de esas circunstancias y al término de la primera guerra mundial se desarrolla un fecundo movimiento ideológico y constitucional dirigido a afianzar, por medio de las leyes fundamentales, los principios democráticos, orientándolos hacia nuevos derroteros. Las constituciones de la primera posguerra mundial incluyen una parte social y económica en la cual se fijan normas y principios de justicia, que dan características definidas al constitucionalismo contemporáneo.

"Tales normas y principios jerarquizar, amplían y profundiza la legislación, incorporando a los textos constitucionales numerosas disposiciones con contenidos concretos de justicia económica y social. En efecto, esas normas están dirigidas a proteger al individuo y a los grupos sociales, con derechos y con garantías que se incorporan al derecho público, por ejemplo, los derechos del trabajador, de la familia, la protección contra el despido arbitrario del trabajador, etcétera.

"Ello obliga al estado a dispensar nuevos servicios públicos, sociales y económicos, y crea otros cometidos al individuo, a la sociedad y a los grupos o sectores que la integran, respondiendo así a una visión superadora del individualismo y del abstencionismo decimonónicos.

"De esta manera y al término de la primera guerra mundial (1914-1918), toman forma definitiva en Europa nuevas ideas con otros criterios de valor que se interesan a una protección más justa y real del hombre, con el advenimiento del denominado constitucionalismo social. El paso final de este constitucionalismo es la incorporación a los textos constitucionales de los llamados derechos sociales y económicos.

"En el constitucionalismo social concurren la suma de dos expresiones, que revisten el carácter de verdaderas conquistas de la era constitucional:

1. La inserción de las cláusulas económicas y sociales en las leyes fundamentales.

2. La denominada racionalización del poder. Una constitución social que no contemple la racionalización del poder no puede ser reconocida como democrática. Y a la inversa, una constitución que omita cláusulas económicas y sociales es considerada un instrumento insuficiente e inadecuado para el gobierno contemporáneo, tan lleno de requisitos y de expectativas provenientes de los sectores más necesitados<sup>291</sup>. 38 289

Justamente dentro de este contexto se inscribe el Estado Social de Derecho que proclama la Constitución actual de Colombia.

En relación con el carácter fundamental de estos derechos, la Corte Constitucional ha hecho las siguientes consideraciones:

"De manera general con puede afirmarse que los derechos de libertad de igualdad formal, o de primera generación, responden a un propósito liberal de no discriminación, mientras que los derechos económicos sociales y culturales, o de segunda generación, responden a propósitos sociales de diferenciación. Los primeros igualaron a los hombres en aquello que es necesario y los segundos los diferencian en aquellos que es indispensable para la protección de los derechos de libertad, igualdad y demás conexos.

"La diferencia de origen de estos dos tipos de derechos determina, de cierta manera, la distinta aplicación y efectividad de cada uno de ellos. De acuerdo con esto, por lo menos dos elementos de distinción pueden ser definidos:

1. Entre los derechos de libertad de igualdad formal y los derechos económicos, sociales y culturales, existe una relación de incidencia recíproca, de tal manera que el disfrute de los unos no es posible sin la garantía del ejercicio de los otros y viceversa. De aquí se deriva la idea, respaldada en las declaraciones de derechos humanos, según la cual no puede plantearse una diferencia entre ambos tipos de derecho desde el punto de vista de su importancia. Esta es la razón por la cual la diferencia entre derechos de libertad e igualdad formal y los derechos económicos, sociales y culturales ha perdido importancia en beneficio de la clasificación entre derechos fundamentales de aplicación directa y derechos fundamentales de aplicación indirecta o por conexidad.

2. Los derechos que son fundamentales por aplicación directa e inmediata son todos aquellos derechos de libertad e igualdad formal y, además, ciertos derechos de igualdad material que se relacionan con la vida y la dignidad humana. Su carácter de derechos de aplicación directa se deriva de su naturaleza general válida en todos los casos.

Los derechos fundamentales que son aplicables de manera indirecta son aquellos derechos económicos, sociales o culturales, que se encuentran en una expresa relación de conexidad con los derechos fundamentales de aplicación directa. Este tipo de aplicación es resultado de la necesidad de establecer una ponderación de las circunstancias de cada caso concreto y ello, a su vez, se deriva de su naturaleza de derechos que suponen un tratamiento desigual con el fin de lograr cierta igualdad material<sup>292</sup>.

### **Derechos de aplicación inmediata**

La Carta en su artículo 85 establece una categoría especial de derechos denominados de

---

<sup>291</sup> ZARINI, Helio Juan. Derecho Constitucional. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992. p. 153.

<sup>292</sup> C. Const. Sent. T-506, ago. 21/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

aplicación inmediata y taxativamente incluye entre ellos los siguientes:

Derecho de aplicación inmediata	Art.
Derecho a la vida	11
Derecho a no ser sometido a tortura o penas crueles, inhumanas o degradantes	12
A la igualdad ante la ley	13
Al reconocimiento de la personalidad jurídica	14
A la intimidad personal y familiar	15
Al libre desarrollo de su personalidad	16
A no ser esclavizado u objeto de trata de seres humanos	17
A la libertad de conciencia	18
A la libertad de cultos	19
A la libertad de expresar y difundir su pensamiento	20
Derecho a la honra	21
Derecho de petición	23
A circular libremente	24
A la libertad de escoger profesión u oficio	26
A la libertad de enseñanza	27
A la libertad personal	28
Al debido proceso	29
Al <i>habeas corpus</i>	30
A apelar toda sentencia judicial	31
Derecho a no declarar contra sí mismo, contra su cónyuge, ni contra algunos de sus parientes	33
A no sufrir destierro, prisión perpetua o confiscación de bienes	34
Derecho a reunirse y manifestarse pública y pacíficamente	37
Derechos políticos	40

Todos estos derechos hacen parte del Título I, “De los derechos, las garantías y los deberes”, capítulo I, “De los derechos fundamentales”. En esta situación de aplicación inmediata no quedaron incluidos el derecho a la paz (*art. 22*), el derecho al trabajo (*art. 25*), el derecho de libre asociación (*art. 38*), ni el derecho a constituir sindicatos (*art. 39*).

Sobre la característica de inmediata aplicabilidad de estos derechos se ha manifestado la Corte Constitucional, así: “La opción por la primacía de los derechos fundamentales sobre las llamadas “razones de Estado”, históricamente esgrimidas por la autoridad para limitar el ejercicio de los derechos y libertades ciudadanas, en aras de la defensa *in abstracto* de valores y nociones como “la moral”, el “orden público”, las “buenas costumbres” o el “interés general”, llevó al constituyente de 1991 a postular derechos de aplicación inmediata que no requieren de desarrollo legal para ser exigibles. El libre ejercicio de derechos no condicionados a lo establecido por la ley, así como la prohibición de que sean suspendidos los derechos humanos y las libertades fundamentales en estados de excepción, se explican en el mismo principio de primacía de los derechos fundamentales. El constituyente optó por excluir de las disposiciones sobre derechos fundamentales su condicionamiento a nociones como la moral, el orden público, o la ley, prefiriendo elevar estos valores a derechos constitucionales”<sup>293</sup>.

#### **- Aplicación directa y aplicación inmediata de los derechos**

Manuel José Cepeda explica esta diferencia así: “Dentro de la gama de derechos hay algunos que se pueden aplicar en un caso concreto a solicitud del interesado porque para

<sup>293</sup> C. Const., Sent. T-403, jun. 3/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

que así sea no se requiere que el Estado precise su contenido, destine partidas presupuestales ni constituya entidades responsables de ejecutar dicho presupuesto (por ejemplo, la libertad de expresión). Estos derechos podrían denominarse de aplicación directa, precisamente porque para ser exigibles en casos concretos no requieren de una ley que los desarrolle. Los derechos cuyo cumplimiento sólo puede ser exigido por un individuo en un caso concreto después de que el legislador los ha desarrollado, se denominan derechos de desarrollo legal.

Los derechos de aplicación directa son también de aplicación inmediata, aunque los adjetivos “directa” e “inmediata” tengan un significado diferente. La inmediatez tiene que ver con el momento en que puede ser aplicado y con la ausencia de un elemento que medie entre el derecho y el ciudadano. Por lo tanto, todos los derechos constitucionales, sean o no fundamentales, sean de aplicación directa o no, tienen el atributo de la aplicación inmediata. En efecto, la aplicación de los derechos no ha sido postergada en el tiempo, puesto que toda la Constitución entra a regir desde su promulgación. Aún aquellos derechos que no son de aplicación directa pueden ser aplicados sin necesidad de que medie entre éstos y el ciudadano una ley, así no lo sean en un caso concreto. Por eso, por ejemplo, la acción pública de inconstitucionalidad, por la vía de control constitucional abstracto, puede estar encaminada a hacer cumplir el derecho cuando el legislador lo ha desconocido. Lo mismo puede decirse de cualquier otra acción de defensa de la Constitución. Nada impide, por ejemplo, que la Corte Constitucional o el Consejo de Estado declare contrario a la Constitución un acto que viole el derecho a un ambiente sano. El artículo 85 de la Constitución es enunciativo. No contiene una determinación taxativa de derechos de aplicación inmediata, a pesar de su formulación tajante”<sup>294</sup>.

### 3.5.2.3. El aporte de la jurisprudencia para la determinación de los derechos

Teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 94 de la Carta: “*La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos*” y que el Decreto extraordinario que reglamenta la acción de tutela, instrumento subsidiario pero importante para la defensa de los derechos fundamentales, establece en su artículo 2° que “*Cuando una decisión de tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión*”<sup>295</sup> se ha ido fortaleciendo la doctrina del valor de los precedentes jurisprudenciales en la determinación de los derechos, especialmente de los derechos tutelables.

En relación con el aporte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional para efectos de la determinación de tales derechos resultan interesantes las observaciones que sobre el tema hiciera Diego Eduardo López Medina, analizando la obligatoriedad del precedente jurisprudencial. En efecto, considera este autor que el *conceptualismo* aun dominante en derecho constitucional se inclina hacia los problemas constitucionales relacionados con *significados*. Nos preguntamos, por ejemplo, por el *significado* del “derecho al debido proceso” (C.N., art. 19) o del “derecho al libre desarrollo de la personalidad” (C.N., art. 16); pero estos *conceptos*, en cuanto tales, son excesivamente generales como para encabezar adecuadamente líneas jurisprudenciales inteligibles. La ecuación que pretende

<sup>294</sup> CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991. Editorial Temis, Bogotá, 1992.

<sup>295</sup> Decreto Extraordinario 2591/91, art. 2°.



identificar cada derecho, o peor aún, cada artículo constitucional con una línea de precedentes no puede ser aceptada.

"Como queda claro de la lectura de la jurisprudencia de la Corte, hay muchos artículos constitucionales, y sin duda muchos de los llamados "derechos" que es preciso descomponer en varias líneas jurisprudenciales más o menos autónomas, así se rocen a veces con aquellas líneas que tengan nacimiento u origen en el mismo artículo constitucional. Estas diferencias entre líneas, incluso si parecen relacionadas con el mismo "derecho", nacen de la aglomeración de distintos patrones fácticos, de manera que la definición e interpretación de los "derechos" parece ser sensible a los niveles de generalidad de definición de los patrones fácticos que debe decidir la Corte. Así, por ejemplo, el "derecho a la intimidad y al buen nombre" (C.P., art. 15) tiene líneas jurisprudenciales perfectamente autónomas si se trata (i) de contextos donde la información que afecta al particular ha sido divulgada por medio de prensa, y (ii) si se trata de contextos donde la información que afecta al particular tiene contenido crediticio y ha sido divulgada mediante informes provenientes de bancos de datos. Estas líneas jurisprudenciales, a su vez, podrían ser estrechadas aún de manera significativa si se considera, por ejemplo, que la Corte ha venido creando *sub-reglas* especiales para el caso de violación de intimidad por parte de medios escritos de prensa (periódicos) y que dichas *sub-reglas* varían de manera fundamental de las aplicables a otros medios de información electrónicos"<sup>296</sup>.

#### **3.5.2.4. Otras posibilidades de reconocimiento de derechos**

Finalmente, y de acuerdo con el artículo 94 de nuestra Constitución "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos".

Con esta disposición nuestra Carta se aproxima filosóficamente a la novena enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, en cuyo texto leemos: *La enumeración de ciertos derechos en la Constitución no deberá interpretarse como anulación o restricción de otros derechos conservados por el pueblo.*

#### **3.5.2.5. Los eventos de conflicto entre Derechos**

Dado el aumento de derechos y el mayor incremento en su ejercicio y defensa, se presentan situaciones en las que en la práctica se da un enfrentamiento entre dos o más derechos. Estas situaciones han permitido tanto a la jurisprudencia como a la doctrina precisar que los derechos no son absolutos y que es necesario establecer criterios de ponderación y jerarquización. En uno de estos casos, por ejemplo, la Corte Constitucional manifestó que "cuando se presentan conflictos entre derecho a la información y los derechos a la honra, el buen nombre y la intimidad, en el caso de las personas y los hechos de importancia públicos, predomina el primero"<sup>297</sup>

En otras múltiples oportunidades la jurisprudencia constitucional ha llamado la atención sobre la libertad de prensa en un Estado democrático y en un sistema político participativo. El Alto Tribunal, "es conciente del enorme poder que representan los medios de comunicación que puede contrariar derechos fundamentales. Es por ello que al interpretar el artículo 20 de la Constitución, la Corte ha procurado establecer límites a la

<sup>296</sup> LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces, Legis-Ediciones Uninades, Bogotá, 2000. p. 60.

<sup>297</sup> Cfr. C. Const. Sent. T-066 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

libertad de prensa, sin que ellos constituyan censura, para lo cual utiliza el método de ponderación de los bienes jurídicos enfrentados”.<sup>298</sup>

### 3.5.2.6. ANÁLISIS DE ALGUNOS DERECHOS EN PARTICULAR

Como hemos sostenido a lo largo de este capítulo, es amplio el catálogo de derechos enunciados en la Carta Política y el análisis de cada uno en particular admite publicaciones independientes. Sin embargo hemos seleccionado algunos de los más importantes para un análisis un poco más detallado, no sin dejar de recordar la conveniencia e importancia de la lectura y análisis del texto de la Carta Política sobre este y los restantes temas.

#### El derecho a la vida

La Constitución señala en su artículo 14 que el derecho a la vida es inviolable, añadiendo la prohibición de imponer la pena de muerte. Este es el primero y más importante de todos los derechos se consagra no sólo su inviolabilidad sino la prohibición de conductas que suponen su desconocimiento tales como la pena de muerte, la desaparición, la tortura y los tratos crueles o degradantes. Como derecho angular en el sistema constitucional colombiano se consagra para las autoridades el deber de protegerlo –art. 2- desafortunadamente la situación de violencia de distinto origen que afecta al país obliga a reconocer su cotidiana violación.

*Características:* el derecho a la vida es inalienable, irrenunciable e intransferible. Frente a este derecho el Estado tiene obligaciones bidireccionales: la primera respetarlo, la segunda, protegerlo. “Atentan contra el derecho a la vida las ejecuciones extrajudiciales o ajusticiamientos, originados muchas veces en venganzas o intolerancias ideológicas, políticas o religiosas, los crímenes y genocidios, provengan de dónde provinieron, el terrorismo, las desapariciones forzadas, la tortura, los malos tratos y aún las condiciones de vida infrahumanas”<sup>299</sup>.

#### La igualdad ante la ley

Al presentar los principios constitucionales analizamos el de igualdad, de modo que sólo nos resta recordar que el artículo 13 de la Carta advierte que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, agregando que deben recibir el mismo trato y protección de las autoridades y gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación derivada de sexo, raza, familia, nacionalidad, idioma credo u opinión.

Pero la Constitución colombiana de 1991 no sólo persiguió la igualdad jurídica sino real, por eso consagra como obligación del Estado la de adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

Por ejemplo, es de resaltar la posición de la Carta en materia de géneros; en efecto, de acuerdo con ella, la mujer y el hombre tienen en iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida ninguna clase de discriminación. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia (*C.P., art. 43*). La ley estatutaria 581 de mayo de 2000, por su parte, reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público. Esta ley desarrolla los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución, y su finalidad es la de crear los

<sup>298</sup> Cfr. C. Const., Sent. SU-157, marzo 10 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>299</sup> Cfr. Madrid-Malo, Mario. Derechos fundamentales. Documentos ESAP, 1991. p. 99.

mecanismos para que las autoridades, en cumplimiento de los mandatos constitucionales, den a la mujer la adecuada y efectiva participación a que tiene derecho en todos los niveles de la ramas y demás órganos del poder público, y además promueven esa participación de las instancias de decisión de la sociedad civil<sup>300</sup>.

## Las libertades

### **a. Libertad de conciencia y de cultos**

Esta prerrogativa está establecida en la Constitución así:

*Art. 18: Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia*

*Art. 19: Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva.  
Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley*

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica, vigente en Colombia mediante la Ley 16/72, establece:

**ART. 12.—Libertad de conciencia y de religión.** 1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias individual o colectivamente, tanto en público como en privado.*

2. *Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.*

3. *La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.*

4. *Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.*

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional: “La facultad que tiene una persona para actuar en determinado sentido, o para abstenerse de hacerlo, se ve determinada en grado sumo por sus convicciones, por su propia ideología, por su manera de concebir el mundo. Tales convicciones e ideología son el producto de su formación académica, social, moral y religiosa, la cual condiciona al individuo imponiéndole modelos de comportamiento a seguir en medio de la sociedad a la cual pertenece y encauzando el ejercicio de su libertad, la cual, por eso mismo, pierde desde el comienzo su carácter absoluto.

“La formación que la persona recibe y asimila va integrando su sistema de valores, para llevarla a considerar, frente a las distintas opciones que la vida en comunidad le ofrece, lo que desde su particular perspectiva es bueno, justo, equitativo, oportuno..., arrojando unos resultados exteriores que son el producto de un análisis interno cuyo ámbito es del dominio inalineable de la persona. Ese sistema de valores constituye, en lo más íntimo de

---

<sup>300</sup> YOUNES MORENO, Diego Derecho Constitucional, p. 101.

cada ser humano, su propia conciencia, en cuyas profundidades no puede penetrar la acción del Estado ni forma alguna de coacción.

“En principio, la conciencia misma del individuo, dada su propia naturaleza, no está expuesta a violaciones por actos de la autoridad. Son las manifestaciones exteriores, derivadas del proceso interno, las que pueden verse coartadas, impedidas, dificultadas o condicionadas mediante acción del Estado o sus agentes, o de particulares.

“Por tanto, el ejercicio de la libertad consagrada en el artículo 18 de la Carta es susceptible de violación y, por ello, de protección jurídica, en la medida en que aflora por las distintas vías que el hombre ha concebido para explicitarla, dando lugar a formas específicas de previsión normativa tendientes a preservarla en su integridad: allí se sustentan las libertades constitucionales de expresión y de cultos (arts. 19 y 20), entre otras.

“Obsérvese cómo la misma libertad de conciencia tiene una referencia jurídica que hace recaer la protección sobre los momentos exteriores de su desarrollo, como cuando el artículo 18 de la Carta indica que “**nadie será molestado** por razón de sus convicciones y creencias”, hipótesis en la cual se suponen conocidas, o cuando prohíbe que el individuo sea “compelido a **revelarlas** u obligado a **actuar** contra su conciencia”.

En virtud de lo anterior, la doctrina jurídica ha clasificado a la libertad de conciencia como **individual**, por cuanto antes de ser un ciudadano libre frente a la sociedad, el hombre tiene derecho a ser un individuo libre, esto es, exento de coacciones y atentados arbitrarios que afecten, impidan o sancionen la exteriorización de sus convicciones íntimas, mientras ellas en sí mismas no causen daño a la colectividad.

“Las constituciones políticas de la mayoría de los estados democráticos garantizan la libertad de conciencia, lo cual implica dos efectos: que cada individuo tiene derecho a regular su vida de acuerdo con sus creencias y que el Estado no tiene facultad para imponérselas; él debe tener en cuenta tales creencias para permitirle ejercer su libertad.

“Como ya se dijo, la Constitución Política, en su artículo 18, garantiza la libertad de conciencia, de lo cual se desprende que, a partir del inalienable fuero interno de cada individuo, este goza de facultad para actuar o abstenerse de hacerlo en virtud de su razón práctica, de su pensamiento y de su íntima convicción, claro está, sobre la base, implícita en todo derecho y en toda libertad, de que sus expresiones están limitadas por los derechos de los demás y por las necesidades propias del orden público, la tranquilidad, la salubridad y la seguridad colectivas”<sup>301</sup>.

## ***b. Las libertades de pensamiento, de expresión, de información y de prensa***

### ***- El derecho a la información***

Expresa la Constitución que toda persona tiene la libertad de informar y recibir información veraz e imparcial, figura que se conoce en la ciencia jurídica como el derecho a la información.

*La Libertad de prensa* es una de las especies de la libertad de expresión y se fundamenta

---

<sup>301</sup> C. Const., Sent. T-409, jun. 8/92. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

en la comunicabilidad natural entre los seres humanos. Para la Corte Constitucional la libertad de expresión es el género; la libertad de prensa es la expresión.

Dispone la Carta en su artículo 20:

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

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

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica, vigente en Colombia mediante la Ley 16/72, establece:

**ART. 13.—Libertad de pensamiento y de expresión.** 1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*

2. *El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:*

*a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o*

*b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

3. *No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.*

4. *Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2º.*

5. *Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.*

**ART. 14.-Derecho a rectificación o respuesta.** 1. *Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.*

2. *En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.*

3. *Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión, tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.*

#### **- Alcance y límites del derecho a informar**

La libertad de prensa es un elemento fundamental para la existencia de la democracia y el libre desarrollo de las personas. De ahí la amplia protección que le brinda la Constitución

Política. Sin embargo, esta garantía arroja diversos problemas, dada la capacidad de los medios de vulnerar los derechos fundamentales de los asociados. Ello explica que en diversas constituciones modernas y en tratados internacionales de derechos humanos se establezca la posibilidad de imponerle límites a la libertad de prensa, pero éstos deben interpretarse de manera restrictiva y resultar compatibles con la existencia y funcionamiento de una sociedad democrática avanzada.

En relación con los límites de este derecho, la Corte Constitucional ha establecido, entre otros:

- En punto a la libertad de prensa debe distinguirse entre la libertad de expresión y opinión y la libertad para informar y recibir información. La primera no conoce, *prima facie*, restricciones, mientras que la segunda está limitada por la obligación de transmitir informaciones veraces e imparciales.

- Cuando los medios publican noticias falsas o imparciales tienen el deber constitucional de rectificarlas. La rectificación debe hacerse en condiciones de equidad, lo que significa que la noticia y la rectificación deben tener un despliegue informativo equivalente. La equivalencia no se refiere a la extensión de la noticia, sino a la posición y el realce que se le asignó en la publicación<sup>302</sup>.

#### **- Derecho a recibir información veraz e imparcial**

Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, “La contrapartida de la libertad de informar, está dada por el derecho a recibir información veraz e imparcial. Este es un derecho público colectivo exigible a los medios de comunicación en aras de garantizar la libre formación de la opinión pública.

La *veracidad* de la información se circunscribe a hechos o a enunciados de carácter fáctico que pueden ser verificados. En cambio, la *imparcialidad* envuelve la dimensión interpretativa de los hechos, la cual incluye elementos valorativos y está a mitad de camino entre el hecho y la opinión. En efecto, la escogencia de una situación fáctica y la denominación que se le dé implica ya una valoración de la misma. Una rigurosa teoría general y abstracta sobre la interpretación haría imposible exigir la presentación imparcial de un hecho, ya que toda interpretación tendría algo de subjetiva. El constituyente no quiso llegar hasta este extremo, y optó por vincular la exigencia de imparcialidad de la información al derecho del público a formarse libremente una opinión, esto es, a no recibir una versión unilateral, acabada y “prevalorada” de los hechos que le impida deliberar y tomar posiciones a partir de puntos de vista contrarios, expuestos objetivamente.

“Esta exigencia no significa, como podría pensarse en un primer momento, la anulación del derecho del medio de comunicación a expresar su opinión sobre los hechos informados. Su finalidad va encaminada a establecer en los noticieros o programas cuyo objeto principal sea informar al público sobre el acontecer nacional o mundial, una clara distinción entre lo que es un hecho y la opinión que dicho hecho suscita para los propietarios o editores del medio masivo de comunicación. Lo anterior es una garantía del público en general con miras a que la información no se gobierne exclusivamente con patrones puramente comerciales ni se suministre en forma de “mercancía”, lista para consumir, sino mediante la presentación de la mayor cantidad de elementos de juicio que le permita adoptar una posición crítica y enriquecida, y de esta forma pueda contribuir eficazmente a la controversia democrática.

---

<sup>302</sup> C. Const., Sent. T-66, mar. 5/98. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

“Una información parcial, que no diferencia entre hechos y opiniones en la presentación de la noticia, subestima al público receptor, no brinda la posibilidad a los lectores u oyentes para escoger y enjuiciar libremente, y adquiere los visos de una actitud autoritaria, todo lo cual es contrario a la función social que cumplen los medios de comunicación para la libre formación de la opinión pública”<sup>303</sup>.

### **- Responsabilidad social de los medios de comunicación**

El principio de responsabilidad social de la prensa hablada y escrita obedece a una concepción comunitaria de los medios de comunicación. La Constitución de 1991 abandonó el enfoque liberal-clásico de la libertad de prensa fundado en el individualismo y acogió la concepción de la libertad de información como elemento esencial del orden político democrático.

El pluralismo informativo y la democratización de los medios de comunicación son propósitos constitucionales consagrados en beneficio de la colectividad. Estos objetivos, unidos a la función social que tienen los medios en la formación de la opinión pública, permiten delimitar el alcance del principio de responsabilidad social: respeto al equilibrio, a la igualdad de acceso y a la imparcialidad en la información (*C.P., arts. 20 y 75*).

La Corte Constitucional ha manifestado claramente que “Con independencia de otras formas de responsabilidad —civil o penal— derivadas del abuso de la libertad de información, la responsabilidad social de los medios es exigible principalmente mediante el ejercicio del derecho de rectificación y, en caso de negativa del medio, de la acción de tutela.

“A propósito de esta responsabilidad, ella crece en la medida en que aumenta la ya de por sí muy grande influencia que ejercen los medios no solamente en la opinión pública sino en las actitudes y aun en las conductas de la comunidad. Un informe periodístico difundido irresponsablemente, o manipulado con torcidos fines: falso en cuanto a los hechos que lo configuran; calumnioso o difamatorio, o erróneo en la presentación de situaciones y circunstancias; inexacto en el análisis de conceptos especializados, o perniciosamente orientado a beneficios políticos o a ambiciones puramente personales, resulta mucho más dañino cuanto mayor es la cobertura (nivel de circulación o audiencia) del medio que lo difunde, pero en todo caso, con independencia de ese factor, constituye en sí mismo abuso de la libertad, lesión muy grave a la dignidad de la persona humana y ofensa mayúscula a la profesión del periodismo, sin contar con los perjuicios, a veces irreparables que causa, los cuales no pueden pasar desapercibidos desde el punto de vista de sus consecuencias jurídicas”<sup>304</sup>.

### **- Derecho de rectificación, respuesta o réplica**

El derecho de rectificación se encuentra consagrado en la propia Constitución Política, como mecanismo de protección respecto de los posibles abusos en que se pueda incurrir en el ejercicio de los derechos de información y de expresión como se desprende del artículo 20 y reiterado en el artículo 15, con el propósito de garantizar los derechos a la intimidad personal y familiar y al buen nombre protegidos por el Estado.

---

<sup>303</sup> C. Const., Sent. T-80, feb. 26/93. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>304</sup> Ibidem.

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el derecho de rectificación “presupone el deber u obligación de rectificar por parte del sujeto activo que ha abusado del derecho a la información lesionando un derecho o bien ajeno. Es en la rectificación en términos de equidad donde se encuentra la satisfacción del derecho. De ahí el sentido de este derecho de rectificación, respuesta o réplica que establece un medio para hacer resplandecer la verdad con rapidez y reparar públicamente el daño causado a las personas en su prestigio o en su dignidad, independientemente de la defensa que le procuren las acciones civiles y penales.

“El derecho de rectificación es considerado como una garantía constitucional para la protección de la verdad en la comunicación pública o como un procedimiento de protección de la libertad de expresión y los derechos de la personalidad. Desde el primer ángulo, según la doctrina española, el derecho de rectificación puede ser contemplado desde una doble óptica: como garantía del derecho a la información pasiva y como garantía de la veracidad del objeto del derecho a la información, y consiste en el ejercicio de la facultad de difusión para establecer la verdad. Desde el segundo, tiene también una doble vertiente: la defensa de la persona aludida y su satisfacción moral (elemento subjetivo), y la veracidad y pluralidad de la información para una correcta formación de la opinión pública libre (elemento objetivo).

Pero también puede encuadrarse como una responsabilidad del informador y dentro de los deberes de carácter social y público que tiene asignados en el correcto cumplimiento de su tarea y en la necesidad de respetar la verdad, impidiendo el abuso de la función informativa y contrastando su versión de los hechos con la del aludido en la información publicada de forma que se eviten posibles lesiones a personas o instituciones por informaciones inexactas o incompletas<sup>305</sup>.

### ***c. Derecho a la educación, libertad de enseñanza, de aprendizaje y de cátedra***

Claramente establece la Carta en su artículo 67 que “La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura” y agrega en su inciso segundo que “La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente”.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>306</sup>, el derecho a la educación comprende cuatro dimensiones de contenido prestacional<sup>307</sup>:

i) La *asequibilidad* o disponibilidad del servicio, que puede resumirse en la obligación del Estado de crear y financiar suficientes instituciones educativas a disposición de todos aquellos que demandan su ingreso al sistema educativo, abstenerse de impedir a los particulares fundar instituciones educativas e invertir en infraestructura para la prestación del servicio, entre otras.

<sup>305</sup> C. Const., Sent. T-624, jun. 14/2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.

<sup>306</sup> Cfr. C. Const. Sent. T-787 de 2006 y Sent. T-658, ago. 23/2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>307</sup> Sobre el tema la sentencia remite a Tomasevski, Katarina (Relatora especial de las Naciones Unidas para el derecho a la educación). Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable. Gothenbug, Novum Grafiska AB, 2001. Citado por Defensoría del Pueblo. El derecho a la educación en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales. Bogotá, 2003.



ii) La *accesibilidad*, que implica la obligación del Estado de garantizar el acceso de todos en condiciones de igualdad al sistema educativo, la eliminación de todo tipo de discriminación en el mismo, y facilidades para acceder al servicio desde el punto de vista geográfico y económico.

iii) La *adaptabilidad*, que se refiere a la necesidad de que la educación se adapte a las necesidades y demandas de los educandos y que se garantice continuidad en la prestación del servicio. El inciso 5 del artículo 67 superior expresamente señala que el Estado debe garantizar a los menores su permanencia en el sistema educativo. Al respecto, debe destacarse el inciso 5º del artículo 68 de la Constitución, de conformidad con el cual los grupos étnicos tienen derecho a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural. Así mismo, el inciso 6 *ibídem* señala la obligación del Estado de brindar educación especializada a las personas con algún tipo de discapacidad y a aquellos con capacidades excepcionales.,

iv) La *aceptabilidad*, la cual hace alusión a la calidad de la educación que debe impartirse. Al respecto, el inciso 5º del artículo 67 de la Carta dispone que el Estado debe regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación, con el fin de vela por su calidad y la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos. Por su parte, el inciso 3º del artículo 68 *ibídem* establece que la enseñanza debe estar a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica.

#### **- Igualdad de oportunidades educativas y respeto a los derechos fundamentales**

Sobre este tema tan importante para el desarrollo de los pueblos se ha manifestado la Corte Constitucional en una sentencia fundamental cuyos apartes más importantes transcribimos:

“Con todo fundamento, el sistema educativo ha sido considerado un microcosmos de la sociedad en que opera. No en vano refleja y reproduce valores, tendencias, conflictos, desigualdades y en general todas las formas de comportamiento social globalmente consideradas.

“Desde mediados del presente siglo se pretende también que el sistema educativo refleje adecuadamente la visión del mundo científico dominante en una sociedad más y más dependiente de la tecnología.

“De otra parte, se ha intentado utilizarlo como instrumento para cerrar la brecha de desigualdades sociales. Paradójicamente —quien lo creyera— ellas han venido a manifestarse precisamente en el propio sistema educativo. El reconocimiento de este hecho, acompañado de un dramático y positivo despertar de la conciencia colectiva —en cuanto concierne a la expansión de tales desigualdades en todos los niveles— ha hecho que el concepto de igualdad de oportunidades educativas sea un tema de permanente actualidad, no obstante la diversidad de opiniones acerca de su naturaleza.

“Inicialmente fue concebido en el sentido de que todas las personas deberían tener acceso a similares facilidades en las instituciones educativas públicas y que tales instituciones fueran similares. En esta perspectiva, el fracaso de los estudiantes se consideró producto de sus propias limitaciones y no algo que pudiera atribuirse a deficiencias del sistema educativo o a la sociedad como tal.

“Posteriormente se estimó que la igualdad de oportunidades educativas era fruto de habilidades inherentes para aprender y puesto que ellas variaban de una persona a otra, dicha igualdad se determinó, en últimas, por la habilidad o capacidad para aprovechar la educación que se ofrecía.

Hay también quienes, por el contrario, conciben que tal igualdad no se refiere a capacidades inherentes sino a influencias típicamente ambientales que dan forma y condicionan el crecimiento y desarrollo individual. Así las cosas, el concepto de igualdad no se traduce en igualdad intelectual y física de todos los hombres en todos los lugares. Asume, por el contrario, que las desigualdades sociales constituyen una barrera para la generalización de la igualdad de oportunidades. Por tanto, lo importante es ofrecer una oportunidad de educación de la calidad y cantidad determinadas por las capacidades de cada persona para asimilarlas y extraer de ella los mejores frutos.

“En éstas condiciones, la igualdad de oportunidades educativas supone que cada cual tenga la posibilidad de satisfacer los deseos de recibir una educación compatible con sus capacidades a fin de lograr la preparación más adecuada para alcanzar las metas que cada ser humano se proponga en una sociedad determinada por la competencia creciente —y a veces despiadada— en la cual el éxito material y deslumbrante termina por desplazar elementales exigencias de solidaridad, como la búsqueda de un sentido en el apuramiento para vivir una existencia digna del hombre.

“Explicada así la naturaleza propia de la igualdad de oportunidades en el ámbito de la educación y comprometido como se halla el Estado colombiano a promover las condiciones para que ella sea real y efectiva, esta Corte rechaza en la forma más categórica prácticas cuyo efecto concreto —querido o no— sea la construcción de barreras que desde un comienzo hagan nugatoria dicha igualdad y la integración social, o propicien discriminaciones por razón de raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica o condición económica. Porque todas estas formas de discriminación vulneran abiertamente el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución de 1991.

“Es de advertir que cuando el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana y permite que la enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias sea bilingüe, lo hace no sólo porque entiende que así sirve fielmente a las exigencias de igualdad de oportunidades educativas sino también porque es plenamente consciente de que en Colombia la educación es un derecho de las personas y un servicio público que tiene una función social y que ha de traducirse en el acceso efectivo al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura, en los términos consagrados en el artículo 67 del estatuto superior.

“De otra parte, es de señalar que cuando el Estado permite a los particulares fundar establecimientos educativos es porque ésta es una contribución efectiva al incremento de la igualdad de oportunidades educativas en el ámbito de una república democrática, participativa y pluralista que por expresa voluntad del constituyente se funda en el respeto a la dignidad humana.

Pero es claro también que este pluralismo étnico, cultural y educativo, inspirado en la promoción de condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, no puede —sin negar su esencia y razón de ser— permitir prácticas en establecimientos educativos que de algún modo estimulen o favorezcan la discriminación o el marginamiento de sus

estudiantes (...). En virtud de todo lo anterior, esta Corte reconoce y afirma que en Colombia ningún tipo de educación puede vulnerar los valores, principios y derechos consagrados en la Constitución del 91<sup>308</sup>.

De acuerdo con el artículo 27 de la Constitución: “*El Estado garantiza las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra*”. Esta disposición está en concordancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 13 (derecho a la educación y libertad de enseñanza).

La “libertad de cátedra”, tiene un destinatario único y este es el educador, sea cual fuere su nivel o su especialidad. El profesor, conocedor de su materia y preparado en el área, es libre de escoger el sistema que guiará el desarrollo de la materia y determinará la forma de evaluación, conforme a las disposiciones que reglamentan la actividad educativa.

Por lo tanto, la libertad de cátedra “es el derecho garantizado constitucionalmente a todas las personas que realizan una actividad docente a presentar un programa de estudio, investigación y evaluación que según su criterio, se refleja en el mejoramiento del nivel académico de los educandos. Esto no quiere decir que la libertad de cátedra sea absoluta, sus límites están dados por la Constitución y la ley, sin que en su ejercicio puedan desatenderse los fines de la educación: formar colombianos que respeten los derechos humanos, la paz y la democracia. La libertad de cátedra es aplicable a *todos los docentes*, sea cual fuere el nivel de enseñanza en el que actúan y la relación que media entre su docencia y su propia labor investigadora y pertenezcan a planteles educativos públicos o privados. Claro está que, de acuerdo con la Corte Constitucional, “la decisión debe ser comunicada a las directivas con el fin de velar por la calidad, el cumplimiento en las labores docentes y por la mejor formación intelectual de los educandos”<sup>309</sup>.

#### **f. La libertad de circulación**

Sobre el particular dispone la Constitución en su artículo 24 que: “*Todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia*”.

Esta *libertad de locomoción* es un derecho fundamental en consideración al principio de libertad —inherente a la condición humana— cuyo sentido más elemental radica en la posibilidad de transitar o desplazarse de un lugar a otro dentro del territorio del propio país, especialmente si se trata de las vías y los espacios públicos. No se trata de un derecho absoluto sino susceptible de restricciones como las que indique la ley, o como las provenientes de la aplicación de sanciones, penales previo proceso judicial; pero, mientras no haya un motivo legal, este derecho tiene que ser respetado por autoridades y particulares<sup>310</sup>.

Aún tratándose de propiedad que en principio pudiera considerarse privada como la que integra los terrenos que habrán de destinarse a una urbanización, deben tenerse en cuenta la función social de la propiedad (*C.P., art. 58*) y el predominio del interés general (*art. 1º*) como elementos con arreglo a los cuales se ordene el uso del suelo urbano por las autoridades municipales.

<sup>308</sup> C. Const., Sent. T-064, feb. 23/93. M.P. Ciro Angarita Barón.

<sup>309</sup> C. Const., Sent. T-92/94, mar. 3/94. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>310</sup> Cfr. C. Const., Sent. T-518, sep. 16/92. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Varios tratados internacionales de Derechos Humanos tratan el tema. Veamos algunos de ellos:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica. L. 16/72, dispone:

*ART. 22. Derecho de circulación y residencia.*

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.
4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1º, puede así mismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas por razones de interés público.
5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.
6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un estado parte en la presente convención, sólo podrá ser expulsado de él, en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.
7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución por delitos políticos o comunes, conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.
8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.
9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por su parte, preceptúa:

- ART. 12.—1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.
  3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente pacto.
  4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.

#### **- El desplazamiento forzado**

Interés, -que esperamos sea coyuntural y transitorio-, presente el tema del *desplazamiento forzado*. La Ley 387 de 1997, en su artículo 1 define este triste estatus: *“Es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los derechos humanos, infracciones al derecho*

*internacional a humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público”.*

En relación con los principios que deben orientar la interpretación y aplicación de la ley se establece que el desplazado forzado tiene derecho al regreso a su lugar de origen (num. 6), y tiene el derecho a que su libertad de movimiento no sea sujeta a más restricciones que las previstas en la ley (num. 8).

Adicionalmente y en relación con las medidas transitorias se plantean interrogantes preocupantes: “¿Qué hacer cuando el Gobierno Nacional protege a unos desplazados y las autoridades locales frustran etapas de esa protección? En el sentir de la Corte Constitucional, la negativa a recibir desplazados por la violencia viola el derecho de circulación, pues es indudable que consideraciones de orden constitucional y humanitario le dan preferencia a la protección. Ahí están los citados artículos 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 22 de la Convención americana sobre derechos humanos, 1º, 2º y 24 de la Constitución de 1991, que deben ser respetados.”<sup>311</sup>

### **Derechos a la intimidad, al buen nombre y a la honra**

La intimidad personal y familiar es también un derecho fundamental. Se encuentra consagrado en el artículo 15 de la Carta. Por su parte el artículo 21 garantiza el derecho a la honra. Estos derechos, catalogados por la doctrina jurídica de la actualidad entre los bienes de la personalidad, atañen directamente a la dignidad de las personas.

La Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de precisar en este campo la existencia de tres derechos fundamentales constitucionales autónomos: a) el derecho a la intimidad, b) el derecho al buen nombre y c) el derecho al *habeas data*, los cuales surgen del análisis sistemático del artículo 15 de la Carta Política. Esta diferenciación se torna de suma importancia, toda vez que permite la protección en forma independiente de cada uno de los derechos referidos.

En efecto, el artículo 15 de la Carta dispone:

*Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.*

*En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.*

*La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.*

*Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.*

### **El derecho a la intimidad**

La intimidad está vinculada con la vida privada, con aquella parte de la vida del ser humano que ordinariamente se halla marginada del conocimiento de los demás. “La vida privada está constituida por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de

<sup>311</sup> C. Const., Sent. T-227, mayo 5/97. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede turbarla por afectar su pudor o su recato, a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento por los demás.”<sup>312</sup>

De acuerdo con el mismo autor, de la intimidad hacen parte:

- Los hechos desarrollados en el hogar doméstico.
- Los relacionados con el comportamiento sexual.
- Los que hacen parte de secretos familiares sobre estado civil y filiación.
- Los que constan en escritos y en la correspondencia privada
- Los concernientes a situaciones de dolor, angustia o cualquier otra forma de batimiento.

#### **- Definición y núcleo esencial**

El origen y alcance de este derecho se desenvuelve a partir de la evolución de los conceptos ‘público’ y ‘privado’, y por lo mismo, su contenido depende de los límites que el derecho y en especial la Constitución, le señalen a la intervención del Estado en los asuntos personales de los ciudadanos o de la permisión que el mismo ordenamiento disponga, por ejemplo, para que otros lo hagan en su lugar, tal es el caso, de la posibilidad que se otorga a los medios de comunicación de divulgar noticias de interés público sobre un determinado suceso o en relación con una persona, quien por razón de sus funciones, lleva una vida de interés social<sup>313</sup>.

El núcleo esencial del derecho a la intimidad, “supone la existencia y goce de una órbita reservada en cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, que le permita a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural. En efecto, aun cuando se reconoce en el hombre la tendencia natural hacia la socialización, no por ello en un Estado social demócrata puede obligarse a las personas a darle publicidad a los aspectos más íntimos y propios de su proyecto de vida personal, pues en ciertas ocasiones los individuos prefieren el ser dejados solos y adoptar comportamientos como el guardar silencio ante las inquietudes de los demás. Las legítimas expectativas de vida, muchas veces ligadas al seguimiento de un credo religioso o de una creencia espiritual (*C.P., art. 18*), se orientan a la total o parcial separación de la comunidad, sin que pueda imponerse el deber de obrar frente a los otros de una determinada manera, so pena de vulnerar la esencia misma de la libertad. Lo anterior, obviamente, bajo el reconocimiento intrínseco de la relatividad de los derechos, que implica la exigibilidad de algunos deberes dado el compromiso de vivir en sociedad”<sup>314</sup>.

En otra de sus sentencias la Corte expresó: “La persona no puede estar sujeta de modo permanente a la observación y a la injerencia de sus congéneres. Inclusive tiene derecho a reclamar de sus propios familiares, aun los más allegados, el respeto a su soledad en ciertos momentos, la inviolabilidad de sus documentos personales y de su correspondencia, así como la mínima consideración respecto de problemas y circunstancias que desea mantener en reserva. Si ello ocurre en el interior de la familia, dentro de la cual se presume que existe la máxima expresión de confianza, tanto más se explica y justifica este derecho en cuanto alude a personas extrañas a esa unidad aunque sean conocidas o existan respecto de ellas relaciones de amistad, compañerismo,

<sup>312</sup> NOVOA MONREAL, Eduardo. Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos. Ed. Siglo XXI, México, 1979, p. 49.

<sup>313</sup> C. Const., Sent. T-787, ago. 18/2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>314</sup> C. Const., Sent. T-787, ago. 18/2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

subordinación o superioridad y con mucho mayor fundamento si se trata de conglomerados, aunque sean reducidos (v. gr. colegio, universidad, empresa, barrio) y con mayor razón frente a comunidades de grandes dimensiones (v. gr. pueblo, departamento, país)<sup>315</sup>.

#### **- Principios que sustentan la protección del derecho a la intimidad**

Básicamente, son cinco los principios que sustentan la protección del derecho a la intimidad, y sin los cuales, se perdería la correspondiente intangibilidad del contenido garantista de la inmunidad del individuo frente a la innecesaria injerencia de los demás. Ellos se clasifican y explican en los siguientes términos<sup>316</sup>:

El *principio de libertad*, según el cual, los datos personales de un individuo, solo pueden ser registrados o divulgados con el consentimiento libre, previo, expreso o tácito del titular, a menos que el ordenamiento jurídico le imponga la obligación de relevar dicha información, en aras de cumplir un objetivo constitucionalmente legítimo. En este contexto, la obtención y divulgación de datos personales, sin la previa autorización del titular o en ausencia de un claro y preciso mandato legal, se consideran ilícitas.

El *principio de finalidad*, el cual se expresa en la exigencia de someter la recopilación y divulgación de datos, a la realización de una finalidad constitucionalmente legítima, lo que impide obligar a los ciudadanos a relevar datos íntimos su vida personal, sin un soporte en el texto constitucional que, por ejemplo, legitime la cesión de parte de su interioridad en beneficio de la comunidad. Así, en Sentencia C-489 de 1995 (*M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz*), la Corte determinó que la exigencia de revelar información perteneciente a la intimidad económica de los individuos, tiene su soporte en la necesidad de establecer la efectividad de los recursos que permitan contribuir al funcionamiento del Estado como carga o deber de los ciudadanos (*C.P., art. 95*). En sus propias palabras, manifestó:

“(…) La intimidad económica es un ámbito que, en principio, solo interesa al individuo, el cual impide a los particulares acceder a la información económica de otro particular. No obstante, dado el deber ciudadano de contribuir al financiamiento de los gastos del Estado dentro de los conceptos de justicia y equidad (*C.P., art. 95-9*), se justifica el conocimiento de los datos económicos del individuo por parte del Estado, siempre y cuando la injerencia sea proporcionada, esto es, se realice con medios necesarios, adecuados y que produzcan la menor lesión del derecho fundamental (...).

11. En este orden de ideas, el deber de revelar información económica, mediante la presentación de declaraciones tributarias, y la facultad correlativa de inspección fiscal en cabeza de las autoridades competentes, se fundamentan en el interés superior de que cada ciudadano contribuya al sostenimiento de las cargas públicas, interés este que se erige en un límite del derecho a la intimidad (...).”

*Principio de necesidad*, de conformidad con el cual, la información personal que deba ser objeto de divulgación, se limita estrechamente a aquella que guarda relación de conexidad con la finalidad pretendida mediante su revelación. Así, queda prohibido el registro y la divulgación de datos que excedan el fin constitucionalmente legítimo.

---

<sup>315</sup> Sentencia T-611 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo,

<sup>316</sup> Cfr. C. Const., Sent. T-787, ago. 18/2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

El *principio de veracidad*, exige que los datos personales que se puedan divulgar correspondan a situaciones reales y, por lo mismo, se encuentra prohibida la divulgación de datos falsos o erróneos.

Por último, el *principio de integridad*, según el cual, la información que sea objeto de divulgación debe suministrarse de manera completa, impidiendo que se registre y divulgue datos parciales, incompletos o fraccionados.

El conjunto integrado de los citados principios, permite no solo garantizar el acceso legítimo a la información personal, sino también la neutralidad en su divulgación y, por ende, asegurar un debido proceso de comunicación. Puntualmente, la Constitución Política, en el artículo 20, obliga a que toda transmisión o comunicación de datos debe sujetarse a las reglas de veracidad e imparcialidad.

Ahora bien, la interpretación y alcance de los anteriores principios, presuponen un mayor o menor de grado exigencia, en la medida en la cual se relacionan con las distintas libertades que corresponden a la protección constitucional de los procesos de comunicación de la información (C.P., arts. 15 y 20). “En efecto, en cada caso, es indispensable ponderar la salvaguarda del derecho a la intimidad con el amparo a la prensa libre, a la libertad de opinión, a la libre circulación de ideas, etc., no solo en aras de impedir la censura previa, sino de lograr a través del libre flujo del pensamiento, el fortalecimiento de un Estado respetuoso del desarrollo autónomo de la personalidad de cada asociado, y principalmente, propulsor de la divulgación de ideas como freno o remedio frente a las arbitrariedades del poder, al permitir la divulgación de la expresión y la opinión como medios de control a su ejercicio por parte de los autoridades públicas y frente a los particulares no sujetos fácticamente a una relación de igualdad. En esta medida, no es posible establecer *prima facie* la prevalencia o prioridad de un derecho sobre otro, pero sí es viable reconocer que a partir de su naturaleza relativa, cada uno de estos derechos se someten a límites, principios y cargas que impiden que su uso se torne en arbitrario y permita el desconocimiento de una garantía constitucional concomitante”<sup>317</sup>.

#### **- Grados y niveles de intimidad**

Como lo enseña la doctrina<sup>318</sup> las diversas esferas de intimidad y/o autonomía personal, son una construcción de la jurisprudencia alemana, en aras de ponderar la prelación *prima facie* reconocida por su Tribunal Constitucional de los derechos a la dignidad humana y a la intimidad personal sobre los derechos a la información y expresión.

Dependiendo del nivel en que el individuo cede parte de su interioridad hacia el conocimiento público, se presentan distintos grados de intimidad. Dichos grados de intimidad se suelen clasificar en cuatro distintos niveles, a saber:

1. La intimidad personal,
2. La intimidad familiar
3. La intimidad social, y
4. La intimidad gremial

---

<sup>317</sup> C. Const., Sent. T-787, ago. 18/2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>318</sup> Véase, BOTERO MARINO, Catalina y otros. Libertad de información, democracia y control judicial: la jurisprudencia constitucional colombiana en perspectiva comparada. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Argentina. Edición. 2000.



La primera, alude precisamente a la salvaguarda del derecho de ser dejado solo y de poder guardar silencio, es decir, de no imponerle a un determinado sujeto, salvo su propia voluntad, el hecho de ser divulgados, publicados o fiscalizado aspectos íntimos de su vida. La segunda, responde al secreto y a la privacidad en el núcleo familiar, una de cuyas principales manifestaciones es el derecho a la inmunidad penal, conforme al cual, “nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes entro del cuarto grado de consaguinidad, segundo de afinidad o primero civil”. La tercera, involucra las relaciones del individuo en un entorno social determinado, tales como, las sujeciones atinentes a los vínculos laborales o públicos derivados de la interrelación de las personas con sus congéneres en ese preciso núcleo social, a pesar de restringirse —en estos casos— el alcance del derecho a la intimidad, su esfera de protección se mantiene vigente en aras de preservar otros derechos constitucionales concomitantes, tales como, el derecho a la dignidad humana. Finalmente, la intimidad gremial se relaciona estrechamente con las libertades económicas e involucra la posibilidad de reservarse —conforme a derecho— la explotación de cierta información, siendo, sin lugar a dudas, uno de sus más importantes exponentes, el derecho a la propiedad intelectual (C.N., art. 61)<sup>319</sup>.

De acuerdo con la Corte: “Dichos grados de privacidad comprenden todo aquello relativo a la intimidad de las personas como son sus relaciones familiares, costumbres, prácticas sexuales, salud, domicilio, comunicaciones personales, los espacios para la utilización de datos a nivel informático, las creencias religiosas, los secretos profesionales y todo comportamiento del sujeto que únicamente puede llegar al conocimiento de otros, siempre y cuando el mismo individuo decida relevar autónomamente su acceso al público”<sup>320</sup>.

#### **- Maneras de vulnerar el derecho a la intimidad**

La Corte Constitucional ha dicho que son tres las maneras de vulnerar el derecho a la intimidad, a saber:

*Primera:* La intrusión o intromisión irracional en la órbita que cada persona se ha reservado;

*Segunda:* La divulgación de hechos privados;

*Tercera:* La presentación tergiversada o mentirosa de circunstancias personales, aspectos los dos últimos que rayan con los derechos a la honra y al buen nombre.<sup>321</sup>

El Código Penal (Ley 599 de 2000, artículos 220 a 228), en los Delitos contra la integridad moral, incluye la injuria y la calumnia. La injuria consiste en atribuir a una persona determinados hechos que menoscaban su dignidad en el grupo social a que pertenece, es decir, concretos comportamientos lesivos de la honra de la persona a quien se endilgan. La calumnia consiste en atribuir falsamente a determinada persona la comisión de un delito o contravención.

El artículo 222 del Código Penal trata la injuria y calumnia indirectas así: “A las penas previstas en los artículos anteriores quedará sometido quien publicare, reproducire, repitiere injuria o calumnia imputada por otro, o quien haga la imputación de modo impersonal o con las expresiones se dice, se asegura u otra semejante.

Cuando alguna de las conductas previstas en este título se cometiere utilizando cualquier medio de comunicación social u otro de divulgación colectiva o en reunión pública, las

<sup>319</sup> Cfr. C. Const., Sent. C-053 de 2001, M.P. Cristina Pardo Schelsinger.

<sup>320</sup> C. Const., Sent. T-787, ago. 18/2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>321</sup> C. Const., Sent. T-787, ago. 18/2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

penas respectivas se aumentarán de una sexta parte a la mitad. Si se cometiere por medio de escrito dirigido exclusivamente al ofendido o en su sola presencia, la pena imponible se reducirá hasta en la mitad (*C. Penal, art. 223*).

El mismo Código, en su artículo 225 estatuye que no habrá lugar a responsabilidad si el autor o partícipe de cualquiera de las conductas previstas en este título, se retractare voluntariamente antes de proferirse sentencia de primera o única instancia, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación o en el que señale el funcionario judicial, en los demás casos.

#### **- El derecho a la inviolabilidad del domicilio**

Como desarrollo del respeto a la intimidad se incluye el *derecho a la inviolabilidad del domicilio*. En efecto, el artículo 28 de la Carta dispone que el domicilio sólo podrá ser registrado “en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley”.

La primera norma que garantizó en Colombia la inviolabilidad de domicilio fue el artículo 47 del título VII de la Constitución de Cundinamarca de 1811 en la cual se estatuyó: “La habitación de todo ciudadano, sea del estado, clase o condición que fuere, es un asilo inviolable por la noche. Ningún juez o tribunal tiene facultad de allanarlo para entrar en ella sino en el caso de oír voces pidiendo socorro o de haber mandato judicial formal y por escrito...”<sup>322</sup>

Esta cláusula de la primera constitución cundinamarquesa se inspiró en el artículo 126 de la Constitución ofrecida por Napoleón en Bayona (1808) que preceptuaba: “La casa de todo habitante en el territorio de España y de Indias es un asilo inviolable; no se podrá entrar en ella sino de día y para un objeto especial determinado por una ley, o por una orden que dimanase de la autoridad pública”.

#### **El Derecho al buen nombre**

El derecho al buen nombre también se encuentra previsto en el artículo 15 de la Constitución Política, ha sido definido por la Corte Constitucional como “la reputación que acerca de una persona tienen los demás miembros de la sociedad en el medio en el cual este se desenvuelve”<sup>323</sup>.

El buen nombre es un derecho típicamente proyectivo, pues supone la constante valoración a través del tiempo de la conducta del individuo, a partir de las acciones realizadas en su esfera de convivencia. Así mismo, en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha expresado que los miembros de la sociedad juzgan los comportamientos de las personas, los evalúan y califican. Es por eso que este derecho depende única y exclusivamente de quien pretende ser el titular del mismo, pues es de acuerdo a su proceder en el medio social o de su actuar en el mundo de lo público, de donde se desprende la imagen que el resto de los individuos va a tener de él. Por consiguiente, el derecho al buen nombre, es una valoración individual y colectiva que tiene su origen en todos los actos y hechos que una persona realice, para que, a través de ellos, la comunidad realice un juicio de valor sobre su comportamiento.<sup>324</sup>

<sup>322</sup> Cfr. MADRID-MALO, Derechos fundamentales. p. 211.

<sup>323</sup> C. Const., Sent. T-787, ago. 18/2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>324</sup> Cfr. C. Const., Sent. SU-056 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Precisa la Corte que el derecho al buen nombre “no es solo un derecho proyectivo, sino también un derecho de valor, es decir, su órbita de protección depende del adecuado comportamiento del individuo dentro de la sociedad, la cual califica su conducta como intachable y, por ende, merecedora de aceptación social. De suerte que, como bien se ha expuesto por la Corte en anteriores oportunidades, el derecho al buen nombre, no se refiere únicamente al concepto que se tenga de una persona, sino también a la “buena imagen” que esta genera ante la sociedad. Por eso, para poder proceder a su protección, se exige como presupuesto indispensable el mérito, la conducta irreprochable del individuo o el reconocimiento social hacia el comportamiento del mismo”<sup>325</sup>.

### **El derecho a la honra**

Conforme al segundo inciso del artículo 2 de la Constitución, éste es uno de los valores eminentes para cuya protección están instituidas las autoridades de la república. “Con la vida y la libertad, la honra integra el grupo de aquellos intereses jurídicos originarios cuyo contenido esencial está preservado constitucionalmente por un rígido perímetro de intangibilidad, pues los tres son bienes que forman el propio ser del hombre”<sup>326</sup>.

La doctrina jurídica concibe el honor y la honra como dos fenómenos distintos: el *honor* es la estima propia que tiene todo ser humano de sí mismo; la *honra*, en cambio “es la trascendencia externa de las virtudes y valores de una determinada persona (...). El honor se identifica con el crédito moral del hombre del hombre, mientras que la honra corresponde al reconocimiento social de dicho crédito”<sup>327</sup>.

El derecho a la honra, se refiere “a la estimación o deferencia con la que cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan, en razón a su dignidad humana”<sup>328</sup>. Igualmente, ha señalado que este derecho depende de la misma persona, pues de ellas depende la forma como transfiere su imagen y son ellas las que en últimas fundamentan un criterio objetivo respecto de la honorabilidad del comportamiento del ciudadano en la sociedad.

Al referirse al núcleo del derecho a la honra, la Corte, en Sentencia T-322 de 1996, señaló que del mismo hace parte tanto, la estimación que cada individuo hace de sí mismo, como, desde una perspectiva externa, el reconocimiento que los demás hacen de la dignidad de cada persona, y expresó que para que pueda tenerse como afectado el derecho a la honra, esos dos factores debe apreciarse de manera conjunta.

### **- El Hábeas Data como garantía de los derechos al buen nombre y a la intimidad personal y familiar**

El *hábeas data* es entendido por el constituyente como el derecho de las personas a “conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y archivos de entidades públicas y privadas” y se vincula directamente con los derechos a la intimidad y buen nombre.

El *hábeas data*, también denominado *derecho a la autodeterminación informática*, se ha definido como aquél que otorga la facultad al titular de datos personales, de exigir a las administradoras de los mismos el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización, y certificación de los datos, así como la limitación en la posibilidades de

<sup>325</sup> C. Const., Sent. T-787, ago. 18/2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>326</sup> MADRID-MALO, Derechos Fundamentales. p. 215.

<sup>327</sup> Ibidem. p. 215.

<sup>328</sup> Sentencia T-411 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

divulgación, publicación o cesión de los mismos. Así las cosas, la información que obre en la base de datos, conforme al artículo 15 superior, puede ser objeto de varias acciones por parte de los ciudadanos, esto es, conocida la información pertinente, el titular puede solicitar la actualización o la rectificación; en el primero de los eventos, puede solicitar la rectificación que no es otra cosa que la concordancia del dato con la realidad, al tiempo que en la segunda hipótesis la actualización hace referencia a la vigencia del dato de tal manera que no se muestren situaciones carentes de actualidad.

#### **- Diferencia entre el *habeas data* y el derecho a la intimidad**

En el caso de las centrales informáticas a cargo de las entidades financieras, la Corte Constitucional ha sentado la tesis de que, “por estar destinadas a llevar un control directo sobre las actividades de este sector —que tiene como fin preservar los intereses económicos de la comunidad— los datos incluidos en ellas, referidos exclusivamente al manejo que hacen los individuos de sus créditos, no vulneran el derecho a la intimidad, pero sí pueden vulnerar el derecho a la autodeterminación informativa, cuando los mismos no son correctos, completos o actuales”<sup>329</sup>.

Las providencias SU-082/95 y T-176/95 establecieron que el contenido del *habeas data* se manifiesta por tres facultades concretas:

- a) El derecho a conocer las informaciones que a las personas se refieren;
- b) El derecho a actualizar tales informaciones, es decir, a ponerlas al día, agregándoles los hechos nuevos, y
- c) El derecho a ratificar las informaciones que no correspondan a la verdad.

“Para que exista una vulneración del derecho al *habeas data*, la información contenida en el archivo debe (i) haber sido recogida de manera ilegal, sin el consentimiento del titular del dato; (ii), ser errónea, o (iii) recaer sobre aspectos íntimos de la vida de su titular no susceptibles de ser conocidos públicamente.”<sup>330</sup>

La Corte Constitucional realizó un profundo análisis del derecho fundamental al *habeas data* con ocasión de una tutela sobre el acceso de datos por Internet. El camino de la delimitación empieza en el año de 1994, con la Sentencia T-229 de 1994, en la cual la Corte estableció una clara diferencia entre el derecho a la intimidad y el derecho al buen nombre. Más adelante, en el año de 1997, con la Sentencia T-557 de 1997 la Corte precisó las diferencias entre el derecho a la intimidad y el *habeas data*, después de que la relación entre ambos se había manejado como de género a especie desde el año de 1992.

Al resolver un caso acerca de la divulgación de datos personales en materia crediticia, la Corte, en la Sentencia T-552 de 1997, afirmó que si bien con tal conducta no se vulneraba el derecho a la intimidad, si se podría vulnerar el derecho a la "autodeterminación informativa" siempre y cuando los datos divulgados no fueran completos, reales o actuales. Dijo la Corte: "El derecho al *habeas data* es, entonces, un derecho claramente diferenciado del derecho a la intimidad, cuyo núcleo esencial está integrado por el derecho a la autodeterminación informativa...".

<sup>329</sup> C. Const., Sent. T-552, oct. 30/97. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>330</sup> C. Const., Sent. T-176/95, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

En la Sentencia T-414 de 1992, con ocasión del análisis de los bancos de datos en materia financiera, la Corte afirmó que "la libertad informática, consiste en la facultad de disponer de la información, de preservar la propia identidad informática, es decir, de permitir, controlar o rectificar los datos concernientes a la personalidad del titular de los mismos y que, como tales, lo identifican e individualizan ante los demás." Así mismo, en Sentencia SU-082 de 1995, la Corte estableció que "La autodeterminación informática es la facultad de la persona a la cual se refieren los datos, para autorizar su conservación, uso y circulación, de conformidad con las regulaciones legales." Y en la Sentencia T-552 de 1997, afirmó: "...el derecho a la autodeterminación informativa implica, como lo reconoce el artículo 15 de la Carta Fundamental, la facultad que tienen todas las personas de *conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas*".

### El derecho de petición

De acuerdo con el artículo 23 de la Carta: "*Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales*".

El derecho de petición es una de las libertades públicas más elementales de la persona humana y una de las más antiguas. Antecedentes importantes son la *Petición de derechos* británica del 7 de junio de 1628 y entre nosotros, como primera referencia, el movimiento de los comuneros de 1781<sup>331</sup>.

El profesor Düguit considera el derecho de petición como: "el derecho que pertenece al individuo de dirigir a los órganos o agentes públicos un escrito en el que expone opiniones, demandas o quejas. El derecho de petición es una forma de libertad de opinión". Para Alberto Hernández Mora, en la filosofía individualista de la Revolución Francesa, el derecho de petición se consideró como un derecho del hombre. En las deliberaciones de la asamblea jugó gran papel político, cuando los mismos peticionarios exponían sus *factum* ante ella. Aunque el derecho de petición no se mencionó específicamente en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, si fue incorporado expresamente en la Constitución francesa de 1791.

"La asamblea, además, votó el decreto del 22 de mayo de 1791, cuyo artículo 1 estipulaba: el derecho de petición pertenece a todo individuo. Desde entonces, cada vez que la cuestión fue debatida, el derecho de petición no ha cesado de ser considerado como un derecho natural, independiente, por consecuencia, de los derechos políticos, incluido entre los que hacen la calidad de ciudadano. Este derecho pertenece a los menores, a los condenados, las colectividades y aún a los extranjeros bajo las restricciones impuestas por el buen sentido y las exigencias de la vida social..."<sup>332</sup>.

Según el profesor Horiou: "es preciso distinguir el uso privado de la petición y el uso público o político de la petición del interés general o particular. En el uso privado se solicita a las autoridades públicas que tome en consideración los intereses particulares; en el uso público se solicita a los poderes públicos que tome en consideración un asunto público determinado"; insiste el maestro en que el derecho de petición es individual,

<sup>331</sup> Cfr. YOUNES, Op. Cit., p. 136.

<sup>332</sup> HERNÁNDEZ MORA, Alberto. El Derecho de petición. Publicaciones de la Caja Agraria. p. 137

accesible a nacionales y extranjeros, sin condición de edad ni de capacidad.

La Corte Constitucional y las demás cortes reconocen la posibilidad de acudir a la acción de tutela ante eventos de incumplimiento del derecho de petición.

El Código Contencioso Administrativo (D. 01 de 1984), desarrolla el derecho de petición de la siguiente manera:

*Capítulo II.* Del derecho de petición en interés general: peticiones escritas y verbales (*art. 5º*), término para resolver (*art. 6º*), desatención de las peticiones (*art. 7º*), desistimiento (*art. 8º*).

*Capítulo III.* Del derecho de petición en interés particular: peticiones (*art. 9º*), requisitos especiales (*art. 10*), peticiones incompletas (*art. 11*), solicitud de informaciones o documentos adicionales (*art. 12*), desistimiento (*art. 13*), citación de terceros (*art. 14*), publicidad (*art. 15*), costo de las citaciones y publicaciones (*art. 16*).

*Capítulo IV.* Del derecho de petición de informaciones: derecho a la información (*art. 17*), información general (*art. 18*), información especial y particular (*art. 19*), inaplicabilidad de las excepciones (*art. 20*), examen de los documentos (*art. 21*), plazos para decidir sanciones (*art. 22*), notificación de las decisiones y recursos (*art. 23*), costo de las copias (*art. 24*).

*Capítulo V.* Del derecho de formulación de consultas: consultas (*art. 25*), atención al público (*art. 26*).

Este Código establece los contenidos mínimos que debe tener una petición:

**ART. 5º—Peticiones escritas y verbales.** Toda persona podrá hacer peticiones respetuosas a las autoridades, verbalmente o por escrito, a través de cualquier medio. Las escritas deberán contener, por lo menos:

1. La designación de la autoridad a la que se dirigen.
2. Los nombres y apellidos completos del solicitante y de su representante o apoderado, si es el caso, con indicación del documento de identidad y de la dirección.
3. El objeto de la petición.
4. Las razones en que se apoya.
5. La relación de documentos que se acompañan.
6. La firma del peticionario, cuando fuere el caso.

Si quien presenta una petición verbal afirma no saber o no poder escribir y pide constancia de haberla presentado, el funcionario la expedirá en forma sucinta.

Las autoridades podrán exigir, en forma general, que ciertas peticiones se presenten por escrito. Para algunos de estos casos podrán elaborar formularios para que los diligencien los interesados, en todo lo que les sea aplicable, y añadan las informaciones o aclaraciones pertinentes.

A la petición escrita se podrá acompañar una copia que, autenticada por el funcionario respectivo, con anotación de la fecha de su presentación y del número y clase de los documentos anexos, tendrá el mismo valor legal del original y se devolverá al interesado. Esta autenticación no causará derecho alguno a cargo del peticionario.

En relación con el término para resolver, el Código Contencioso Administrativo establece:

**ART. 6º—Término para resolver.** *Las peticiones se resolverán o contestarán dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de su recibo. Cuando no fuere posible resolver o contestar la petición en dicho plazo, se deberá informar así al interesado, expresando los motivos de la demora y señalando a la vez la fecha en que se resolverá o dará respuesta. Cuando la petición haya sido verbal, la decisión podrá tomarse y comunicarse en la misma forma al interesado. En los demás casos será escrita.*

**- Criterios desarrollados por la jurisprudencia acerca del derecho de petición**

En la Sentencia T-1160A de 2001, la Corte Constitucional compiló los criterios desarrollados por la jurisprudencia acerca del derecho de petición, para lo cual se fundó, en buena medida, en la sistematización elaborada en la Sentencia T-377 de 2000:

“a) El derecho de petición *es fundamental* y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.

b) El *núcleo esencial* del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si esta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.

c) La *respuesta* debe cumplir con estos requisitos: 1. Oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.

d) Por lo anterior, la respuesta *no implica aceptación de lo solicitado* ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita.

e) Este derecho, por regla general, se aplica a *entidades estatales*, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las *organizaciones privadas* cuando la ley así lo determine.

f) La Corte ha considerado que cuando el derecho de petición se formula *ante particulares*, es necesario separar tres situaciones: 1. Cuando el particular presta un servicio público o cuando realiza funciones de autoridad. El derecho de petición opera igual como si se dirigiera contra la administración. 2. Cuando el derecho de petición se constituye en un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental, puede protegerse de manera inmediata. 3. Pero, si la tutela se dirige contra particulares que no actúan como autoridad, este será un derecho fundamental solamente cuando el Legislador lo reglamente.

g) En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general, se acude al artículo 6º del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el

criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha confirmado las decisiones de los jueces de instancia que ordenan responder dentro del término de 15 días, en caso de no hacerlo, la respuesta será ordenada por el juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes.

h) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición.

i) El derecho de petición también *es aplicable en la vía gubernativa*, por ser esta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta (Sent. T-294 de 1997 y T-457 de 1994)<sup>333</sup>.

En la Sentencia T-1006 de 2001<sup>334</sup>, la Corte adicionó dos reglas jurisprudenciales más:

j) La *falta de competencia* de la entidad ante quien se plantea no la exonera del deber de responder;

k) Ante la presentación de una petición, la entidad pública debe *notificar* su respuesta al interesado.

#### **- Derecho de petición frente a particulares y alcance respecto de las organizaciones privadas**

La Corte Constitucional ha clarificado que el hecho de que no se haya reglamentado el derecho de petición respecto de organizaciones privadas, no impide que en ciertas circunstancias el derecho de petición se aplique en el ámbito de las relaciones entre particulares:

Así, en la Sentencia T-001 de 1998, se precisa el alcance del derecho de petición respecto de las organizaciones privadas, desde la óptica del constituyente; este pronunciamiento fue reiterado en la Sentencia T-111 de 2002; ambas sentencias y con respecto al derecho de petición frente a organizaciones privadas, reportan los criterios de la Asamblea Nacional Constituyente del 91: “Se extendería el derecho de petición ante organizaciones particulares para garantizar los derechos fundamentales. Hasta el momento los individuos se encuentran indefensos frente a los poderes privados organizados, pues no existen conductos regulares de petición para dirigirse a ellos, cuando han tomado medidas que los afectan directamente. La extensión de este derecho a los centros de poder privado, sería una medida de protección al individuo, que le permitiría el derecho a ser oído y a ser informado sobre decisiones que le conciernen. El objetivo es democratizar las relaciones en el interior de las organizaciones particulares y entre estas y quienes dependen transitoria o permanentemente de la decisión adoptada por una organización privada”.

De acuerdo con la Corte, la respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1). oportunidad 2). Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3). Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se

<sup>333</sup> C. Const., Sent. T-466, mayo 13/2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>334</sup> C. Const., Sent. T-1006 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición (Sent. T-377/ 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Sin embargo, no es posible que terceros puedan ejercer el derecho de petición ante una empresa, para la obtención de datos, informaciones y documentos que hagan parte del ámbito de la gestión privada de la empresa y de cuyo conocimiento está excluido a dichos terceros, por no tratarse de documentos públicos a los cuales puedan tener acceso todas las personas.

El artículo 86 de la Constitución Política dispone la procedencia de la acción de tutela frente a las acciones u omisiones de cualquier autoridad pública, en el evento de que resulten conculcados derechos fundamentales de las personas. “Sin embargo, la misma disposición establece en forma excepcional la procedencia de la acción constitucional en contra de particulares, como cuando el solicitante se encuentre en un estado de subordinación e indefensión, entre otros casos. (esto) puede considerarse como una novedad en el campo del derecho público, por cuanto figuras similares previstas en otras legislaciones, no contemplan, de manera específica, que por esa vía se protejan los derechos fundamentales de los ciudadanos, en aquellos casos en que los mismos resulten vulnerados o amenazados por los particulares, en su calidad de personas naturales o jurídicas”<sup>335</sup>

### **La presunción de inocencia y el derecho al debido proceso**

La Constitución reconoce este derecho en su artículo 29, así:

*El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*

*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*

*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*

*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.*

#### **- La presunción de inocencia**

La presunción de inocencia un derecho fundamental. Este postulado cardinal de nuestro ordenamiento jurídico, no admite excepción alguna e impone como obligación la práctica de un debido proceso, de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y la ley consagran para desvirtuar su alcance.

Etimológicamente se entiende por *presumir*, suponer algo por indiscutible aunque no se encuentre probado. De acuerdo con la Corte Constitucional: “La presunción consiste en un juicio lógico del constituyente o del legislador, por virtud del cual, considera como cierto un hecho con fundamento en la reglas o máximas de la experiencia que indican el modo normal como el mismo sucede. La presunción se convierte en una guía para la valoración

<sup>335</sup> C. Const., Sent. T-100/97, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

de las pruebas, de tal manera que las mismas deben demostrar la incertidumbre en el hecho presunto o en el hecho presumido. La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario [el principio] ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige, para ser desvirtuada, la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del *in dubio pro reo*, según el cual toda duda debe resolverse a favor del acusado”<sup>336</sup>.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11, reafirma el carácter fundante de la presunción, por virtud del cual: “*Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa*”. Igualmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, vigente en Colombia a través de la Ley 16 de 1974, establece: “...*Toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...*” (art. 8º).

#### **- El debido proceso**

En el artículo 29 y en relación con el debido proceso, sobresalen importantes expresiones que se consideran principios universalmente reconocidos, son ellos:

- *Legalidad de las penas* o derecho de toda persona a no ser condenada sino por hechos que estén previstos previamente como infracción penal al momento de su comisión.

- *Legalidad de la sanción* o derecho de las personas a no ser sancionadas sino con aquellas sanciones expresamente consagradas en la ley.

- *Legalidad del juicio* derecho de toda persona a ser juzgada con arreglo al procedimiento previsto en la ley y ante juez natural y competente.

Como bien sostiene la Corte Constitucional, todo proceso consiste en el desarrollo de particulares relaciones jurídicas entre un órgano sancionador y un procesado o demandado, para buscar la efectividad del derecho material y las garantías debidas a las personas que en él intervienen. “La situación conflictiva que surge de cualquier tipo de proceso exige una regulación jurídica y una limitación de los poderes estatales, así como un respeto de los derechos y obligaciones de los individuos o partes procesales. Es decir que cuando de aplicar sanciones se trata, el debido proceso es exigente en materia de legalidad, ya que no solamente pretende que el servidor público cumpla las funciones asignadas, sino que además lo haga en la forma que lo determina el ordenamiento jurídico. (...) La verdad no se ha de investigar a cualquier precio, sino protegiendo a la persona con su dignidad, su personalidad y su desarrollo; es por ello que existe una estrecha relación entre el derecho procesal y el derecho constitucional (...). El proceso moderno se caracteriza por una progresiva y paulatina ampliación de los derechos de

---

<sup>336</sup> C. Const., Sent. C-774/2001. jul. 25/2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

defensa. Por esta razón las constituciones contemporáneas consagran en sus textos disposiciones específicas para la protección de esta garantía jurídico-procesal”.

“Los principios contenidos en el artículo 29 de la Constitución tienen como finalidad preservar el debido proceso como garantía de la libertad del ciudadano. La presunción de inocencia sólo puede ser desvirtuada mediante una mínima y suficiente actividad probatoria por parte de las autoridades represivas del Estado. Este derecho fundamental se profana si a la persona se le impone una sanción sin otorgársele la oportunidad para ser oída y ejercer plenamente su defensa. Las garantías materiales que protegen la libertad de la persona priman sobre las meras consideraciones de la eficacia de la administración”<sup>337</sup>.

#### **- Debido proceso tanto en actuaciones judiciales como administrativas**

El artículo 29 de la Constitución obliga al respeto del debido proceso no solo en las actuaciones judiciales, sino también en toda clase de actuaciones administrativas. La imposición de penas o medidas correccionales por la autoridad de policía debe sujetarse, por tanto, a las garantías procesales del derecho de defensa y contradicción y, en especial, al principio constitucional de la presunción de inocencia.

De acuerdo con la Corte: “Toda infracción merecedora de reproche punitivo tiene una misma naturaleza, como idénticas son las consecuencias, no obstante que provengan de una autoridad administrativa o jurisdiccional o que tengan origen en las diferencias formales de los trámites rituales. De consiguiente, los principios que rigen todo procedimiento deben necesariamente hacerse extensivos a todas las disciplinas sancionatorias en las que no ha existido un desarrollo doctrinal en esta materia”<sup>338</sup>.

“Si al procedimiento judicial, instancia imparcial por excelencia, son aplicables las reglas de un proceso legal justo, *a fortiori* deben ellas extenderse a las decisiones de las autoridades administrativas, en las cuales el riesgo de arbitrariedad es más alto y mayor la posibilidad de “manipular” —mediante la instrumentación personificada— el ejercicio del poder. Toda persona tiene derecho a que antes de ser sancionada se lleve a cabo un procedimiento mínimo que incluya la garantía de su defensa. La prevalencia de los derechos inalienables de la persona humana (*C.N.*, *art. 5º*), entre los que se encuentra la libertad personal, desplaza la antigua situación de privilegio de la administración y la obliga a ejercer las funciones públicas en conformidad con los fines esenciales del Estado, uno de los cuales es precisamente la garantía de eficacia de los derechos, deberes y principios consagrados en la Constitución (*C.N.*, *art. 2º*). En consecuencia, las sanciones administrativas impuestas de plano, por ser contrarias al debido proceso (*C.N.*, *art. 29*), están proscritas del ordenamiento constitucional”<sup>339</sup>.

#### **- Los principios de cosa juzgada y non bis in idem**

*Non bis in idem*, es una expresión latina que significa “no dos veces sobre lo mismo”; ésta ha sido empleada para impedir que una pretensión, resuelta mediante una decisión judicial contra la cual no cabe recurso alguno, sea presentada nuevamente ante otro juez. En otras palabras, quiere decir que no debe resolverse dos veces el mismo asunto. En sentido similar ha sido acuñado el término *cosa juzgada* entendido como aquella decisión contra la cual no cabe recurso alguno.

<sup>337</sup> C. Const., Sent. T-490, ago. 13/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>338</sup> C. Const., Sent. T-521, sep. 19/92. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>339</sup> C. Const., Sent. T-490, ago. 13/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

El fenómeno de la *cosa juzgada* ocurre “cuando entre dos procesos judiciales se presenta una serie de identidades procesales que determinan que, en el segundo juicio, al juez le resulte vedado pronunciarse sobre aquellas cuestiones sobre las que concurren las anotadas identidades. En Colombia, los criterios que permiten determinar si, en cierto caso, existe cosa juzgada se encuentran establecidos en los distintos códigos de procedimiento. Sin embargo, los “principios tutelares” —como los ha denominado el Consejo de Estado— de esta institución jurídica son los establecidos en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, los cuales son aplicables a otros procedimientos y, en especial, al contencioso administrativo. La norma señalada indica que existe cosa juzgada entre dos procesos judiciales y ésta puede ser declarada en el juicio posterior cuando: 1. Ambos procesos versan sobre el mismo objeto (*eadem res*); 2. Ambos juicios se fundan en la misma causa (*eadem causa petendi*), y 3. Existe identidad jurídica de partes (*eadem conditio personarum*) entre ambos procesos. La jurisprudencia colombiana ha estimado que, mientras los dos primeros elementos constituyen el límite objetivo de la cosa juzgada y responden, respectivamente, a las preguntas acerca de sobre qué se litiga y por qué se litiga, el último elemento constituye el límite subjetivo de la cosa juzgada”<sup>340</sup>.

Aún cuando usualmente se habla de los principios de la *cosa juzgada* y de *non bis in ídem* como dos conceptos diferenciados, es conveniente precisar que éstos se encuentran íntimamente relacionados. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sentado la siguiente doctrina: “Es posible afirmar que el principio de *non bis in ídem* constituye la aplicación del principio más general de *cosa juzgada* al ámbito del *ius puniendi*, esto es, al campo de las sanciones tanto penales como administrativas. Ciertamente, la prohibición que se derive del principio de la *cosa juzgada*, según la cual los jueces no pueden tramitar y decidir procesos judiciales con objeto y causa idénticos a los de juicios de la misma índole previamente finiquitados por otro funcionario judicial, equivale, en materia sancionatoria, a la prohibición de “someter dos veces a juicio penal a una persona por un mismo hecho, independientemente de si fue condenada o absuelta, que se erige en el impedimento fundamental que a jueces y funcionarios con capacidad punitiva impone el principio de *non bis in ídem*”<sup>341</sup>.

En relación con las características generales de estos principios constitucionales, la Corte ha manifestado que “constituyen una emanación de los valores de justicia material y de seguridad jurídica. Como quiera que el significado primigenio de los principios de *non bis in ídem* y de *cosa juzgada* consiste en impedir que los hechos o conductas debatidos y resueltos en un determinado proceso judicial vuelvan a ser discutidos por otro funcionario en un juicio posterior (...)”<sup>342</sup>.

En efecto, la jurisprudencia señala que debe tratarse de motivos idénticos, de juicios idénticos, del mismo hecho, del mismo asunto o de identidad de objeto y causa.

### 3.5.2.7. Del reconocimiento a la búsqueda de efectividad de los derechos

#### 3.5.2.7.1. Los mecanismos jurídicos internos para la efectividad de los derechos

Como sostiene la doctrina, no sería pedagógico ni justo dejar de lado lo que ocurría antes de incluirse en nuestra Carta acciones especiales —como la acción de tutela— para la defensa de los derechos. En efecto, desde tiempos antiguos se ha utilizado la *jurisdicción, con distintos niveles de efectividad*, como potestad de administrar justicia; es decir la

<sup>340</sup> C. Const., Sent. T-162, abr. 30/98. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>341</sup> C. Const., Sent. T-162, abr. 30/98. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>342</sup> C. Const., Sent. T-162, abr. 30/98. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

“facultad para dirimir con fuerza obligatoria o vinculante las controversias surgidas entre las personas naturales o jurídicas sometidas a su control. Se trata de un poder autónomo del Estado para realizar o garantizar el derecho.”<sup>343</sup>

Como garantía de su efectividad, la acción de la autoridad pública se manifiesta de dos maneras:

1) En su función *preventiva*, “que es la forma directa para asegurar el respeto del derecho, impidiendo, con los medios pertinentes la ejecución, por parte de los individuos, de actos que puedan violarlo”.

2) En su función *represiva* o “forma indirecta de protección del derecho, interviniendo después de la ocurrencia de los hechos violatorios, a fin de restablecer el equilibrio alterado y sancionar al infractor”<sup>344</sup>.

Las sanciones, por su parte, constituyen las consecuencias desfavorables para el autor de la trasgresión, aplicadas por la autoridad y destinadas a reparar y/o reprimir la falta.

Las sanciones pueden a su vez ser de carácter *represivo* e implican variedad de medidas aplicadas al sujeto o sujetos trasgresores que implican afectación de valores como la vida (pena de muerte, donde es admitida), la libertad (arresto, prisión, etc.), la honra o el patrimonio (multas, confiscaciones), y pueden implicar, además, interdicción de derechos políticos.

No sobra recordar que el ordenamiento jurídico colombiano no permite ningún tipo de sanción o pena que implique afección de la integridad psico-física de las personas (torturas, desaparición forzada, penas crueles, inhumanas o degradantes de los individuos), ni tampoco la pena de muerte, la esclavitud, el destierro, la prisión perpetua o la confiscación (*C.P.*, arts. 11, 12, 17, 34, 35).

Las *sanciones restitutivas*, por su parte, “miran a reparar la afección que en su patrimonio moral o material ha sufrido el individuo perjudicado con la violación del derecho, ya sea restableciendo la situación alterada con la infracción o tornando las cosas al estado en que se hallaban antes de la ocurrencia de esta”<sup>345</sup>

Desde el punto de vista de la organización judicial del país, encargada principal de la función jurisdiccional, se estructura la llamada *jurisdicción ordinaria* o común, de la cual hacen parte la jurisdicción civil, penal y la laboral. Pero existen además, otras jurisdicciones, tales como la *jurisdicción contencioso-administrativa* “instituida para juzgar las controversias originadas en actos y hechos administrativos de la entidades públicas y de las entidades privadas que cumplen funciones públicas”<sup>346</sup> (*C.P.*; art. 237); la *jurisdicción penal militar* (*C.P.*, art. 116), la *jurisdicción eclesiástica*, la *jurisdicción coactiva* que conoce de las ejecuciones con títulos fiscales para el cobro de créditos a favor de la entidades públicas; aquí se incluye además la *jurisdicción indígena* (*C.P.*, art. 246).

La *jurisdicción constitucional*, por su parte, está constituida por el conjunto de tribunales encargados por la constitución de ejercer el control jurisdiccional de constitucionalidad

<sup>343</sup> Cfr. Madrid-Malo, Mario. Diccionario Jurídico Colombiano. Bogotá., Legis, 1988. p.303

<sup>344</sup> GONZALEZ RAMÍREZ, Augusto. Introducción al Derecho, 6ª ed. Bogotá, 1997, p. 35.

<sup>345</sup> GONZALEZ RAMÍREZ, Augusto. Introducción al Derecho, 6ª ed. Bogotá, 1997, p. 37.

<sup>346</sup> Madrid-Malo. Diccionario... , p. 303.

sobre las normas que expide el Estado. Estos tribunales son la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado y desde 1991 la Corte Constitucional (C.P., art. 239).

### ***Evolución histórica de las instituciones y mecanismos de protección de los derechos***

Es necesario recordar que los mecanismos jurídicos para la protección de los derechos, aunque no con la misma eficacia ni bajo los mismos criterios democráticos, han existido desde tiempos remotos, incluso antes de la configuración de los Estados como hoy los conocemos. También es necesario reconocer que muchas veces esa defensa se ha hecho por la fuerza, mediante acciones violentas, revoluciones que casi siempre reivindicaban uno o mas derechos y que, de resultar triunfantes, dejaban constancia y punto de referencia de esas aspiraciones y conquistas en las cartas constitucionales correspondientes. Como ejemplo nos remitimos a los antecedentes del constitucionalismo que hemos presentado en las unidades anteriores, tanto para el mundo como para Colombia.

En nuestra vida estatal y desde las primeras constituciones derivadas de la *Declaración de independencia*, se han manifestado esas preocupaciones por la eficacia de los derechos a través de distintos procedimientos e instituciones. A continuación presentaremos algunas de las etapas e instituciones sobresalientes de esa evolución:

- La **Constitución de Cundinamarca de 1811** estableció un *Senado de censura y protección* para que, de oficio o a solicitud de cualquier ciudadano, sostuviera la Constitución y los derechos del pueblo y evitará usurpaciones o infracciones de cualesquiera de los poderes establecidos: ejecutivo, legislativo y judicial, contrarios al tenor de la Constitución (*Art. 9*)

- La **Constitución de la República de Cundinamarca de 1812** dio al Senado el carácter de *conservador de la Constitución*. La de Cartagena le otorgó similares facultades;

- La **Carta de 1821**, para efectos de la más pronta y fácil administración de justicia, concede facultades al Congreso para establecer en toda la República las cortes superiores que juzgue necesarias, asignándoles el territorio al que se extienda su respectiva jurisdicción y los lugares de su residencia (*art. 148*). La Carta también garantiza la permanencia de los juzgados inferiores establecidos para las distintas causas (*art. 156*).

Se reconoce además *“la libertad que tienen los ciudadanos de reclamar sus derechos ante los depositarios de la autoridad pública, con la moderación y respeto debidos, en ningún tiempo será impedida ni limitada. Todos, por el contrario, deberán hallar un remedio pronto y seguro, con arreglo a las leyes, de las injurias y daños que sufrieren en sus personas, en sus propiedades, en su honor y estimación”* (*art. 157*).

- La **Constitución de 1830** establece que la Alta Corte de Justicia tiene entre otras atribuciones: *“(…) 9. Oír las dudas de los Tribunales Superiores, sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Congreso por conducto de Poder Ejecutivo”* (*art. 110*).

Su artículo 14 disponía que para gozar de los derechos de ciudadano se necesitaba:

1. Ser colombiano;
2. Ser casado o mayor de 21 años;
3. Saber leer y escribir; pero esta condición no será obligatoria hasta el año de 1840;

4. Tener una propiedad raíz, cuyo valor libre alcance a trescientos pesos, o en su defecto ejercer alguna profesión o industria que produzca una renta anual de ciento cincuenta pesos, sin sujeción a otro, en calidad de sirviente doméstico o jornalero.

Su artículo 15 disponía que el goce de los derechos del ciudadano se perdía:

1. Por admitir empleo de otra nación sin permiso del Gobierno, siendo empleado de Colombia;
2. Por comprometerse al servicio de naciones enemigas de Colombia;
3. A virtud de sentencia en que se imponga pena aflictiva o infamante, mientras no se obtenga rehabilitación.

Y el artículo 16, que el goce de los derechos del ciudadano se suspendía:

1. Por naturalizarse en país extranjero;
2. Por enajenación mental;
3. Por la condición de sirviente doméstico;
4. Por deuda de plazo cumplido a los fondos nacionales o municipales;
5. En los vagos declarados tales;
6. En los ebrios por costumbre;
7. En los deudores fallidos;
8. En los que tengan criminal pendiente, después de decretada la prisión;
9. Por interdicción judicial.

- La **Constitución de 1832**, por su parte, establecía que la justicia se administraba por una Corte Suprema de Justicia, y los demás tribunales y juzgados que la ley estableciera (*art. 130*); y que "Para facilitar a los pueblos la más pronta administración de justicia, se dividirá el territorio del Estado en distritos judiciales, en los cuales se establecerán tribunales, cuyas atribuciones y número de sus miembros designará la ley" (*art. 139*).

Es interesante anotar que los miembros de estos tribunales eran nombrados por el Poder Ejecutivo, con previo acuerdo y consentimiento del Consejo de Estado, y a propuesta en terna de la Corte Suprema de Justicia, la cual elevaba estas propuestas con base en las listas remitidas por las respectivas cámaras de provincia, de donde eran tomados los candidatos propuestos (*art. 141*).

- La **Constitución de 1843** mantiene el sistema del Poder Judicial ejercido por la Corte Suprema de Justicia, por los tribunales superiores de distrito, y por los demás tribunales o juzgados creados por la ley. (*Art. 119*).

En su artículo 129 concede a la ley la facultad de crear los demás tribunales o juzgados que sean necesarios para la administración de justicia, y para determinar las atribuciones que a cada uno correspondan, las cualidades que deben tener los que los componen, la autoridad que deba nombrarlos, y la duración en sus destinos.

De acuerdo con esta Carta, el ejercicio de los derechos de ciudadano se suspendía (*art. 10*):

1. En los que tengan causa criminal abierta, por delito a que pueda imponerse pena corporal o infamante;
2. En los deudores de plazo cumplido a la hacienda nacional, o a cualesquiera otros fondos públicos;
3. En los que se hallen en estado de enajenación mental;
4. Por interdicción judicial.

Los derechos de ciudadano se perdían (*art. 11*):

1. Por haber sido condenado en juicio a pena corporal o infamante, mientras no se obtenga rehabilitación;
2. Por vender su sufragio o voto, o comprar el de otro, en cualquiera de las elecciones prescritas por esta Constitución o por la ley.
3. Por naturalizarse en país extranjero.

- Con la **Carta de 1853** se le dio a la Corte Suprema de la Nación, la atribución de resolver sobre la nulidad de las ordenanzas municipales contrarias a la Constitución y a las leyes de la República,

- En **1858** –con un Estado federal-, se estableció que correspondía a la Corte Suprema suspender la ejecución de los actos de la legislatura de los Estados, en cuanto éstos fueran contrarios a la Constitución o a las leyes de la Confederación, para luego dar cuenta de la suspensión al Senado, para que éste decidiera definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos (*art. 50*).

- La **Constitución de Ríonegro de 1863** estableció que la Corte Suprema de Justicia podía suspender, por unanimidad de votos, a solicitud del Procurador General o de cualquier ciudadano, la ejecución de los actos legislativos de las asambleas de los Estados, en cuanto fueren contrarios a la Constitución o a las leyes de la Unión. Al Senado –que representaba a los estados soberanos- correspondía decidir definitivamente sobre la nulidad de tales actos” (*art. 72*).

Esta Carta estableció, además, que “El Poder Judicial se ejerce por el Senado, por una Corte Suprema federal, por los Tribunales y Juzgados de los Estados, y por los que se establezcan en los territorios que deban regirse por legislación especial” (*art. 69*).

#### - La Carta de 1886

Recordemos que en 1885 Núñez dictó el decreto de citación al Consejo Nacional de Delegatarios y que los jefes civiles y militares nombraron a 18 delegatarios pertenecientes al partido conservador, sin representación alguna del liberalismo<sup>347</sup>.

Los tres proyectos que se presentaron inicialmente eran -todos ellos- de corte federalista, por lo que fueron archivados; en su lugar se presentó un cuarto proyecto por Miguel Antonio Caro. El 4 de agosto de 1886 se expide la nueva Constitución. El nuevo estatuto enunciaba en su Título III los derechos civiles y las garantías sociales. Ratificó que no habría esclavos en Colombia, mantuvo los criterios de inviolabilidad de la propiedad y el derecho de petición, junto con los principios del derecho penal de que no habría delito ni pena sin previa ley que los consagrara, pero también estableció que ello no era óbice para que “*el Gobierno pueda retener ante graves motivos para temer perturbación del orden público... a las personas contra quienes haya graves indicios que atentan contra la paz pública*” (*art. 28*), convirtiendo la intención inicial, en la práctica, en letra muerta.

En el artículo 121 se establecen facultades extraordinarias para el Presidente. Adicionalmente, en materia de libertad de prensa, “Como Núñez se oponía tanto a la libertad de prensa como a la de enseñanza fue preciso expedir un artículo transitorio, el K, de acuerdo con el cual: “mientras no se expida la Ley de Imprenta, el Gobierno queda facultado para prevenir y reprimir los abusos de la prensa”, lo cual significó en el fondo, la

---

<sup>347</sup> Cfr. SALAZAR CACERES, op. cit. p. 87.



supresión de la libertad de prensa, y las medidas restrictivas que se sucedieron, que se tradujeron en clausura de periódicos y sanciones para los editores”<sup>348</sup>

La Ley 153 de 1888, en desarrollo de la Carta, establecía en su artículo 6° el principio de que toda ley se *presume* constitucional y por tanto debía cumplirse, lo cual implicó en algunos casos la conculcación por parte del legislador de los derechos civiles y garantías sociales consignados en el Título III de la Carta. También en 1888 se expidió la “Ley de los Caballos” por la cual se facultaba al presidente para que administrativamente previniera y reprimiera los delitos relacionados con el orden público.

En síntesis y en la práctica, el ejercicio de los derechos estuvo caracterizado con esta Carta por una menor protección, por la posibilidad de establecer detenciones administrativas y por la prevalencia de la ley sobre la Constitución, junto con el establecimiento de fuertes limitaciones a algunos derechos.

Algunas de estas medidas en materia de derechos serían atenuadas con las reformas introducidas a la Carta de 1886 en los años de 1905, 1906, 1932 y 1957 principalmente, especialmente en materia de derechos políticos.

### **La Carta de 1991 y la búsqueda de efectividad para los derechos**

Hemos manifestado que nuestro sistema jurídico siempre ha contado con instrumentos para garantizar, ya sea directa o indirectamente, y de una forma más o menos eficaz, la gran mayoría de los derechos fundamentales; pero esa misma administración de justicia ha tenido la tendencia a la lentitud, al formalismo, con inclinación a convertirse en algo mecánico y hasta cierto punto ineficaz.

En la Carta de 1886 la presencia de los derechos humanos era prácticamente una formalidad, pues los derechos sólo tenían valor si eran reconocidos en las leyes; la nueva Carta produce una trascendental modificación: las leyes tienen valor siempre que respeten los derechos fundamentales, especialmente aquellos establecidos en la Constitución.

La Carta de 1991, buscando respuesta a estas inquietudes, mantuvo las tradicionales mecanismos del Estado de Derecho, su llamada *jurisdicción ordinaria*, conservó algunas acciones especiales o extraordinarias de defensa, como el *hábeas corpus* y generó nuevas figuras jurídicas como la acción de tutela, las acciones populares y la acción de cumplimiento; cada una de ellas con características específicas.

Aspecto fundamental a tener en cuenta es que la necesidad de las acciones de defensa se produce previo reconocimiento de la existencia de los derechos humanos. Primero es la vigencia de los mismos, su reconocimiento como algo consustancial al hombre; luego vienen los instrumentos para garantizar su eficacia, es decir, las acciones establecidas por las sociedades organizadas para protegerlos.

Algunos analistas, sin embargo, consideran que frente a la aguda crisis de las instituciones estas nuevas acciones jurídicas son más bien un distractor para paliar las angustias de la gran masa de la población y su necesidad de justicia. Lo cierto es que la aparición de la figura jurídica de la tutela se dio en circunstancias de preocupante violación de los derechos humanos, generando debates sobre el verdadero valor

---

<sup>348</sup> SALAZAR CÁCERES, Op. Cit., p. 93.

normativo y efectivo de la Constitución y la carencia de mecanismos idóneos para la protección de los derechos fundamentales y sus resultados han aclarado un poco el panorama y beneficiado a varias personas perjudicadas con la flagrante violación de sus derechos fundamentales.

**a) El ejercicio de los derechos en condiciones políticas normales**

Dentro de las circunstancias normales, son la Constitución y las leyes las encargadas de señalar el cuadro normativo de las diferentes libertades; excepcionalmente el órgano ejecutivo está autorizado para reglamentar una libertad o un derecho. Tenemos así que a pesar del principio de la reserva legislativa, el poder de policía de las autoridades administrativas, que existe para la conservación del orden público (seguridad, tranquilidad y salubridad públicas), permite al ejecutivo penetrar en ciertos aspectos secundarios de las libertades públicas<sup>349</sup>.

**b) El ejercicio en condiciones de excepción o emergencia**

Las circunstancias de la guerra y otras de orden interno que atenten contra la estabilidad del Estado, pueden generar apremio, y suelen dar lugar en los diferentes regímenes políticos, a poderes, siempre constitucionales, pero excepcionales, para remover las causas del desorden y restablecer las condiciones normales de la vida política. En efecto dentro de estas etapas de anormalidad pueden presentarse restricciones a las libertades y derechos y el órgano ejecutivo puede estar investido de facultades de control de libertades que ordinariamente correspondería manejar al legislador<sup>350</sup>. Bajo esta situación se pueden tomar y en efecto se han tomado medidas relacionadas por ejemplo con la libertad de información.

**Las responsabilidades en el mantenimiento de la vigencia de los derechos**

La jurisprudencia de la Corte Constitucional confirma que tanto el Estado, como los particulares tienen obligaciones en la materia: En este sentido, sostiene la Corte:

"En el Estado Social de Derecho -que reconoce el rompimiento de las categorías clásicas del Estado liberal y se centra en la protección de la persona humana atendiendo sus condiciones reales al interior de la sociedad y no del individuo abstracto- los derechos fundamentales adquieren una *dimensión objetiva*, más allá del derecho subjetivo que se reconoce a los ciudadanos; estos derechos conforman lo que se denomina como el *orden público constitucional*, cuya fuerza vinculante no se limita a la conducta entre el Estado y los particulares, sino que se extiende a la órbita de acción de estos últimos entre sí.

"En consecuencia, el Estado está obligado a hacer extensiva la fuerza vinculante de los derechos fundamentales a las relaciones privadas; el *Estado legislador* debe dar eficacia a los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado; el *Estado juez* debe interpretar el derecho siempre a través de la óptica de los derechos fundamentales.

"Ahora bien, en última instancia, el responsable de mantener la vigencia de los derechos fundamentales es el Estado. Es él quien tiene la tarea de establecer las normas que regulen -acorde con los derechos fundamentales- las relaciones privadas, así como sancionar las conductas que lesionen los derechos y todo ello de forma eficaz y diligente.

"La inobservancia de los derechos constitucionales fundamentales por parte del Estado

---

<sup>349</sup> Cfr. VIDAL PERDOMO. Op. Cit. p. 250.

<sup>350</sup> Ibidem.

produce, sin embargo, consecuencias distintas a las de la inobservancia proveniente de los particulares. Esta distinción se debe a razones éticas, políticas y jurídicas.

"*Éticas*, por cuanto el Estado Social de Derecho es un instrumento creado para facilitar la convivencia a partir del respeto de los derechos fundamentales. Así, el instrumento no se entiende ni se explica sin él fundamentó ético que lo legitima, y que constituye por tanto el fin de su acción: la garantía y el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana. El principio moral que justifica la existencia del Estado constitucional no puede ser entonces desconocido, a ningún título y bajo ninguna justificación por el propio Estado, so pena de variar de hecho su naturaleza y perder su legitimidad. Por tanto, una violación de derechos constitucionales fundamentales proveniente del instrumento creado precisamente para que esas violaciones no ocurran, reviste una gravedad suprema que lo hace acreedor de una responsabilidad mayor.

"En términos *políticos*, y estrechamente relacionado con lo anterior, es innegable que la base de legitimidad del poder del Estado, de la existencia de lo político y del respeto y obediencia ciudadana a los mandatos de las autoridades públicas, lo constituye el respeto, la garantía y la promoción de los derechos constitucionales fundamentales. Un Estado que vulnera los derechos constitucionales fundamentales es un Estado deslegitimado, que pierde su derecho a ejercer el poder.

"Y por último -como consecuencia de las responsabilidades éticas y política del Estado- las *normas jurídicas* establecen, en primer lugar, que el poder público es el principal responsable por la guarda de los derechos, y en segundo lugar, como efecto de lo anterior, un grado mayor de responsabilidad, así como una sanción mucho más grave y estricta frente a las violaciones de los derechos por parte de las autoridades estatales.

"Es por esto que la propia Carta (*art. 2*), señala en forma categórica el fin del Estado: *garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes fundamentales, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo* y proscribiendo su suspensión incluso durante los estados de excepción. El constituyente dio la más alta fuerza normativa a una concepción ética del ejercicio del poder, según la cual, nada está por encima del respeto y garantía de los derechos humanos y las libertades fundamentales, ni siquiera durante los estados de excepción.

"Es tan cierto que las normas constitucionales generan un mayor grado de responsabilidad del Estado que -según el art. 6- los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la constitución y las leyes, mientras que las autoridades públicas lo son por la misma causa y, además, por omisión o extralimitaciones del ejercicio de sus funciones (...).

"A la luz de las anteriores consideraciones, el *principio de eficacia* de los derechos constitucionales fundamentales, hace que el Estado tenga una doble responsabilidad con respecto a ellos: por un lado, cuando los viola directamente: es el caso del agente de un organismo de seguridad que mata, tortura o lesiona en el ejercicio abusivo de sus funciones; es el caso del funcionario que omite dar cumplimiento al derecho de petición; el de la autoridad que, de manera arbitraria, restringe la libertad del ciudadano en cualquiera de sus modalidades.

"Pero, por otro lado, el Estado tiene una responsabilidad en relación con los derechos constitucionales fundamentales cuando, de manera estructural, opera negligentemente,

esto es: cuando no administra justicia de manera eficiente; cuando no legisla en relación con los derechos, de tal manera que el ciudadano carezca de instrumentos legales para defenderse de abusos y violaciones; cuando la administración sólo actúa en favor de intereses particulares<sup>351</sup>.

No sobra agregar que la Carta también incluye para ciertos casos específicos una serie de responsabilidades en cabeza de grupos específicos; por ejemplo, en relación con el derecho a la educación, en su artículo 67, inciso tercero, dispone: “El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica”.

### **La protección de los derechos colectivos**

La concepción jurídica de los derechos ha tenido por siglos su centro de gravedad en la idea de derecho subjetivo; esto es, en una facultad o prerrogativa otorgada por el derecho y que responde a la naturaleza misma del hombre. Una de las implicaciones más problemáticas de las nuevas relaciones impuestas por el Estado social de derecho, tiene que ver con el surgimiento de otro tipo de derechos construidos bajo categorías diferentes a la de los derechos subjetivos.

De acuerdo con la Corte Constitucional, “Estos nuevos derechos han sido denominados con términos tales como derechos difusos o derechos colectivos, términos que ponen de presente la independencia del derecho frente al sujeto. La existencia de estos derechos plantea serios problemas técnicos al sistema jurídico, que pueden ser resumidos en la dificultad para conciliar su eficacia con los propósitos de seguridad jurídica indispensables en el derecho. Esta dificultad se manifiesta concretamente en la delimitación del concepto de violación y de bien jurídico protegido.

En el Estado liberal clásico los derechos violados eran siempre derechos del individuo; todo lo relacionado con intereses colectivos tenía trámite en el proceso político que finalmente conducía a la elección de representantes y a la expedición de leyes. En la democracia participativa, se plantea la posibilidad de que el ciudadano, sin la intermediación de sus representantes, se convierta en vocero efectivo de intereses generales o comunitarios. Esta posibilidad representa una ventaja democrática en relación con el sistema anterior, en la medida en que el trámite del derecho se encuentra al alcance de los ciudadanos; sin embargo, su misma vinculación con los intereses colectivos y por ello mismo, su similitud con cuestiones políticas hace difícil su tratamiento jurídico. En todo caso, de esta dificultad no se puede derivar una falta de importancia: los últimos decenios de la historia mundial han puesto en evidencia el hecho de que los grandes riesgos que afectan a las comunidades —e incluso pueden poner en peligro su supervivencia— ya no se limitan a la confrontación bélica o a la dominación tiránica por parte de los gobernantes. La dinámica misma del comercio, de la industria y en general de la actividad económica capitalista, puede convertirse en la causa de males tan graves o peores que aquellos que resultan de la violación de derechos subjetivos (...).

“Ahora bien —continúa la Corte—, la importancia de estos derechos y su carácter difuso han hecho indispensable la invención de nuevos mecanismos de protección. En vista de la imposibilidad de prever, en abstracto y a priori, tal como lo hace la ley, la totalidad de los elementos de juicio necesarios para delimitar la violación de estos derechos, su carácter

---

<sup>351</sup> C. Const. S. Plena . Sent. C-587, nov. 12/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

de fundamental sólo puede ser definido en concreto, con base en las circunstancias propias del caso y, por lo tanto, esta labor le corresponde al juez. Los principios y valores constitucionales y las características de los hechos adquieren aquí una importancia excepcional. Mientras que en el caso de los derechos fundamentales de aplicación inmediata se suelen mirar los hechos bajo la óptica de la norma, en el caso de los derechos difusos, la norma constitucional que los consagra y su *status* de derecho fundamental se descubre bajo la óptica de los valores, de los principios y de las circunstancias del caso.

La conexión que los derechos colectivos pueden presentar, en el caso concreto, con otros derechos fundamentales, puede ser de tal naturaleza que sin la debida protección de aquéllos, éstos prácticamente desaparecerían o se haría imposible una protección eficaz. En estos casos se requiere una interpretación global de los principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos colectivos, para fundamentar debidamente, una decisión judicial. Un derecho fundamental de aplicación inmediata que aparece como insuficiente para respaldar una decisión, puede llegar a ser suficiente si se combina con un principio o con un derecho de tipo social o cultural, y viceversa. Esto se debe a que la eficacia de las normas constitucionales no está claramente definida cuando se analiza a priori, en abstracto, antes de entrar en relación con los hechos<sup>352</sup>.

### Los mecanismos jurídicos especiales para la efectividad de los derechos

Al inicio analizamos las instituciones y mecanismos de la llamada *jurisdicción ordinaria* en la defensa de los derechos, a esos comentarios nos remitimos. No sobra recordar que existe, de larga tradición y no sólo en Colombia, la posibilidad de acudir a esas vías judiciales ordinarias en incontables situaciones, solicitando la intervención de los jueces para la aclaración de un derecho controvertido. Estas acciones genéricas, reguladas en los códigos, implican la reclamación de derechos específicos: Se incluyen, entre otras: la acción posesoria, la reivindicatoria, la ejecutiva, la civil, la laboral, la penal o la administrativa. De acuerdo con la Carta, cualquier persona por sí o por medio de apoderado puede solicitar del Estado la resolución de controversias, la definición de situaciones jurídicas o la aplicación de sanciones a la violación de sus derechos, por medio de pronunciamientos definitivos (sentencias), precisamente en ejercicio de la función judicial (*C.P., art. 228*).

Sin embargo, la crisis institucional, política, social y moral de nuestro país también alcanzó la administración de justicia y por ello la sociedad estaba la espera de nuevas formas de justicia pronta y real, especialmente en relación con sus derechos fundamentales desprotegidos. En estos apartes analizaremos las acciones e instituciones especialmente destinadas a este propósito.

#### - Las acciones especiales

Para hacer efectivos estos derechos, la Constitución de 1991 mantiene unas acciones especiales como el *habeas corpus* e introduce otras nuevas, en cabeza de cualquier persona, es decir que se trata de *acciones públicas*; entre ellas se cuentan las siguientes:

##### a) El *hábeas corpus*

El *hábeas corpus* es un procedimiento especial por medio del cual se protege el derecho fundamental a la libertad, es una herramienta jurídica contra las detenciones arbitrarias. Esta es la más veloz de nuestras acciones jurídicas y se encuentra consagrada en el

---

<sup>352</sup> C. Const., Sent. T-415, jun. 17/92, M.P. Ciro Angarita Barón.

artículo 30 de la Constitución, así:

*ART. 30.—Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el habeas corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas.*

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional: “la libertad es consustancial a la democracia. El hábeas corpus es propiamente una garantía de todas las personas que creen estar privadas de su libertad ilegalmente para suscitar el examen de su situación jurídica por la autoridad judicial (C.N., art. 30). (...) El Constituyente elevó el recurso de *hábeas corpus* a la naturaleza de derecho fundamental (C.N., arts. 30, 85 y 282-3). De esta forma se pretendió otorgar mayor garantía constitucional a este mecanismo procesal.

#### **- Núcleo esencial del derecho al hábeas corpus**

De acuerdo con la Corte: “El derecho a invocar el *hábeas corpus* asegura a la persona la posibilidad de que un juez evalúe la situación jurídica por la cual se encuentra privada de la libertad. El interés protegido en forma mediata es la libertad, pero el interés inmediato es el efectivo examen jurídico-procesal de la actuación de la autoridad. Precisamente porque el control de legalidad de la detención es una garantía especial de la libertad, la decisión que resuelve el *hábeas corpus* no es susceptible de impugnación, ni resulta procedente el ejercicio del recurso frente a los mismos hechos que generaron la interposición de la acción (...). El procedimiento establecido en la ley para presentar, tramitar y decidir las solicitudes de *hábeas corpus*, tiene por objeto asegurar la efectividad del derecho fundamental a la libertad (C.N., art. 30). Las restricciones de hecho a su ejercicio, la no concesión del recurso que es objetivamente procedente o el incumplimiento de la decisión favorable al solicitante como consecuencia de medidas tendientes a impedir la libertad de la persona, son actos u omisiones que desconocen el núcleo esencial de este derecho fundamental”<sup>353</sup>.

#### **b) Acción de inconstitucionalidad o inexecutable:**

Por medio de esta acción, cualquier ciudadano puede demandar ante la Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad ya sea a) de los actos reformativos de la Constitución, b) de las leyes, y c) de los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno cuando ejerce facultades extraordinarias o adopta planes nacionales de desarrollo e inversiones, cuando se los considere violatorios de la Carta constitucional (C.P., art. 241). No debe confundirse esta acción con la *excepción de inconstitucionalidad* que se encuentra consagrada en el artículo 4° de la Carta de 1991 y de la cual se puede hacer uso en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, de forma tal que los jueces y autoridades administrativas deberán aplicar, de preferencia, la norma constitucional.

#### **b) Acción de nulidad:**

Es acción que tiene toda persona para solicitar la anulación de un acto administrativo que infrinja la Constitución, la ley u otro estatuto jurídico superior (C.P., art. 237); Se encuentra reglamentada en el Código Contencioso Administrativo.

#### **c) Las acciones populares y del grupo**

---

<sup>353</sup> C. Const., Sent. T-46, feb. 15/93. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Como una de las tantas innovaciones introducidas por la Carta Política de 1991 al régimen constitucional colombiano de protección judicial de los derechos de las personas, aparecen en los incisos primero y segundo del artículo 88 de la Constitución el concepto de acciones populares con fines concretos y el de acciones de clase o de grupo, y lo hizo en el artículo 88, así

*La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.*

*También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.*

*Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos*

La Ley 472 de 1998 desarrolló este artículo constitucional reafirmando que tales acciones tienen por finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza, definidos en la ley, cuando éstos sean agraviados por acción u omisión del Estado o de los particulares. Su titularidad recae en cualquiera de los miembros del grupo afectado.

#### **- Características específicas de las acciones populares**

Las acciones populares no son desconocidas en nuestro medio. Hoy ocupan un lugar preeminente que irradia con sus proyecciones constitucionales una nueva dinámica al derecho público colombiano; de acuerdo con la Corte, "esto significa, principalmente, que aquéllas dejarán de estar en el olvido y que tanto jueces como ciudadanos en general, podrán ahora usarlas con mayor efectividad que antes. La Corte Constitucional advierte que se hace necesario promover entre los ciudadanos y los operadores del derecho una sólida conciencia cívica para dar a estas previsiones el impulso práctico que merecen en favor de la vigencia de la Carta y de los cometidos garantísticos señalados por el constituyente.

2. En este orden de ideas, es de observar que el inciso primero del artículo 88 de la Carta, que consagra las denominadas acciones populares como otro de los instrumentos de defensa judicial de los derechos de las personas, señala también el ámbito material y jurídico de su procedencia en razón de la naturaleza de los bienes que se pueden perseguir y proteger a través de ellas; ellas aparecen previstas para operar dentro del marco de los derechos e intereses colectivos que son específicamente, el patrimonio público, el espacio público y la salubridad pública. Igualmente, son objetos y bienes jurídicos perseguibles y protegidos por virtud de estas acciones, la moral administrativa, el ambiente y la libre competencia económica. Sin embargo, esta lista no es taxativa sino enunciativa y deja dentro de las competencias del legislador la definición de otros bienes jurídicos de la misma categoría y naturaleza.

3. Queda claro, pues, que estas acciones, aunque estén previstas para la preservación y protección de determinados derechos e intereses colectivos, pueden abarcar otros derechos de similar naturaleza, siempre que estos sean definidos por la ley conforme a la Constitución, y no contraríen la finalidad pública o colectiva y concreta a que quedan circunscritas tales acciones, por sustanciales razones de lógica jurídica.

4. También se desprende de lo anterior que las acciones populares aunque se enderecen a la protección y amparo judicial de estos concretos intereses y derechos colectivos, no pueden establecerse ni ejercerse para perseguir la reparación subjetiva o plural de los eventuales daños que pueda causar la acción o la omisión de la autoridad pública o del particular sobre ellos; para estos últimos fines el constituyente erigió el instituto de las acciones de grupo o de clase y conservó las acciones ordinarias o especializadas y la acción de tutela.

Dentro de este ámbito, a lo sumo, podría establecerse en la ley, como consecuencia de su ejercicio y del reconocimiento de su procedencia una recompensa o premio a quien en nombre y con miras en el interés colectivo la promueva.

Además, la Carta señala la posibilidad de establecer por vía legislativa los casos de responsabilidad civil objetiva por daños inferidos a los derechos e intereses colectivos, los que pueden reclamarse —se repite— en ejercicio de las acciones ordinarias que procuran la indemnización o reparación individual y/o de las de grupo o de clase, que obedecen a la lógica de los intereses difusos y permiten especiales modalidades de tramitación del proceso y de ejecución del fallo.

5. Característica fundamental de las acciones populares previstas en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Nacional, es la de que permite su ejercicio pleno con carácter preventivo, pues, los fines públicos y colectivos que las inspiran, no dejan duda al respecto. En consecuencia, no es, ni puede ser requisito para su ejercicio el que exista un daño o perjuicio sobre los derechos que se pueden amparar a través de ellas.

Desde sus más remotos y clásicos orígenes en el derecho latino fueron creadas para prevenir o precaver la lesión de bienes y derechos que comprometen altos intereses cuya protección no siempre supone un daño. En verdad, su poco uso y otras razones de política legislativa y de conformación de las estructuras sociales de nuestro país, desdibujaron en la teoría y en la práctica de la función judicial esta nota de principio. Los términos del enunciado normativo a que se hace referencia, no permiten abrigar duda alguna a la Corte sobre el señalado carácter preventivo. Se insiste ahora en este aspecto, en virtud de las funciones judiciales de intérprete de la Constitución que corresponden a esta corporación.

6. Además, su propia condición permite que puedan ser ejercidas contra las autoridades públicas por sus acciones u omisiones y, por las mismas causas, contra las particulares; su tramitación es judicial y la ley debe proveer sobre ellas atendiendo a sus fines públicos y concretos, no subjetivos ni individuales<sup>354</sup>.

#### **- Acciones populares con fines concretos y con fines abstractos**

De acuerdo con la Corte Constitucional, el aspecto sustancial de estas acciones es su fundamento constitucional directo y su extensión a ámbitos que no habían sido objeto de regulación antecedente. Empero, cabe destacar que en nuestro sistema jurídico ya se conocía de antaño la figura de las acciones populares consagradas en el orden legal en varias disposiciones del Código Civil, y más recientemente en otras normas.

---

<sup>354</sup> C. Const., Sent. T-067, feb. 24/93. M.P. Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón.



Recuerda la Corte que las acciones populares y ciudadanas **con fines abstractos** se conocen en Colombia desde los mismos orígenes de la República como instrumentos para asegurar la legalidad y la constitucionalidad de los actos jurídicos de carácter legislativo y administrativo. En su desarrollo práctico han sido uno de los instrumentos procesales más destacados en toda nuestra historia jurídico política y aparecen reiteradas en el nuevo texto constitucional como uno de los aportes nacionales a la ciencia constitucional del mundo occidental.

Ahora bien, por el contrario, nuestras **acciones populares con fines concretos** han sufrido las vicisitudes propias de un sistema jurídico típicamente jurisdiccional y legislado, que no ahondó en el fortalecimiento de las competencias del juez y de sus capacidades protectoras de los derechos de las personas y limitó seriamente las vías de acceso a la justicia. Desde luego, este destino histórico no fue padecido únicamente por nuestro ordenamiento: buena parte de los regímenes similares al nuestro tuvieron igual suerte.

“Sólo a partir de la segunda mitad de este siglo, el movimiento constitucionalista continental europeo y latinoamericano paulatinamente se ocupó de reexaminar las condiciones estructurales del concepto de acceso a la justicia y recibió parcialmente y con reservas fundamentales las influencias del derecho angloamericano. Fue así como incorporó en principio, y en distintas formas, los instrumentos que dan al juez un marco más amplio de competencias enderezadas a los fines propios de la defensa de las personas frente a los poderes del Estado, de la administración, de los gobiernos y de los grupos económicamente más fuertes dentro de las sociedades fundamentadas en la economía capitalista.

Lo que caracteriza esta devolución no es tanto la consagración de las libertades sino su efectividad por virtud de la actividad procesal; en otros términos, para el derecho contemporáneo no resulta suficiente consagrar los derechos de las personas en la Constitución para que estos sean respetados por las autoridades y por las personas en general.

La Carta de 1991, fue mucho más allá al incrementar no sólo el número de los derechos fundamentales de la persona humana y al hacer extensiva su eventual protección judicial inclusive en algunas situaciones jurídicas, a la persona moral, sino al establecer mayores y más efectivos medios específicos de su amparo judicial, como ya vimos ocurre con la acción de tutela.

Igual predicado se hace sobre las acciones populares con fines concretos, previstas específicamente para la protección de los derechos e intereses colectivos (*art. 88, inc. primero*) y sobre las acciones de grupo o de clase (*art. 88, inc. segundo*), para proteger todo tipo de derechos que resulten “dañados” en un grupo amplio de personas.

Además, tal es la voluntad del constituyente en este sentido que en el artículo 89 de la Carta se señala como competencia y deber del legislador, el establecimiento de otras vías judiciales complementarias a las anteriores que se estimen necesarios para la protección de los derechos individuales, de grupo o colectivos ante la acción o la omisión de las autoridades públicas (...).

También, en forma específica el último inciso del artículo 88 arriba citado, deja en manos del legislador la definición de los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos que a juicio de la Corte Constitucional

pueden reclamarse, ora por virtud de las acciones de responsabilidad extracontractual ante las jurisdicciones ordinarias o especializadas, ya por virtud de las acciones de clase o de grupo.

Estas disposiciones constitucionales se encuadran obviamente dentro del conjunto armónico y ordenado de las demás vías, instancias y competencias judiciales ordinarias y especializadas que tienen igual fundamento constitucional. En este sentido, es claro el deber del legislador de proveer con sus regulaciones los desarrollos normativos que den a cada uno de estos instrumentos la posibilidad coherente y sistemática de su efectivo ejercicio por todas las personas<sup>355</sup>.

#### **- Las acciones de clase o de grupo**

Otro mecanismo de sustancial importancia dentro del campo de las garantías judiciales de los derechos de las personas, es conocido como las acciones de clase o de grupo. "Ellas son, igualmente regulables por la ley y no hacen referencia exclusiva a los derechos constitucionales fundamentales, ni sólo a los derechos colectivos, pues también comprenden a los derechos subjetivos de origen constitucional o legal y necesariamente suponen la existencia, reclamo y demostración de un perjuicio o daño causado y cuya reparación se puede pedir ante el juez. Empero exigen siempre que el daño sea de aquellos que son causados en ciertos eventos a un número plural de personas que por sus condiciones y por su dimensión deben ser atendidas con prontitud, inmediatez, efectividad y sin mayores requisitos procesales dilatorios.

El acceso a la justicia es también en estos casos preocupación fundamental del constituyente que al consagrarlas da nuevas herramientas a la sociedad para la protección de los derechos de las personas en sus distintos ámbitos<sup>356</sup>.

#### **d) Acción de cumplimiento**

El artículo 87 de la Constitución consagró así la acción de cumplimiento, así:

*Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo.*

*En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.*

Esta acción fue reglamentada mediante la Ley 393 de 1997. La Corte Constitucional ha dicho que la acción de cumplimiento es un verdadero derecho fundamental por cuanto lo que se pide con ella es nada menos que la observancia del orden jurídico colombiano.

Sobre la importancia y efectos de esta figura ha manifestado la Corte Constitucional: "En un Estado Social de Derecho en donde el ejercicio del poder está supeditado a la observancia de la Constitución y al imperio de la legalidad, es esencial el respeto por la *eficacia material* de la normatividad creada por el legislador y de los actos administrativos que dentro del marco de sus respectivas competencias expiden las diferentes autoridades en cumplimiento de los cometidos o tareas a ellas asignadas. En efecto, resulta paradójico que muchas veces las normas quedan escritas, es decir, no tienen ejecución o concreción práctica en la realidad, de modo que el proceso legislativo y su producto se

<sup>355</sup> C. Const., Sent. T-067, feb. 24/93. M.P. Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón.

<sup>356</sup> C. Const., Sent. T-067, feb. 24/93. M.P. Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón.

convierten a menudo en inoperantes e inútiles. Igual cosa sucede con los actos administrativos que la administración dicta pero no desarrolla materialmente.

“En el Estado Social de Derecho que busca la concreción material de sus objetivos y finalidades, ni la función legislativa ni la ejecutiva o administrativa se agotan con la simple formulación de las normas o la expedición de actos administrativos, pues los respectivos cometidos propios de dicho Estado sólo se logran cuando efectiva y realmente tienen cumplimiento las referidas normas y actos. Es así como, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º superior, es fin esencial del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y asegurar la vigencia de un orden justo. Para ello, agrega este precepto que las autoridades de la República están instituidas para proteger a las personas en sus derechos y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

“Los derechos y garantías proclamados en la Constitución tienen la virtualidad de reconocer al individuo y a diferentes grupos sociales el poder efectivo de demandar y obtener del Estado la realización de ciertas prestaciones, las cuales se toman en deberes sociales de aquél, e incluso configuran verdaderos derechos que tutelan bienes e intereses públicos, y aun subjetivos, como son la exigencia del cumplimiento y ejecución de las leyes y de los actos administrativos.

“Con el fin de garantizar la efectividad de los derechos el constituyente de 1991 consagró diversos mecanismos para su protección; uno de ellos es la acción de cumplimiento (...). En la ponencia para segundo debate ante la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, se dijo que “la acción de cumplimiento tiene el propósito de combatir la falta de actividad de la administración. Son frecuentes los casos en los cuales pese a existir un clarísimo deber para que las autoridades desarrollen una determinada acción de beneficio particular o colectivo, las mismas se abstienen de hacerlo. El particular afectado podría entonces acudir a esta acción para exigir el cumplimiento del deber omitido” (Gaceta Constitucional N° 57).

El **objeto y finalidad** de esta acción es otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter. De esta manera, la referida acción se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado social de derecho, que tienden a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económico justo.

En conclusión, la acción de cumplimiento que consagra el artículo 87 de la Constitución, es el derecho que se le confiere a toda persona, natural o jurídica, pública o privada, en cuanto titular de potestades e intereses jurídicos activos frente a las autoridades públicas y aún de los particulares que ejerzan funciones de esta índole, y no meramente destinataria de situaciones pasivas, concretadas en deberes, obligaciones o estados de sujeción, demandados en razón de los intereses públicos o sociales, para poner en movimiento la actividad jurisprudencial del Estado, mediante la formulación de una pretensión dirigida a obtener el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo que ha impuesto ciertos deberes u obligaciones a una autoridad, la cual se muestra renuente a cumplirlos.

El referido derecho se nutre del principio constitucional de la efectividad de los derechos que es anejo al Estado social de derecho, pues si este busca crear unas condiciones materiales de existencia que aseguren una vida en condiciones dignas y justas a los integrantes de la comunidad, y la acción de los poderes públicos para lograr estos propósitos se traducen en leyes y actos administrativos, toda persona como integrante de ésta, en ejercicio del derecho de participación política e interesado en que dichos cometidos materiales se realicen, tiene un poder activo para instar el cumplimiento de dichas leyes y actos, acudiendo para ello el ejercicio de una acción judicial"<sup>357</sup>.

**f) Acción de tutela:**

La constitución consagra esta acción así:

*ART. 86.—Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

*La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.*

*Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

*En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.*

*La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión*

La misma Asamblea constituyente del 91 se preocupó porque desde su misma redacción como norma constitucional esta acción quedara claramente establecida; por tanto nos resta agregar que se trata entonces de una acción que tiene toda persona para reclamar la protección inmediata de un derecho fundamental vulnerado o amenazado por acción u omisión de cualquier autoridad pública, o, en ciertos casos, de un particular, siempre y cuando no exista otro medio de defensa idóneo (C.P., art. 86), y

- a. Que hayan vulneración o amenaza de los derechos fundamentales.
- b. Que se trate de derechos fundamentales
- c. Que la violación o amenaza provenga de la autoridad o desiertos particulares
- d. Que no haya otro medio de defensa judicial que excluya la acción.

La acción de tutela ha prestado un gran servicio a la causa del derecho y a la de la efectividad de los derechos fundamentales. "Es evidente por el uso que se le ha dado, que con la acción de tutela y con la Corte Constitucional, la nueva Carta Política colombiana ha estructurado una estrategia relativamente eficaz para lograr la efectividad de los derechos fundamentales. La nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental frente a la anterior Constitución de 1886; dicha nueva

---

<sup>357</sup> C. Const., Sent. C-157, abr. 29/98. M.P. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

estrategia consiste en otorgar, de manera prioritaria al juez, y no a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales, ya sea por las vías ordinarias o con los mecanismos especiales, pero esta no es ni puede ser la única garantía de su eficacia<sup>358</sup>.

**g) Otras acciones:**

El artículo 89 de la carta difiere a la ley el establecimiento de los demás recursos, acciones y procedimientos para propugnar por la integridad del orden jurídico y la protección de los derechos individuales, grupales o colectivos.

Estas acciones son entonces un esfuerzo para afianzar la concepción humanista de un Estado para el hombre y no el hombre para el Estado, y con el fin de lograr que esta forma superior de organización jurídico-política genere los instrumentos técnicos adecuados para lograr la conciliación entre el orden y la libertad<sup>359</sup>.

**Las principales competencias en materia de defensa de la Constitución**

La tarea de respetar la Constitución y luchar por el logro de sus fines está radicada tanto en cabeza del Estado como de lo particulares. Cada órgano e institución del Estado, en cuanto Estado de Derecho, está sujeto a ese compromiso político-jurídico; pero existen unos órganos que tienen competencias especiales en la tarea de la defensa de los derechos humanos, tales como el Ministerio Público que incluye la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, y los diferentes órganos judiciales a los que se conceden competencias de manera directa por la Constitución y también por las leyes:

**- El Ministerio Público**

El Ministerio Público está compuesto por un grupo de órganos de control mediante los cuales se ejercita la representación de la Nación y la defensa de la sociedad, lo que incluye la guarda y promoción de los derechos humanos.

**- Las funciones de la Procuraduría General de la Nación**

La Procuraduría es uno e los organismos encargados especialmente de la guarda de la Constitución. De acuerdo con el artículo 277 de la Carta, el Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.
2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo.
3. Defender los intereses de la sociedad.
4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente.
5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas.
6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario;

<sup>358</sup> BARRETO José Vicente. Acción de tutela –teoría y practica, Legis, 3ª ed. 2001. p. 489.

<sup>359</sup> Cfr. BARRETO, José Vicente. Acción de tutela, Teoría y Práctica, Legis, 3ª edición, 2001, p. 39 y 40.

adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.(...).

Para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial, y podrá interponer las acciones que considere necesarias

#### **- Las funciones de la Defensoría del Pueblo**

La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 retomó del constituyente español de 1978 la figura del Defensor del Pueblo, para designara la ya conocida figura del *ombudsman*, cuyas funciones en alguna forma se encontraban en las acciones de la personerías municipales. La existencia de una institución oficial independiente de este tipo implica un claro reconocimiento por parte de los estados democráticos de las obligaciones de los gobernantes para con los gobernados.

La Defensoría del pueblo es una institución nueva en el derecho constitucional colombiano. Históricamente la figura adquiere un perfil específico en 1809 cuando el Gobierno de Suecia ordenó a un empleado oficial investigar las denuncias contra la administración pública. La figura ha tenido desarrollos diferentes en los Estados. En otros países la consagración de derechos ha motivado la creación de *ombudsmen* especializados, como el defensor del principio de igualdad, el defensor de las libertades de prensa, el defensor de los derechos de los niños, el defensor de los derechos de los desvalidos.<sup>360</sup>

De acuerdo con el artículo 282 de la Carta, el Defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, para lo cual ejercerá, entre otras, las siguientes funciones:

1. Orientar e instruir a los habitantes del territorio nacional y a los colombianos en el exterior en el ejercicio y defensa de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado.
2. Divulgar los derechos humanos y recomendar las políticas para su enseñanza.
3. Invocar el derecho de *habeas corpus* e interponer las acciones de tutela, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados.

#### **La jurisdicción de constitucionalidad**

- El artículo 241 de la Constitución Política confía a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución y enumera los asuntos de constitucionalidad sobre los cuales debe pronunciarse.

- El artículo 237 de la Constitución Política atribuye al Consejo de Estado el conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. De otra parte, según la misma norma, como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conforme a las reglas que señale la ley, le corresponde pronunciarse sobre la constitucionalidad de la actuación administrativa.

---

<sup>360</sup> CFR. BARRETO, Acción de Tutela, p. 252 y ss.

- De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tendrá acción para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales.

- Finalmente, con base en lo previsto en el artículo 4º de la Constitución Política, en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, los jueces deberán aplicar las disposiciones constitucionales.

**- Los alcances y efectos de la jurisdicción constitucional en la defensa de los derechos**

El artículo 241 de la Carta de 1991 confía a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, y por ende, de los derechos en ella contemplados. Con tal fin, le adjudica las siguientes funciones:

- Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación, (num. 4).

- Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación, (num. 5).

- Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución (estados de excepción), (num. 7).

- Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación, (num. 8).

- Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales, (num. 9).

Sobre los alcances y efectos de esta jurisdicción ya desde 1992 se había manifestado la Corte en una de sus sentencias, la T-006 de mayo 12 de 1992, que transcribimos *in extenso*, por la importancia de sus contenidos:

“La deliberada configuración normativa de la Constitución —norma de normas— exige la institucionalización de una eficiente y organizada reacción contra su incumplimiento. Como lo expresaran los constituyentes ponentes del tema sobre control de constitucionalidad, “el corolario lógico de la jerarquía de normas en cuya cima se encuentra la Constitución, es la necesidad de un control de constitucionalidad que vuelva eficaz el principio de superioridad de las normas constitucionales. Así en caso de contradicción entre la ley inferior y la ley superior, es esta última la que deben aplicar los tribunales, los cuales rehusarán aplicar la ley inferior o bien declararán su inconformidad con la Constitución”.

La jurisdicción constitucional se ha establecido por la misma Constitución como función pública asignada a ciertos órganos dotados de competencias judiciales especiales cuyo cometido consiste en asegurar la integridad y primacía de la Constitución.

El ejercicio de la función de defensa del orden constitucional confiada a la Jurisdicción Constitucional contribuye de manera eficaz a configurar la realidad constitucional, como quiera que su misión es la de que la Constitución trascienda su expresión formal y se convierta en Constitución en sentido material.

Sin ella la Constitución no sería norma de normas y carecería de carácter coercitivo. Este carácter que puede en ciertos eventos evidenciarse a través del uso de la fuerza, en materia constitucional generalmente se hace visible con ocasión del ejercicio de la Jurisdicción Constitucional que excluye del mundo jurídico o impone la inaplicación de las normas contrarias a la Constitución y sujeta a sus dictados las conductas transgresoras.

La jurisdicción constitucional se pone en movimiento en los eventos previstos en la Constitución. En algunos de ellos sólo se requiere una iniciativa ciudadana —acción de inexequibilidad— o de la petición de la persona agraviada —acción de tutela—.

Con lo anterior quiere destacarse que la integridad y primacía de la Constitución, consagrada por virtud del querer soberano del pueblo, es un derecho fundamental de las personas que bajo distintas formas —acción de inexequibilidad, acción de nulidad, excepción de constitucionalidad, acción de tutela, etc.— se concede a ellas por la Constitución con miras a vigilar su cumplimiento y obtener, cuando no sea así, que los poderes públicos ejerzan sus competencias dentro de los límites de la Constitución, se inspiren en sus valores y principios y respeten, en todas las circunstancias, los derechos y garantías de las personas. (...).

La jurisdicción constitucional está llamada a asegurar la primacía del núcleo esencial de la Constitución que corresponde a la consagración de los derechos constitucionales fundamentales de las personas. La enunciación de derechos fundamentales sería proclama vacía si no se hubieren contemplado vigorosos mecanismos de defensa constitucional de tales derechos. La jurisdicción constitucional asume como competencia espacialísima la guarda de los derechos fundamentales buscando, conforme a la expresa y reiterada intención de todos los constituyentes, la efectividad de los mismos y su oponibilidad frente a todos los órganos del poder público.

La defensa constitucional de los derechos puede plantearse por vía general a través de las acciones de inexequibilidad o nulidad, dependiendo de si la ofensa a los derechos se origina en una ley o en un acto de la administración, respectivamente.

Ante violaciones concretas de derechos fundamentales producidas por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, la persona agraviada tiene la acción de tutela, a la cual se refiere el artículo 86 de la Carta Política<sup>361</sup>.

**- Alcances de la llamada doctrina constitucional contenida en la revisión de tutelas**

Las sentencias de revisión pronunciadas por la Corte Constitucional, cuando interpretan el ordenamiento fundamental construyen *doctrina constitucional*. De acuerdo con la reiterada

---

<sup>361</sup> C. Const., Sent. T-006, mayo 12/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.



jurisprudencia de la Corte Constitucional, tal doctrina constitucional “debe ser acatada por los jueces, a falta de disposición legal expresa, al resolver sobre casos iguales a aquellos que dieron lugar a la interpretación efectuada. No podría sustraerse tal función, que busca específicamente preservar el genuino alcance de la Carta Política en materia de derechos fundamentales, de la básica y genérica responsabilidad de la Corte, que, según el artículo 241 *ibidem*, consiste en la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

El control de constitucionalidad admite, según resulta de dicha norma, modalidades diversas, algunas de las cuales se pueden agrupar bajo el concepto de control abstracto, al que dan lugar la mayor parte de sus numerales, siendo evidente que, cuando la Corte revisa, en la forma en que determina la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales (*art. 241, num. 9º*), verifica la constitucionalidad de tales actuaciones de los jueces, corrigiéndolas cuando las halla erróneas, y , a la vez, interpretando el contenido de los preceptos superiores aplicables, con miras a la unificación de la jurisprudencia.

Y es que resultaría inútil la función de revisar eventualmente los fallos de tutela si ello únicamente tuviera por objeto resolver la circunstancia particular del caso examinado, sin que el análisis jurídico constitucional repercutiera, con efectos unificadores e integradores y con algún poder vinculante, en el quehacer futuro de los jueces ante situaciones que por sus características respondan al paradigma de lo tratado por la Corte en el momento de establecer su doctrina.

(...). En síntesis, como tal enfoque esterilizaría la función, debe concluirse que las sentencias de revisión que dicta la Corte Constitucional no pueden equipararse a las que profieren los jueces cuando resuelven sobre la demanda de tutela en concreto o acerca de la impugnación presentada contra el fallo de primer grado, sino que, por la naturaleza misma de la autoridad que la Constitución le confiere en punto a la guarda de su integridad y supremacía, incorporan un valor agregado de amplio espectro, relativo a la interpretación auténtica de la preceptiva fundamental sobre los derechos básicos y su efectividad.

Tales sentencias tienen un doble aspecto, con consecuencias jurídicas distintas: uno *subjetivo*, circunscrito y limitado al caso concreto, bien que se confirme lo resuelto en instancia, ya sea que se revoque o modifique (*D. 2591/91, art. 36. y L. 270/96, art. 48*), y otro *objetivo*, con consecuencias generales, que implica el establecimiento de jurisprudencia, merced a la decantación de criterios jurídicos y a su reiteración en el tiempo, y que, cuando plasma la interpretación de normas constitucionales, definiendo el alcance y el sentido en que se las debe entender y aplicar —lo cual no siempre ocurre—, puede comportar también la creación de *doctrina constitucional*, vinculante para los jueces en casos cuyos fundamentos fácticos encajen en el arquetipo objeto del análisis constitucional efectuado, siempre que tales eventos no estén regulados de manera expresa por normas legales imperativas.

Son esos los fundamentos de la revisión eventual confiada a esta corporación, pues según ella la ha afirmado repetidamente, cuando, a propósito de casos concretos que constituyen ejemplos o paradigmas, sienta doctrina sobre la interpretación de las normas constitucionales y da desarrollo a los derechos fundamentales y a la acción de tutela como mecanismo consagrado para su protección, las pautas que traza deben ser

obedecidas por los jueces en casos iguales y a falta de norma legal expresa que los regule”<sup>362</sup>.

### **3.5.2.7.2. LOS SISTEMAS INTERNACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU APLICABILIDAD EN COLOMBIA**

En relación con los tratados sobre derechos humanos, la Carta de 1991 establece en su artículo 93:

*Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.*

El artículo 64 establece que el Congreso dará prioridad al trámite de los proyectos de ley aprobatorios de los tratados sobre derechos humanos que sean sometidos a su consideración por el Gobierno, y el artículo 89, por su parte dispone que corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado: “2. Dirigir las relaciones internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso”.

El artículo 44, por su parte, consagra los derechos de los niños y establece que ellos “gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”.

La doctrina ha aceptado que las normas de derechos humanos, al estar contenidas en las Cartas de la ONU, de la OEA y en numerosos instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, los Pactos de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Europea de Salvaguardia de los derechos del Hombre y de las libertades Fundamentales (1950), la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y muchos otros, son de *ius cogens*, es decir que revisten el carácter de imperativas y obligatorias por el hecho de haber sido aceptadas por la comunidad internacional en su conjunto y por tanto prevalecen sobre las normas de derecho interno. “Esto significa que el reconocimiento y protección de los derechos humanos es asunto de derecho internacional que compete a todos los Estados y no constituye asunto reservado de la jurisdicción doméstica, al tenor del artículo 2º, párrafo 7 de la Carta de la ONU, ni es posible alegar en este caso el principio de la no intervención para legitimar violaciones a los derechos humanos”<sup>363</sup>

#### **Agrupación de mecanismos de defensa por sistemas**

Entre las manifestaciones e instituciones del Derecho Internacional sobre tratados humanos se incluyen:

##### **a) En el sistema de Naciones Unidas**

Los órganos que se dedican a la protección de los derechos humanos se incluyen la

---

<sup>362</sup> C. Const., Sent. T-175, abr. 8/97. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>363</sup> MONROY CABRA, Introducción al Derecho, 11a edición, 1998, edit. Temis, Bogotá. p. 252.

Asamblea General, El Consejo Económico y Social, la Comisión de Derechos Humanos, la Subcomisión de prevención de discriminación y protección de minorías y la Comisión de la condición jurídica y social de la mujer.

En este medio se produjo la *Declaración universal de los derechos humanos* adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, la cual por su naturaleza y para efectos de su vigencia no requiere de ratificación por parte de los Estados miembros. Esta declaración manifiesta en su preámbulo que un derecho fundamental es: *un derecho inalienable, por ser ley inherente al hombre, dada su esencia humana*.

### **b) En el sistema europeo**

En este sistema los órganos de protección son la Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos.

Los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho son valores básicos de la Unión Europea, consagrados en su Tratado fundacional y reforzados con la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales. El respeto de los derechos humanos es un requisito de obligado cumplimiento para los países que desean incorporarse a la Unión y una condición previa para los países que concluyen acuerdos comerciales o de otro tipo con ella.<sup>364</sup>

De acuerdo con la página web de “Actividades de la Unión Europea”, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por primera vez, reúne en un solo texto los derechos civiles y políticos clásicos, así como los derechos económicos y sociales. Su objetivo se explica en el preámbulo: «Por ello, es necesario, dotándolos de mayor presencia en una Carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos».

En efecto, en junio de 1999, “con el fin de destacar su importancia, el Consejo Europeo de Colonia consideró oportuno recoger en una Carta los derechos fundamentales vigentes en la UE. De acuerdo con las expectativas de los Jefes de Estado o de Gobierno, esta Carta debía contener los principios generales recogidos en el Convenio del Consejo de Europa de 1950, los derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, los derechos fundamentales reservados a los ciudadanos de la Unión y los derechos económicos y sociales enunciados en la Carta social europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales y fundamentales de los trabajadores, así como los principios que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

#### **- Contenidos**

Este documento reúne todos los derechos que hasta ahora se repartían en distintos instrumentos legislativos como las legislaciones nacionales y los Convenios internacionales del Consejo de Europa, de las Naciones Unidas y de la Organización Internacional del Trabajo.

La Carta incluye un preámbulo introductorio y 54 artículos distribuidos en 7 capítulos:

---

<sup>364</sup> Cfr. [http://europa.eu/pol/rights/index\\_es.htm](http://europa.eu/pol/rights/index_es.htm)

- Capítulo I: **Dignidad** (dignidad humana, derecho a la vida, derecho a la integridad de la persona, prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes, prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado).
- Capítulo II: **Libertad** (derechos a la libertad y a la seguridad, respeto de la vida privada y familiar, protección de los datos de carácter personal, derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, libertad de expresión e información, libertad de reunión y asociación, libertad de las artes y de las ciencias, derecho a la educación, libertad profesional y derecho a trabajar, libertad de empresa, derecho a la propiedad, derecho de asilo, protección en caso de devolución, expulsión y extradición).
- Capítulo III: **Igualdad** (igualdad ante la ley, no discriminación, diversidad cultural, religiosa y lingüística, igualdad entre hombres y mujeres, derechos del menor, derechos de las personas mayores, integración de las personas discapacitadas).
- Capítulo IV: **Solidaridad** (derecho a la información y a la consulta de los trabajadores en la empresa, derecho de negociación y de acción colectiva, derecho de acceso a los servicios de colocación, protección en caso de despido injustificado, condiciones de trabajo justas y equitativas, prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo, vida familiar y vida profesional, seguridad social y ayuda social, protección de la salud, acceso a los servicios de interés económico general, protección del medio ambiente, protección de los consumidores).
- Capítulo V: **Ciudadanía** (derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo, derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales, derecho a una buena administración, derecho de acceso a los documentos, Defensor del Pueblo, derecho de petición, libertad de circulación y de residencia, protección diplomática y consular).
- Capítulo VI: **Justicia** (derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, presunción de inocencia y derechos de la defensa, principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas, derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito).
- Capítulo VII: **Disposiciones generales**.

En principio, los derechos mencionados le son reconocidos a toda persona. No obstante, la Carta hace también referencia a categorías de temas con unas necesidades particulares (menores, personas mayores, personas con discapacidad). Además, el Capítulo V considera la situación específica del ciudadano europeo haciendo referencia a algunos derechos ya mencionados en los Tratados (libertad de circulación y estancia, derecho de voto, derecho de petición), introduciendo al mismo tiempo también el *derecho a una buena administración*.

Al considerar la evolución de la sociedad, además de los derechos clásicos (derecho a la vida, a la libertad de expresión, derecho a un recurso efectivo, etc.), la Carta menciona derechos que no se recogen en el Convenio del Consejo de Europa de 1950 (protección de datos, bioética, etc.). De acuerdo con algunas legislaciones nacionales, el Convenio reconoce otras posibilidades distintas del matrimonio para fundar una familia, y ya no habla de matrimonio entre hombre y mujer, sino simplemente de matrimonio.

#### **- Ámbito de aplicación**

Ésta es aplicable a las instituciones europeas en cumplimiento del principio de subsidiariedad y en ningún caso puede exceder las competencias y las tareas que los Tratados le confieren. Los principios de la Carta son también aplicables a los Estados

miembros (a las autoridades centrales así como a las autoridades regionales o locales) cuando aplican la legislación comunitaria. Por otra parte, la obligación de los Estados miembros de respetar los derechos fundamentales en el marco de la legislación comunitaria ha sido confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>365</sup>

### **c) En el sistema interamericano**

Los *órganos* de protección de los derechos humanos en esta parte del mundo incluyen la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los *instrumentos* básicos de derechos humanos en el Sistema Interamericano son la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*, aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá en 1948, y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en San José de Costa Rica en 1969 y aprobada en nuestro país mediante la Ley 16 de 1972, cuyo instrumento de ratificación fue depositado el 31 de julio de 1973, y en vigor para Colombia desde el 18 de julio de 1978.

De acuerdo con la Carta de la OEA (*art. 111*), cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA puede presentar ante esta Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación sea de la Declaración Americana o de la Convención, respecto de los Estados parte de la misma.

La Corte Interamericana es un órgano de carácter judicial y sólo los Estados Parte y la Comisión tienen facultades para someter un caso a su decisión. Para acudir a la Corte es necesario que el Estado respectivo haya aceptado su jurisdicción obligatoria en casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos. Actualmente de los 34 Estados parte de la OEA, 25 han ratificado o adherido a la Convención y 17 han aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana.

### **d) En el sistema africano**

La Organización de la Unidad Africana –OUA– creó la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP); un órgano cuasi-jurisdiccional encargado de promover y proteger los derechos humanos y colectivos de los pueblos en África, así como de la interpretación de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; esta Comisión tiene también competencias para el estudio de quejas individuales relativas a violaciones de la Carta.

Para acudir a los órganos de protección internacional de los derechos humanos es necesario que se hayan agotado los recursos de la jurisdicción interna ya que la protección internacional es sólo complementaria o supletoria de la protección interna.

Como puede concluirse, el Derecho Internacional también tiene incidencia tanto en el reconocimiento como en la defensa de los derechos humanos; pero esta declaración inicial tiene implicaciones de diversa índole dada su fuente externa, su necesidad de aprobación interna, sus contenidos generales y hasta sus contradicciones. A estos temas nos dedicaremos a continuación.

## **Las implicaciones de las teorías dualista y monista sobre aplicabilidad del derecho**

---

<sup>365</sup> Cfr. Página Web: Actividades de la Unión Europea, en <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l33501.htm>

## Internacional

Previo el análisis de los aportes del derecho Internacional en la lucha por la protección de la dignidad humana y la eficacia de los derechos humanos, es necesario precisar que en relación con la validez del derecho internacional a nivel interno se han presentado básicamente dos teorías: la monista y la dualista. La primera considera que tanto el derecho internacional como el derecho interno integran un único sistema jurídico; esta teoría a su vez se subdivide, pues un grupo de sus defensores considera un monismo con primacía en el derecho interno (Wenzel), y otro, con primacía en el derecho internacional (Kelsen). Estos últimos consideran que una norma de derecho internacional integra, de pleno derecho, (*per se*) el derecho interno; bastaría que se hayan respetado los procedimientos del derecho internacional para la celebración de los tratados.

La teoría dualista, por el contrario, afirma que “no existe un único sistema jurídico sino que existen dos, completamente separados e independientes: el derecho internacional y el derecho interno. Tanto uno como el otro rigen distintos ámbitos y distintos sujetos: mientras que el derecho internacional rige las relaciones Estado-Estado; el derecho interno rige las relaciones Estado-Individuos (Anzilotti y Triepel). En consecuencia, una norma de derecho internacional deberá ser transformada en norma de derecho interno para poder invocarla y aplicarla en el ámbito interno. Para llevar a cabo dicha transformación deberán dictarse dos leyes: una *Ley de Aprobación* (igual que para los monistas) y una *Ley Reglamentaria de implementación*”<sup>366</sup>.

La Constitución colombiana se acoge a la teoría dualista pues de acuerdo con sus disposiciones: “*Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso*” (art. 224), mediante ley que los incorpora a la legislación interna. A la Corte Constitucional y siempre de acuerdo con las disposiciones de la Carta, le corresponde: “*Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva*” (C.P., art. 241. Num 10).

## El *ius cogens*

Otro de los conceptos jurídicos que tienen implicaciones en la vigencia de derecho internacional en el orden interno es el de *ius cogens*.

*Ius cogens* es una locución latina definida en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, ratificada por Colombia y en vigor internacional, así: Una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Las normas del *Ius Cogens* hacen relación al objeto lícito, al orden público internacional, y prevalecen sobre el derecho interno por cuanto son aceptadas por la comunidad internacional en su conjunto. Es nulo todo tratado que en el momento de su celebración esté en oposición

---

<sup>366</sup> [http://www.todoiure.com.ar/monografias/mono/publico/el\\_monismo\\_y\\_el\\_dualismo.htm](http://www.todoiure.com.ar/monografias/mono/publico/el_monismo_y_el_dualismo.htm)

con una norma imperativa de derecho internacional.

La obligatoriedad y fuerza vinculante del conjunto normativo conocido como *Ius Cogens*, “emana del respaldo universal que a sus preceptos da la comunidad internacional en su conjunto, la que además considera que sus normas no admiten acuerdo en contrario”.<sup>367</sup> Por ello los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, prescriben que todo tratado internacional que esté en contradicción con una norma de *Ius Cogens*, debe ser considerado nulo y terminar.

El *Ius cogens*, entonces, hace referencia a *normas imperativas* de derecho, en contraposición a las *normas dispositivas* de derecho. Su reconocimiento implica aceptar cierta jerarquía entre las fuentes del Derecho internacional, jerarquía inexistente en épocas anteriores. Las normas de *Ius cogens* recogen un consenso mínimo sobre valores fundamentales de la comunidad internacional que se impondrían sobre el consentimiento de los Estados individualmente considerados<sup>368</sup>. Las normas de *Ius Cogens* rigen por la aceptación que les otorga la comunidad internacional, y en forma independiente del derecho internacional producto de convenciones bilaterales o multilaterales.

La progresiva positivización del Derecho internacional, a través de los tratados y la costumbre, y el auge de las teorías iuspositivistas en general, habían potenciado la concepción de la libertad contractual de los Estados sin límites materiales. Las normas de *Ius cogens* significan un cambio de concepción y constituyen un límite a esa libertad, fundamentado en la idea de humanidad, opuesta a la idea de la omnipotencia de la voluntad estatal.[http://es.wikipedia.org/wiki/Ius\\_cogens](http://es.wikipedia.org/wiki/Ius_cogens) - [cite\\_note-5#cite\\_note-5](#) basada en los conceptos de la teoría europea internacionalista del siglo XIX<sup>369</sup>.

Adicionalmente, el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, avanzando por fuera del concepto clásico de soberanía, se impone a los países miembros para obligarlos a cumplir cualquier disposición o Convenio de esta organización, relativo a la protección de los derechos humanos.<sup>370</sup>

#### **- Las normas que integran el *Ius Cogens***

La doctrina discute cuáles serían las normas que pueden considerarse en la actualidad como normas de *Ius cogens*, sin alcanzar un consenso. Son normas de *Ius Cogens* las normas fundamentales de derechos humanos y las normas fundamentales de convivencia internacional. Serían violatorios del *Ius Cogens* los actos contrarios a la prohibición de la esclavitud y de otras tratas humanas, los actos contrarios a las normas de la guerra, la discriminación racial, la agresión y uso ilegítimo de la fuerza, la destrucción de la soberanía e independencia política de un Estado, los actos contrarios a la igualdad soberana de los Estados y a la no intervención, entre otras<sup>371</sup>.

Algunos organismos internacionales también se han pronunciado al respecto, pero de manera fragmentada:

- El *Comité de Derechos Humanos* afirma expresamente que son normas de *Ius cogens* (en inglés *peremptory norms*) la prohibición de la tortura y de la privación arbitraria de la vida (Observación general nº 24), así como el derecho a unas

<sup>367</sup> Sentencia C-088 de 1993, M.P. Ciro Angarita Varón.

<sup>368</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Ius\\_cogens](http://es.wikipedia.org/wiki/Ius_cogens)

<sup>369</sup> Ibidem- Wikipedia.

<sup>370</sup> C. Const. Sent. SU-195/98 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>371</sup> Cfr. MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al Derecho. Temis, 11ª. edición, Bogotá, 1998, p. 118.



garantías procesales mínimas, en especial el derecho a la presunción de inocencia.

- El artículo 2.6 de la *Carta de San Francisco* afirma que la Organización de las Naciones Unidas hará que todos los Estados, incluso los que no sean miembros de la Organización, cumplan los principios recogidos en el propio artículo 2, lo que podría entenderse como un principio de imperatividad. Lo mismo se ha afirmado en relación con la noción de crímenes contra la humanidad.
- Por su parte, la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* ha señalado en su jurisprudencia constante, tanto contenciosa como consultiva, que varias normas de protección de los derechos fundamentales revisten del carácter de *ius cogens*, como el acceso a la justicia, llamado por esta Corte “*derecho al derecho*”.[http://es.wikipedia.org/wiki/Ius\\_cogens](http://es.wikipedia.org/wiki/Ius_cogens) - [cite\\_note-1#cite\\_note-1](#)
- En el asunto sobre la *Licitud de la amenaza o el uso de las armas nucleares*, la *Corte Internacional de Justicia* hizo referencia a "principios intransgredibles de Derecho internacional", pero no usó expresamente el término *ius cogens*. Se refería a tres principios de Derecho internacional humanitario, aplicable en caso de conflicto armado. 1). La prohibición de ataques contra civiles y el uso de armas que no distingan entre civiles y militares (*principio de distinción*); 2) La prohibición del uso de armas que causen un daño mayor que el necesario para conseguir objetivos militares legítimos (*principio de proporcionalidad*), y 3) El trato de civiles y militares de acuerdo con principios de humanidad, en defecto de norma de Derecho internacional humanitario que sea de aplicación (la llamada *Cláusula Martens*).

La *doctrina* internacionalista también ha argumentado a favor de la inclusión entre los principios del *ius cogens* otro grupo de normas, entre las que podrían mencionarse:

- La igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos.
- La prohibición del uso de la fuerza y la obligación de arreglar las controversias internacionales por medios pacíficos.[http://es.wikipedia.org/wiki/Ius\\_cogens](http://es.wikipedia.org/wiki/Ius_cogens) - [cite\\_note-carrillo-3#cite\\_note-carrillo-3](#)
- La igualdad soberana de los Estados y el principio de no intervención.[http://es.wikipedia.org/wiki/Ius\\_cogens](http://es.wikipedia.org/wiki/Ius_cogens) - [cite\\_note-carrillo-3#cite\\_note-carrillo-3](#)
- Las normas básicas relativas a la protección de los derechos humanos.[http://es.wikipedia.org/wiki/Ius\\_cogens](http://es.wikipedia.org/wiki/Ius_cogens) - [cite\\_note-carrillo-3#cite\\_note-carrillo-3](#)
- El deber de cumplir de buena fe las obligaciones.
- Normas básicas como el principio de *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga), dado que sin ellas no tendría efectividad ningún tratado internacional.

### **Tratados internacionales sobre derechos humanos y bloque de constitucionalidad**

En Colombia, y de acuerdo con esta concepción, los tratados -debidamente aprobados- tienen la misma jerarquía normativa de las reglas contenidas en el texto constitucional y entran a complementar la parte dogmática de la Constitución de 1991, conformando así el denominado *bloque de constitucionalidad*. En consecuencia, hacen parte integrante y principal del *bloque de constitucionalidad* los tratados internacionales que consagran derechos humanos intangibles, es decir, cuya conculcación está prohibida durante los estados de excepción; así como también integran el bloque, de conformidad con el artículo 214 de la Constitución Política, los convenios sobre derecho internacional



humanitario; tal es el caso de los Convenios de Ginebra.<sup>372</sup>

Por vía de una aplicación extensiva del inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, la Corte Constitucional ha admitido que incluso aquellos tratados internacionales que establecen derechos humanos que pueden ser limitados durante los estados de excepción —tal es el caso del derecho a la libertad de movimiento— forman parte del bloque de constitucionalidad, aunque sólo lo hagan como *instrumentos de interpretación* de los derechos en ellos consagrados.

Así, por ejemplo, mediante Sentencia T-483 de 1999 la Corte Constitucional sostuvo que aunque el derecho a la libre circulación puede ser restringido durante los *estados de excepción*, dicha restricción debe estar encaminada a “hacer prevalecer valiosos intereses públicos y los derechos y libertades de las personas”. En vista de que ésta era la interpretación que debía dársele al derecho a la libertad de movilización de conformidad con las normas de derecho internacional que lo consagran, la Corte adujo que tales instrumentos internacionales debían entenderse incorporados al bloque de constitucionalidad como herramientas hermenéuticas para juzgar la legitimidad de la normatividad interna.

A tal efecto sostuvo la Corte que “según el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución, los derechos y deberes consagrados en ésta se interpretarán, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, agregando: “Ello significa, que para efectos de interpretar los referidos derechos, las normas de los tratados en referencia tienen carácter prevalente en el orden interno, formando por lo tanto parte del bloque de constitucionalidad”<sup>373</sup>. Tal situación ha sido reconocida por la Corte en diferentes pronunciamientos.

#### **- La fuerza normativa del bloque de constitucionalidad como fuente del Derecho**

Sobre este tema ha precisado la Corte que: “Dado el rango constitucional que les confiere la Carta. Las disposiciones que integran el bloque superior cumplen la cuádruple finalidad que les asigna Bobbio, a saber, servir de i) regla de interpretación respecto de la dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez, de las regulaciones subordinadas.

“El hecho de compartir la jerarquía del texto formal de la Carta convierte a los dispositivos del bloque en “eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad”, y la condición de ocupar con ellos el máximo peldaño en la escala normativa obliga a que toda la legislación interna acondicione su contenido y ajuste sus preceptos a los estatutos por aquellas adoptados, pues éstos irradian su potestad sobre todo el ordenamiento normativo.

“En este sentido, por ejemplo, la Corte enfatizó en la Sentencia C-225 de 1995 que “la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano **debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno** a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores”.

---

<sup>372</sup> Cfr. Sentencia C-225 de 1995.

<sup>373</sup> C. Const., Sent. C-67, feb. 4/2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

“Del mismo modo se pronunció en sentencia posterior cuando advirtió que el ordenamiento interno debía guardar armonía con los convenios de la OIT, de modo que las organizaciones competentes del Estado tenían la obligación de hacer los ajustes necesarios para garantizar su concordancia con la legislación interna. “Colombia es miembro de un gran número de organizaciones internacionales que buscan la protección y garantía de los derechos humanos —entre ellas, la OIT—; las obligaciones que ha contraído en ese ámbito son exigibles por partida triple: pueden reclamarlas organizaciones como tales (en virtud del tratado constitutivo), los estados y, lo más importante, los individuos, como se explicó anteriormente. **En cualquiera de los casos es el Estado el llamado a corregir lo que, en su orden interno, contradiga el propósito y fin de los acuerdos internacionales, y él es responsable por el cumplimiento del tratado en todo el territorio**” (Sent. T-568/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz) (negrillas fuera del original).

“Ahora bien, es claro que si los preceptos, principios y valores contenidos en el bloque de constitucionalidad irradian el texto de la normatividad interna y obligan a las autoridades a acondicionarla a sus disposiciones, también las decisiones judiciales tienen que guardar similar obediencia. Así entonces, no sólo el productor del derecho positivo, sino también el ejecutor de la norma y su intérprete autorizado, están compelidos a seguir los lineamientos del bloque de constitucionalidad, ya que en dicha sumisión reside la validez jurídica de sus actuaciones”<sup>374</sup>.

### **Vigencia del principio *pro homine* establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

La Corte Suprema de Justicia se ha unido a la Corte Constitucional en relación con la interpretación de este principio consagrado en el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos, principio también denominado *Cláusula de Favorabilidad* en la Interpretación de los Derechos Humanos, el cual ha sido desarrollado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por la Corte Constitucional, en cuya jurisprudencia se explica que:

“El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, “estar siempre a favor del hombre” y tiene total aplicación en del derecho interno pues así lo dispone el artículo 93 de la Constitución Política y por ello, a él están sujetas las autoridades y (...) el Ministerio Público en ejercicio de la función que también la Carta le ha encomendado de “vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas (art. 118)”<sup>375</sup>.

### **El problema de las contradicciones en las normas de derecho internacional**

El reconocimiento de los derechos humanos en tratados internacionales es una conquista social y un avance jurídico (*C.P., art. 93*); sin embargo, para una parte de la doctrina, esta norma constitucional tiene una redacción muy poco feliz: “De una parte, la competencia para ratificar tratados no está constitucionalmente asignada al Congreso, sino al Presidente de la República (*C.P., art. 189, ord. 2 y 6*). No debe confundirse la ratificación

<sup>374</sup> C. Const., Sent. C-67, feb. 4/2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>375</sup> CSJ, Cas. Penal. Sent. jul. 31/2007. Rad. 31972. M.P. Mauro Solarte Portilla.

del tratado con su aprobación por el legislativo (*C.P., art. 150 ord. 16*). De otra parte, lo que se prohíbe en algunos tratados -concretamente en el artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 27 del Pacto de San José- no es limitar los derechos humanos en los estados de excepción, pues aún en circunstancias normales muchos de ellos son susceptibles de limitaciones y restricciones; lo proscrito en estos instrumentos internacionales es invocar el estado de excepción para someter el ejercicio de algunos derechos, convencionalmente señalados, a cualquier limitación o restricción que en condiciones normales esté prohibida o se halle sujeta a requisitos más rigurosos<sup>376</sup>.

De otra parte, los tratados internacionales sobre derechos humanos llevan implícita la problemática y contradicciones de las *declaraciones generales*. En efecto, a simple vista podría pensarse que sería innecesaria la enumeración detallada de los derechos en una Constitución, pues bastaría con una simple referencia o remisión al orden internacional, acompañada de una norma que ordenara la aplicación en el derecho interno de las convenciones sobre la materia; pero esta solución no es tan viable. Sobre el particular vale la pena tener en cuenta las consideraciones del ministro de gobierno de la época: "Los tratados sobre derechos ratificados por Colombia se hicieron hace varias décadas, más como declaraciones bastante generales y programáticas que como normas para regir el día a día la actividad de un país y su gobierno. Algunos ejemplos demuestran lo dicho: el artículo noveno de la Declaración Americana dice que: *toda persona tiene derecho a la inviolabilidad de su domicilio* y el artículo décimo de la misma codificación dice que: *toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia*; es evidente que la eficacia protectora de estas normas es bastante débil. Igualmente el artículo noveno de la Declaración Universal se limita a decir que: *nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado* y el acápite 1º del artículo 17 señala que: *toda persona tiene derecho a la propiedad, individual o colectivamente*"<sup>377</sup>.

La doctrina también resalta como, ocasionalmente, pueden darse contradicciones entre los distintos tratados que regulan la materia, lo cual crearía un grave problema de orden jurídico, puesto que la autoridad nacional no sabría cuál norma sería la aplicable a un caso determinado: "la Declaración Universal no dice nada sobre la suspensión de derechos, mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos si trata el tema, como también lo hace la Convención Americana. Sin embargo, su alcance es diferente en puntos tan importantes como la enumeración de los derechos que no pueden ser derogados. El Pacto Internacional incluye la prisión por deudas, pero la Convención Americana no. Peores dificultades encierran las contradicciones que existen entre algunas normas internacionales y el derecho nacional colombiano. Así, muchas convenciones internacionales no prohíben la pena de muerte; la Declaración Americana consagra el deber de votar (*art. 32*); no permite la doble nacionalidad (*art. 19*), y consagra el seguro de desempleo (*art. 15*). La Declaración Universal, por su parte, no define garantías en caso de expatriación"<sup>378</sup>.

Su aplicación, por tanto, requiere de criterios claros de hermenéutica jurídica que incluyan siempre el principio "*pro homine*" y atiendan a las circunstancias específicas del caso.

## La situación del Derecho Internacional Humanitario

<sup>376</sup> Cfr. MANRIQUE REYES, Alfredo. La Constitución de la nueva Colombia. Cerec, 1991, p. 243.

<sup>377</sup> DE LA CALLE LOMBANA, Humberto. Ministro de Gobierno de 1991 en conferencia pronunciada en la Universidad Externado de Colombia el 7 de marzo de 1991.

<sup>378</sup> MANRIQUE REYES, Op. Cit., p. 17.

El Derecho Internacional Humanitario (DIH) es un conjunto de normas que, en tiempo de guerra, protege a las personas que no participan en las hostilidades o que han dejado de hacerlo. Su principal objetivo es limitar y evitar el sufrimiento humano en tiempo de conflicto armado. Las normas estipuladas en los tratados de DIH han de ser respetadas no sólo por los Gobiernos y sus fuerzas armadas, sino también por grupos armados de oposición y por cualquier otra parte en un conflicto. Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos de 1977 adicionales a éstos son los principales instrumentos de derecho humanitario<sup>379</sup>.

En sentencia de 18 de mayo de 1995 (C-225/95) la Corte Constitucional al declarar exequible el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, y declarar exequible la Ley 171 de 16 de diciembre de 1944, por medio de la cual se aprobó dicho Protocolo, reiteró la doctrina según la cual las normas de Derecho Internacional Humanitario son parte integrante del *Ius Cogens*.

#### **- Valor de los principios del DIH en el orden interno**

La Constitución colombiana limita expresamente la competencia de las instancias creadoras y aplicadoras del derecho en beneficio de la obligatoriedad plena de los principios del derecho internacional humanitario. Los expertos en derecho constitucional —defensores por lo general de la teoría dualista en materia de relaciones entre derecho interno y derecho internacional— suelen presentar objeciones a esta idea de limitación del derecho nacional, en vista de que la obligatoriedad de estas normas supra-constitucionales, cuya contingencia escapa a los poderes públicos nacionales, violaría el postulado de la soberanía nacional. Frente a tal temor la Corte Constitucional consideró necesario hacer algunas aclaraciones:

“En primer lugar, la idea de soberanía nacional no puede ser entendida hoy bajo los estrictos y precisos límites concebidos por la teoría constitucional clásica. La interconexión económica y cultural, el surgimiento de problemas nacionales cuya solución sólo es posible en el ámbito planetario y la consolidación de una axiología internacional, han puesto en evidencia la imposibilidad de hacer practicable la idea decimonónica de soberanía nacional. En su lugar, ha sido necesario adoptar una concepción más flexible y más adecuada a los tiempos que corren, que proteja el núcleo de libertad estatal propio de la autodeterminación, sin que ello implique un desconocimiento de reglas y de principios de aceptación universal. Sólo de esta manera puede lograrse el respeto de una moral internacional mínima que mejore la convivencia y el entendimiento y que garantice el futuro inexorablemente común e interdependiente de la humanidad: La paz mundial y la subsistencia planetaria están en juego.

“En segundo lugar, es necesario desvirtuar la idea según la cual los compromisos constitucionales con los valores y los principios, son declaraciones programáticas que sólo poseen obligatoriedad jurídica en la medida en que tenga lugar su desarrollo en reglas de aplicación directa e inmediata. De acuerdo con esto, la referencia constitucional a los principios del Derecho Internacional Humanitario tendría este carácter de obligatoriedad en sentido débil. Se trataría de una tímida recomendación, no de una

---

<sup>379</sup> Cfr. Comité Internacional de la Cruz Roja en <http://www.icrc.org/spa/dih>

norma jurídica. Frente a este tema, y en contra de la opinión descrita, la Sala Primera de revisión de tutela dijo lo siguiente: "Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de ser normas dotadas de valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa. En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial".

"Según esto, la diferencia entre principios y reglas o normas constitucionales no proviene de su obligatoriedad jurídica sino de su forma de aplicación: mientras los primeros requieren de una mediatización fáctica o normativa para su aplicación, las segundas son aplicables directamente. Más aún, el establecimiento de principios obedece, en el Estado Social de Derecho, a la voluntad constituyente de otorgar una mayor protección a los valores constitucionales. Esta mayor protección tiene lugar por el hecho de que el principio se irradia a toda la organización político-jurídica y, en consecuencia, está garantizado en la aplicación de todas las reglas de aplicación directa"<sup>380</sup>.

#### **- El Derecho Internacional Humanitario y el bloque de constitucionalidad**

Sobre la integración de las normas de Derecho Internacional Humanitario en el bloque de constitucionalidad ya se había expresado la Corte en el siguiente sentido: "una vez analizada la naturaleza e interactividad del Derecho Internacional Humanitario, entra la Corte a estudiar el lugar que, dentro de la jerarquía normativa, ocupan aquellos convenios que en esta materia hayan sido aprobados y ratificados por nuestro país. Por ello conviene tener en cuenta que estos convenios hacen parte, en sentido genérico, del corpus normativo de los derechos humanos, puesto que, tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto, como los convenios de derecho humanitario, son normas del *ius cogens* que buscan, ante todo, proteger la dignidad de la persona humana. Son pues normatividades complementarias que, bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana. La diferencia es entonces de aplicabilidad, puesto que los unos están diseñados, en lo esencial, para situaciones de paz, mientras que los otros operan en situaciones de conflicto armado, pero ambos cuerpos normativos están concebidos para proteger los derechos humanos. Así, esta corporación ya había señalado que "el Derecho Internacional Humanitario constituye la aplicación esencial, mínima e inderogable de los principios consagrados en los textos jurídicos sobre derechos humanos en la situaciones extremas de los conflictos armados"<sup>381</sup>.

Asimismo, como bien sostiene la Corte, la Constitución "reconoce también plenos efectos jurídicos a las reglas del Derecho Internacional Humanitario, particularmente durante la vigencia de los denominados *estados de excepción* (C.P., art. 214-2). Es claro, pues, que las facultades del gobierno durante tales estados encuentran límites efectivos que operan aún antes de la vigencia de la ley estatutaria a que alude la misma disposición

<sup>380</sup> C. Const., Sent. C-574, oct. 28/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

<sup>381</sup> C.Const., Sent. C-574/92. M.P., Ciro Angarita Barón.

constitucional. Lo cual significa, ni más ni menos, que las reglas del Derecho Internacional Humanitario, son hoy, -por voluntad expresa del constituyente-, normas obligatorias *per se* sin necesidad de ratificación alguna previa o de expedición de normas reglamentarias; y los son "en todo caso", como lo señala significativamente la propia Carta. (...). El constituyente de 1991 fue plenamente consciente de la importancia de incorporar el Derecho Internacional Humanitario al acervo jurídico nacional como instrumento de protección de la dignidad humana y reconocimiento de la identidad universal de la persona"<sup>382</sup>.

De otra parte, el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, y aprobado en Colombia mediante la ley 171 de 1994, establece lo siguiente en su artículo 4:

#### *"Artículo 4°-garantías fundamentales*

*1. Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privada de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en todas circunstancias, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes. (...).*

### **La Corte Penal Internacional**

La internacionalización de la preocupación por el respecto de los derechos humanos ha tenido últimamente su manifestación en el tratado que crea la Corte Penal Internacional.

#### ***¿Qué es y por qué se crea la Corte Penal Internacional?***<sup>383</sup>

La CPI es un órgano de justicia internacional independiente, de carácter permanente, cuyo objetivo es asegurar que los más graves crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra no permanezcan impunes.

Fueron especialmente los aberrantes e inhumanos crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial los que indujeron a la comunidad internacional a ir adoptando numerosas convenciones y tratados como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948), la Convención sobre la Esclavitud (1926 y 1956), la Convención contra la Tortura (1984), etc., orientados a promover el respeto a los derechos humanos en todo lugar y bajo cualquier circunstancia.

Sin embargo, los valiosos principios establecidos en los tratados internacionales son a menudo violados por los mismos gobiernos que los han proclamado. Millones de personas han seguido siendo víctimas de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra sin que los responsables de estos actos hayan debido rendir cuentas ante la justicia. Producto del convencimiento de que es precisamente esta situación de impunidad la que favorece la repetición de los hechos, la comunidad internacional

<sup>382</sup> Cfr. C. Const., S. Plena. Sent. C-574 de oct. 28/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

<sup>383</sup> La presente información fue tomada de RedSalud-DDHH: Red Latinoamericana y del Caribe de Instituciones de la Salud contra la Tortura, la Impunidad y otras Violaciones a los Derechos Humanos, en <http://www.redsalud-ddhh.org/cortepenal.html>. La información actualizada sobre las ratificaciones y actividades relacionadas con la CPI en el sitio web de la Coalición de ONGs por la CPI: [www.iccnw.org](http://www.iccnw.org)

consideró necesario el establecimiento de una instancia internacional encargada de asumir aquellos casos en que la justicia nacional se muestre incapaz o no dispuesta a hacerlo.

Finalmente, el 17 de julio de 1998, 120 países aprobaron con su voto favorable los Estatutos de un Tribunal Penal Internacional y sólo 7 votaron en contra, en tanto que 21 se abstuvieron. Actualmente 99 países son Estados Parte del Estatuto de Roma, de los cuales 27 son africanos, 12 asiáticos, 14 de Europa Oriental, 20 latinoamericanos y caribeños y 26 de Europa Occidental y otros países. Aunque el arduo proceso de negociaciones no permitió lograr lo óptimo, la aprobación del Estatuto de Roma sin duda constituyó un hito importante en la lucha contra la impunidad y en pro del respeto a los derechos fundamentales de todo ser humano a lo largo y ancho de nuestro mundo.

El Estatuto de Roma que establece la Corte Penal Internacional consta de 13 partes y 128 artículos en que se determina la competencia de la Corte, su estructura así como sus funciones. Entró en vigor el 1º de julio de 2002, luego de haber sido ratificado por 60 Estados Partes. La sede de la CPI se encuentra en La Haya, en los Países Bajos.

#### **- Los órganos de la Corte**

La Corte se compone de la Presidencia, las Salas, la Fiscalía y la Secretaría (Art. 34). Miembros permanentes de la Corte son 18 magistrados elegidos en votación secreta durante una sesión de la Asamblea de los Estados Parte. En su nominación se debe tener en consideración no sólo la competencia para el cargo sino además que en la composición de la Corte exista una representación geográfica equitativa, una representación justa de magistrados hombres y mujeres y una representación de los principales sistemas jurídicos del mundo.

#### **- Competencia de la Corte Penal Internacional**

La competencia de la Corte se limita a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión (Art. 5).

#### **- El crimen de genocidio**

El artículo 6 del Estatuto de la CPI confiere a ésta jurisdicción respecto del genocidio tal como se define en el artículo II de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 1948. Ahí se establece que si se cometen con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, pueden constituir genocidio los siguientes actos:

- Matanza de miembros del grupo.
- Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo.
- Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
- Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.
- Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

No se incluye los grupos sociales o políticos en la definición de víctimas potenciales.

Es importante destacar que se dispone expresamente que el hecho de haber actuado por orden de un superior no constituye una circunstancia eximente legítima del crimen de genocidio.

#### **- Crímenes de lesa humanidad**

El Estatuto define tres características que distinguen los delitos ordinarios de los crímenes de lesa humanidad. En primer lugar, éstos tienen que haber sido cometidos "*como parte de un ataque generalizado sistemático*", entendiendo por ataque no sólo una agresión militar, sino que se puede aplicar a leyes y medidas administrativas como deportación o traslado forzoso de población. En segundo lugar, tienen que ir dirigidos "*contra una población civil*" y, en tercer lugar, tienen que haberse cometido de conformidad con "*la política de un Estado o de una organización*" (Art. 7). Por consiguiente, pueden cometerlos agentes del Estado o personas que actúen a instigación suya o con su aquiescencia, como los "escuadrones de la muerte". Asimismo, pueden ser cometidos de conformidad con la política de organizaciones sin relación con el gobierno, como los grupos rebeldes.

Se enumeran 11 tipos de actos que, bajo esas características, pueden constituir crímenes de lesa humanidad:

- Asesinato: homicidio intencionado.
- Exterminio: homicidio intencionado y en gran escala de miembros de un grupo.
- Esclavitud, incluido el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños.
- Deportación o traslado forzoso de población.
- Encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional.
- Tortura.
- Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable.
- Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales religiosos o de género.
- Desaparición forzada de personas.
- El crimen del apartheid.
- Otros actos inhumanos de carácter similar.

#### **- Crímenes de guerra**

La Corte puede juzgar a personas acusadas de infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, pero además tiene competencia respecto de muchas otras violaciones del derecho internacional humanitario, como el dirigir ataques contra la población civil, causar daños a personas indefensas, tomar rehenes y cometer ciertos actos prohibidos en territorios ocupados, como el traslado por la potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado (Art. 8).

La jurisdicción de la Corte se refiere no sólo a crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internacionales, sino también en conflictos armados internos.

#### **- Crimen de agresión (aún no tipificado)**

La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará.

#### **- Jurisdicción de la Corte y principio de complementariedad**

La Corte tendrá competencia para iniciar enjuiciamientos si los crímenes se han cometido en el territorio de un Estado que ha ratificado el Estatuto; si el autor de los crímenes es ciudadano de uno de estos países; si un Estado que no ha ratificado el Estatuto hace una declaración de aceptación de la competencia de la Corte sobre un determinado crimen o



si el caso ha sido remitido a la Corte por el Consejo de Seguridad de la ONU (Art. 12, 13 y 14).

La CPI no juzgará a Estados sino que establecerá la responsabilidad penal individual incluyendo, cuando así corresponda, la de jefes de Estado (Arts. 25 y 27). Su competencia se limita a aquellos crímenes cometidos después de su entrada en vigor, es decir, a partir del 1 de julio de 2002 (Art. 11). De acuerdo al principio de complementariedad, la Corte sólo actuará cuando los tribunales nacionales no tengan la capacidad o la voluntad de hacerlo (Art. 1). Los crímenes de competencia de la Corte no prescribirán (Art. 29).

#### **- Presentación de denuncias**

El Fiscal de la Corte puede iniciar una investigación basándose en información de cualquier fuente fidedigna, incluidas la víctima, su familia o una ONG, vale decir, no es necesario el consentimiento de los gobiernos nacionales o del Consejo de Seguridad para poner determinados asuntos en conocimiento de la Corte.

#### **- Deficiencias de la Corte Penal Internacional señaladas por las ONGs**

Uno de los puntos que creó más polémica entre los Estados miembros y que fue más criticado por las ONG lo constituyó el hecho que la CPI no haya sido erigida sobre el principio de jurisdicción universal sobre los casos que envuelven graves violaciones a los derechos humanos. Es así como ésta no podrá intervenir en aquellos casos donde las conductas alegadas involucren al territorio o los ciudadanos de un Estado que no ha ratificado el Estatuto y tampoco se ocupará de los crímenes de lesa humanidad ni de los crímenes de guerra cometidos con anterioridad a su entrada en vigor, pese a que ambos fueron declarados imprescriptibles por una Convención aprobada por la propia ONU en 1968.

En segundo lugar, el hecho que el Consejo de Seguridad de la ONU puede solicitar la suspensión de la investigación o del enjuiciamiento por un plazo de 12 meses (renovables aparentemente de manera indefinida), si considera que afectan a la paz y a la seguridad internacional. En la práctica, eso significa que el Consejo de Seguridad tendrá la facultad de poner en movimiento o paralizar la Corte, de acuerdo a la apreciación política del Consejo, es decir, la voluntad política de las grandes potencias.

Otra concesión grave es el establecimiento de una cláusula que autoriza a los países a optar por no aceptar la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra por un período de siete años a partir de su integración al Tratado. Eso supone la posibilidad de que los Estados, aún habiendo aceptado la competencia de la Corte, se den una moratoria para cometer crímenes de guerra durante siete años después de su adhesión.

También han sido señalados como deficiencias el hecho que aún no haya sido tipificado el crimen de agresión y la no incorporación de situaciones graves como los crímenes ecológicos, el tráfico de estupefacientes y el tráfico de órganos humanos.

#### **- La situación colombiana frente a la Corte Penal Internacional**

El artículo 93 de la Carta fue adicionado mediante el Acto legislativo 2 de 2001, que en su artículo 1º dispuso: "El Estado colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de plenipotenciarios de la Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido

en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”.

Colombia depositó el correspondiente instrumento de ratificación el 5 de agosto de 2002, pero el Estatuto entró en vigor para nuestro país el día 1 de noviembre de 2002. Al momento del depósito se formuló una declaración en torno a la no aceptación de la competencia de la Corte durante un período de siete años, respecto a la categoría de crímenes de guerra, cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes bien sea por haber sido cometido por nacionales colombianos o en territorio nacional. La declaración supone que Colombia tiene la obligación de investigar y juzgar internamente dichas conductas, pero deja abiertas las puertas a un eventual proceso de paz y a la política gubernamental que busca la deserción en las filas de los grupos armados ilegales.

### **3.5.2.8. Protección a las organizaciones de derechos humanos**

La Corte Constitucional, en diversas oportunidades, ha señalado que los defensores de derechos humanos se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad, específicamente por su particular condición de exposición al riesgo, debido al tipo de tareas y actividades que desempeñan.

De acuerdo con la Corte: “Los riesgos de carácter extraordinario a que se enfrentan los hace objeto de especial atención y protección por las autoridades competentes, lo cual ha sido reconocido por diferentes organismos, instrumentos y normativas internacionales que protegen la actividad realizada por los defensores de derechos humanos. De manera especial, respecto del derecho a la vida y la integridad personal, y con ocasión de las graves omisiones que se venían presentando en el país para la protección a la vida de los defensores de derechos humanos, esta corporación, en la Sentencia T-590 de 1998, decretó un *estado de cosas inconstitucional*, con el fin de que se adoptaran medidas para garantizar los derechos de estas personas, frente a las constantes amenazas contra su vida. En este fallo la Corte, luego de resaltar los atentados y asesinatos cometidos contra miembros de varias organizaciones defensoras de derechos humanos y hacer un recuento del contenido de las circulares presidenciales emitidas para lograr el trabajo coordinado de las distintas entidades, advirtió que existían “conductas omisivas del Estado en cuanto a su protección, máxime cuando se ha puesto en conocimiento de este el clima de amenazas contra dichos activistas. Esta es una situación abiertamente inconstitucional, a la cual el juez constitucional no puede ser indiferente”.

“Específicamente en lo relativo al derecho a la seguridad personal, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los defensores de derechos humanos, en virtud de las actividades que realizan, están expuestos a un nivel especial de riesgo que los hace sujetos de una particular protección por parte de las autoridades públicas, a fin de evitar vulneraciones al enunciado derecho.

“En lo concerniente al carácter de extraordinario del riesgo, es necesario precisar que tal carácter se predica de aquellos riesgos que no resultan legítimos ni soportables dentro de la convivencia en sociedad, de acuerdo con la Constitución y los tratados internacionales; se trata de riesgos extraordinarios cuya imposición misma lesiona la igualdad en la que deben estar las personas frente a la carga de vivir en sociedad, por contraposición a los

niveles de tolerabilidad jurídica del riesgo que deben sobrellevar todos los ciudadanos en virtud del principio de igualdad ante las cargas públicas.

“Ahora bien, el carácter de sujeto de especial protección, en virtud de la especial exposición a riesgos extraordinarios, implica la prohibición de que la Administración adopte decisiones que creen un riesgo extraordinario para las personas en razón de sus circunstancias, con el consecuente deber de amparo a los afectados. Así, si el Estado está obligado a otorgar y desplegar acciones positivas para asegurar esta protección especial, más aún está obligado a evitar cualquier tipo de actividad que pueda ampliar el grado de exposición a riesgos extraordinarios de estas personas.

“En consecuencia, el reconocimiento y la efectividad del mayor campo de riesgo al que estas organizaciones defensoras de derechos humanos están expuestas, y el derecho a la seguridad personal de sus miembros, imponen al Estado una carga prestacional significativa, de modo que, dependiendo del grado y el tipo de riesgo existente en cada caso, dicha carga implica no solo que las autoridades contribuyan a garantizar la seguridad de las personas por medio de acciones positivas de protección, sino que se abstengan de aumentar el campo de exposición al riesgo.(...).

“En conclusión, existe un compromiso por parte de todas las autoridades públicas dirigido a promover y garantizar la labor que desarrollan los defensores de derechos humanos, quienes, en virtud de su actividad, han estado expuestos a ciertos riesgos de carácter particular que los hace sujetos de especial protección”<sup>384</sup>.

### **3.5.2.9. Indemnización de perjuicios causados por violación de los derechos humanos**

Establece la Constitución en su artículo 90:

*“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

*En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra este”.*

También es importante tener presente que en Colombia y de acuerdo con la Ley 288 de 1996 se establecen efectos para las decisiones expresas de los órganos internacionales en derechos humanos, así:

*ART. 1º—El Gobierno Nacional deberá pagar, previa realización del trámite de que trata la presente ley, las indemnizaciones de perjuicios causados por violaciones de los derechos humanos que se hayan declarado, o llegaren a declararse, en decisiones expresas de los órganos internacionales de derechos humanos que más adelante se señalan.*

El Estatuto de Roma de 1998 que creó la Corte Penal Internacional, en relación con protección y reparación a las víctimas reconoce que, en bien de la credibilidad y la legitimidad de la Corte, será esencial adoptar medidas para garantizar la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos y sus familias (Art. 68).

---

<sup>384</sup> C. Const., Sent. T-1191, nov. 25/2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Además de juzgar al autor del crimen, lo que es por sí sólo una forma de reparación de importancia decisiva, la Corte debe establecer medidas que incluyan restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción, garantías de no repetición y cualquier otra forma de reparación que se considere apropiada en cada caso (Art. 75).

### 3.5.2.10. LOS LÍMITES AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LAS LIBERTADES PÚBLICAS

Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las exigencias del bien común y del desenvolvimiento democrático, como lo expresa el artículo XXVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Los derechos no son absolutos, tienen una finalidad y función social; los derechos son correlativos de los deberes y están limitados por las justas exigencias del bien común y de los derechos de los demás.

Sáchica recuerda cómo “La libertad y el derecho, en el tiempo presente, no se pueden entender cómo facultades subjetivas absolutas, privilegios establecidos sólo en provecho de sus titulares, como si sus aplicaciones no repercutieran en el medio como se ejercitan aquéllos, y como si sus efectos se mantuvieran en el orden de la intimidad, sin reflejos sobre el grupo que reconoció, engendró y sancionó esos poderes. La sociedad es interrelación e interdependencia. El estado de las libertades sólo existe para el hombre en comunidad. Todo derecho y cada libertad se afirman frente a otros, a los otros y al grupo todo, como unidad del buen o del mal ejercicio del derecho, de su abuso, y de la extralimitación liberatoria, se deducen consecuencias personales y sociales. La libertad y el derecho no son posibles sin restricciones”<sup>385</sup>. Vidal Perdomo, por su parte, pone de presente que “El ejercicio de las libertades y derechos se produce dentro de un determinado marco jurídico; no se ejercen en forma absoluta”<sup>386</sup>

#### La evolución social y los límites a la libertad

Sobre el particular, el constitucionalista SÁCHICA nos recomienda tener en cuenta "que la disminución de oportunidades de vida, la explosión demográfica, la escasez de recursos a pesar de los avances tecnológicos y la situación conflictiva producida por la masificación y densidad de las interrelaciones, típica de las monstruosas concentraciones humanas de las megápolis del siglo XX, obligan a mortificantes y deprimentes sistemas de prevención y control policivos de la vida personal y colectiva que afectan hondamente los espacios tradicionales para el ejercicio de la libertad.

En el mismo sentido, las nociones de *orden público interno e internacional* a las cuales se añadió la de *orden público económico y social*, se ven puestas en peligro y amenazadas con nuevas modalidades delictivas, de refinada y sutil aplicación de la tecnología, la facilidad de interrumpir los servicios públicos de que depende la vida normal de las muchedumbres, el auge de un terrorismo que supera los más locos empeños de los anarquistas del siglo pasado, han exigido del Estado la creación de gigantescos aparatos represivos que no sólo comprometen los recursos financieros de la comunidad, desatendiendo frentes más preciosos para una concepción humanista de la vida, sino que

---

<sup>385</sup> SÁCHICA, op. cit., p. 242.

<sup>386</sup> VIDAL PERDOMO. Op. Cit. p. 247.

militarizan la sociedad entera, dándole aspectos de disciplina y jerarquía cuartelaria.

Más profundamente encontramos que la libertad se ve acorralada por los mecanismos, casi imposibles de eludir, creados por los sistema de comunicación masiva, dominantes en la vida moderna, mediante los cuales se manipulan las inteligencias, las opiniones y la voluntad de los pueblos con la propaganda que engendra hábitos, produce rechazos, inventa imágenes, hace y rehace las convicciones, las creencias, los mitos, los prejuicios, las pasiones, los usos y las convenciones que configuran la realidad social y política, sin dejar margen al juicio personal, a la evaluación objetiva, a la crítica independiente, al pensamiento libre de los que disienten, de los inconformes, de los partidarios del cambio.

Contribuye a frenar la impulsión liberadora la presión social que, en el sentido del conformismo, la obediencia pasiva, la aceptación resignada del status se recibe anónimamente en el hogar, en la escuela, en el sitio de trabajo, en la iglesia, y dondequiera que se admite y se enseña que la obediencia es lo natural y la rebeldía es contraria a los designios superiores y a la jerarquía espontánea del mundo y de los seres que en él viven. El providencialismo fatalista, el tradicionalismo continuista, el temor a las innovaciones y al cambio, como subversivos y anárquicos, la persecución y el sacrificio de los innovadores, recortan el vuelo de la libertad, al mitificar la autoridad, el orden y la seguridad, como presupuestos indispensables para un progreso y evolución armoniosos.

Pero quizás la más amenazante e infamante restricción de la libertad puede resultar de sus mismos sujetos cuando, por miedo a los compromisos y riesgos que implica su ejercicio, que comporta su práctica responsable, les lleva a entregarla, a resignarla en la voluntad de otros para que ellos decidan en su nombre, como sucede con los fanáticos de un nacionalismo insano, de un racismo intransigente, de una fe religiosa excluyente, de la integración total en un partido político sectario, y de todas las formas de la intolerancia. Se descansa así del duro oficio de ser hombre libre, del ser que se hace a sí mismo, según su propia decisión, sin alienarse a otros, viviendo sólo en función de sí, siendo "*homo pro se*", como se dijo de ese paradigma de humanidad que fue Desiderio Erasmo.

En resumen, hoy día las limitaciones y amenazas contra la libertad no se derivan exclusivamente, como antaño, de los excesos del poder político ni su garantía reposa sólo en el debilitamiento del Estado y la división de su poder. Son múltiples las motivaciones, el origen y las causas de restricción de las libertades. En una enumeración por fuerza incompleta, las limitaciones proceden de la aplicación de los siguientes principios y criterios, justificativos de las mayores y más frecuentes limitaciones puestas tanto al reconocimiento como al ejercicio de los derechos de libertad por los ordenamientos jurídicos de nuestro tiempo: el interés social, la utilidad pública, la convivencia pública, la equidad, la moralidad, las buenas costumbres, la salubridad, el orden progresivo económico y social, el contenido y la función social asignados a ciertas libertades, la legitimidad y la legalidad formal, el orden, la autoridad, la unidad nacional, la justicia, la paz, la seguridad, los derechos de los demás, las obligaciones contraídas, y los deberes impuestos por la calidad de ser humano<sup>387</sup>.

### Sección III

#### 3.5.3. DE LOS DEBERES SOCIALES DEL ESTADO Y DE LOS PARTICULARES

---

<sup>387</sup> Cfr. SÁCHICA, Luis Carlos. Derecho Constitucional general. Dike, 1990. p. 218 a 221.

### 3.5.3.1. Evolución de la exigibilidad de los deberes sociales

Los contenidos originales de las primeras constituciones se preocuparon básicamente por el tema de los derechos de los ciudadanos, precisamente porque estos eran desconocidos o conculcados con el ejercicio arbitrario del poder político. Las primeras batallas son pues, por establecer los derechos de los ciudadanos y los deberes y limitaciones del Estado y sus funcionarios; pero luego, desde las concepciones tanto del Estado gendarme como del Estado paternalista se ha avanzado hacia el reconocimiento de una responsabilidad compartida entre la comunidad y el Estado en la defensa de las libertades y la consecución del bienestar colectivo. Se comenzó a hablar entonces de deberes sociales de los ciudadanos.

El desarrollo de la teoría de los deberes constitucionales es más bien reciente, pues “en el Estado liberal, el énfasis de los derechos obedecía exclusivamente a la necesidad de rodear a la persona de garantías contra el ejercicio arbitrario del poder político, los deberes eran considerados preceptos de naturaleza moral o valores cívicos, no exigibles jurídicamente, a excepción de aquéllos desarrollados por la ley que adquiriría la forma de obligaciones jurídicas, pero con el tránsito del Estado liberal al Estado Social de Derecho, el valor jurídico de los deberes ha variado de manera radical”<sup>388</sup>.

En este sentido, la Corte Constitucional resalta “La existencia de los deberes constitucionales, en particular el de solidaridad, está directamente relacionada con la transformación que supone el paso de un Estado liberal burgués a un Estado Social de Derecho, en una sociedad contemporánea. El Estado liberal burgués concibe al individuo como un sujeto al margen de las estructuras del poder, que en ese modelo están personificadas principalmente por el Estado. Por lo tanto, los derechos individuales y la separación de poderes constituyen mecanismos de protección suficientes frente a la acción del Estado. Sin embargo, la visión psicológica de las libertades en el modelo liberal burgués le resta valor a ciertos elementos de la relación del individuo con su contexto social. Al restarle valor a estos elementos, reduce las herramientas de transformación social de las que dispone el Estado, en aspectos que otros modelos de Estado consideran importantes para garantizar la continuidad de la vida en comunidad. Estos otros modelos conciben al individuo también a partir del rol que ocupa en las estructuras sociales dentro de las cuales se desenvuelve cotidianamente. De acuerdo con ellos, al individuo corresponden ciertos deberes, que varían dependiendo de la valoración que se haga de las estructuras a las cuales pertenece, y que se canalizan de distintas maneras, dependiendo de los papeles que se asignen al Estado y a la sociedad.

“Dentro de este contexto, el Estado social no pretende la transformación radical de las estructuras sociales, sino la corrección sistemática de sus consecuencias más graves, y la promoción de sus efectos deseables. Así mismo, el Estado social permite la interacción de los agentes sociales, sin querer determinar sus relaciones por intermedio del Estado. Por el contrario, permite su libre juego, dentro de un marco que garantice la convivencia social presente y futura, tomando la dignidad humana como elemento indispensable para la continuidad de cualquier comunidad política. En ese orden de ideas, puede afirmarse que los deberes constitucionales son instrumentos jurídicos que garantizan que los particulares cumplan sus funciones dentro de la sociedad para lograr determinados objetivos constitucionales, sin necesidad de estructurar las relaciones entre los agentes sociales a través del Estado”<sup>389</sup>.

---

<sup>388</sup> YOUNES, Op. cit., p. 206

<sup>389</sup> C. Const., Sent. T-520/03 M.P. Rodrigo Escobar Gil

### 3.5.3.2. La fijación y reglamentación de los deberes

Una Constitución es precisamente un documento donde se fijan unos deberes para el Estado; es una limitación al ejercicio arbitrario del poder (Estado de Derecho) y una memoria para la exigencia de cumplimiento de sus deberes. En relación con los particulares y en el entendido de que los deberes implican restricciones a las libertades de las personas, se admiten en cuanto necesarios para la convivencia social y la cohesión política, pero sólo pueden estar motivados por fundadas razones que determine el constituyente y que eventualmente, bajo su autorización, desarrolla el legislador.

#### - Los deberes fijados por la Constitución

Nuestra Carta Política como expresión del constituyente primario establece deberes tanto para el Estado como para los particulares -nacionales y extranjeros-, quienes deben vivir sometidos a la Constitución y a las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades (*Art. 4 inc. 2*). En este sentido, nuestra Carta establece, por ejemplo, que el trabajo es una obligación social (*art. 25*), que el sufragio se ejerce como función constitucional que implica un derecho y un deber ciudadano (*art. 258*), que la educación puede llegar a ser obligatoria, en el grado que señale la ley (*art. 67*). Es también expresión de un deber social el establecido para los miembros del Congreso, quienes representan a la nación entera, y deben votar consultando únicamente la justicia y el bien común (*art. 133*).

#### - Los deberes fijados por el legislador

El legislador, por su parte, ha desarrollado en innumerables disposiciones conjuntos de deberes para que sean observados por los destinatarios de esas leyes. Así, Younes reporta por ejemplo, como “en el Código Disciplinario Único se contiene un importante listado de deberes para los servidores públicos; el Código Civil igualmente señala los deberes de los padres para con los hijos y viceversa; el Código Sustantivo de Trabajo señala los deberes de los empleadores y asimismo de los trabajadores; las leyes tributarias, por su parte, indican los deberes de los contribuyentes para con el Estado, etcétera, de tal manera que tanto servidores públicos como particulares, en sus actuaciones están sujetos a la Constitución y a la ley en cuanto el cumplimiento de sus deberes y obligaciones”<sup>390</sup>.

### 3.5.3.3. Los sujetos destinatarios de los deberes sociales

Los deberes sociales corresponden tanto a los particulares como al Estado. A los primeros, porque el desenvolvimiento de la comunidad a menudo depende del espíritu cívico, la capacidad de iniciativa de sus integrantes y el papel que desempeñen dentro del conglomerado social. Y al segundo, en mayor grado todavía, porque la sociedad al organizarse políticamente ha depositado en él considerables recursos que no son sino herramientas para impulsar el *bien común*<sup>391</sup>.

#### 3.5.3.3.1. El Estado y sus deberes

Como hemos manifestado, originalmente la lucha por las libertades significó la correlación entre los derechos del hombre y del ciudadano y los deberes, limitaciones y obligaciones del Estado. En general, tal situación se mantiene en las constituciones de hoy solo que a los tradicionales *deberes de omisión* del Estado se han ido agregando unos *deberes de acción*.

---

<sup>390</sup> YOUNES. Op. Cit. p. 206.

<sup>391</sup> Cfr. HENAO HIDRÓN, Javier. Panorama del Derecho Constitucional Colombiano, 7ª ed. Temis, Bogotá, 1988. p. 134.



Históricamente, en consecuencia, a los derechos del hombre y del ciudadano se agregan los deberes del Estado y de sus funcionarios. Colombia no ha sido la excepción. Veamos algunos casos de su historia constitucional:

La **Carta de 1821** establecía en su artículo 3° que es un deber de la Nación: “proteger, por leyes sabias y equitativas, la Libertad, la Seguridad, la Propiedad y la Igualdad de todos los Colombianos”.

Adicionalmente es de resaltar en algunos textos constitucionales colombianos también anteriores a la actual Carta, y dadas las características del sistema federal, se establecieron unos deberes del Estado federal en relación con los Estados que lo integraban y viceversa. Esta fijación de deberes de los Estados miembros de la federación es característica de tal sistema que hoy, sin embargo, no está vigente en Colombia.

Sirva como ejemplo lo establecido en la **Carta federal de 1863** para los Estados Unidos de Colombia:

*Sección I. Derechos y deberes de los Estados*

*Art. 6.- Los Estados convienen en consignar en sus Constituciones y en su Legislación civil el principio de incapacidad de las comunidades, corporaciones, asociaciones y entidades religiosas, para adquirir bienes raíces, y en consagrar, por punto general, que la propiedad raíz no puede adquirirse con otro carácter que el de enajenable y divisible a voluntad exclusiva del propietario, y de transmisible a los herederos conforme al derecho común.*

*Art. 7.- Igualmente convienen los dichos Estados en prohibir a perpetuidad las fundaciones, mandas, legados, fideicomisos y toda clase de establecimientos semejantes con que se pretenda sacar una finca raíz de la libre circulación.*

*Asimismo convienen y declaran que en lo sucesivo no se podrán imponer censos a perpetuidad de otro modo que sobre el Tesoro público, y de ninguna manera sobre fincas raíces.*

*Art. 8.- En obsequio de la integridad nacional, de la marcha expedita de la Unión y de las relaciones pacíficas entre los Estados, estos se comprometen:*

- 1. A organizarse conforme a los principios del Gobierno popular, electivo, representativo, alternativo y responsable;*
- 2. A no enajenar a potencia extranjera parte alguna de su territorio;*
- 3. A no restringir con impuestos, ni de otro modo, la navegación de los ríos y demás aguas navegables que no hayan exigido canalización artificial;*
- 4. A no gravar con impuestos, antes de haberse ofrecido al consumo, los objetos que sean ya materia de impuestos nacionales, aun cuando se hayan declarado libres de los derechos de importación; ni los productos destinados a la exportación, cuya libertad mantendrá el Gobierno general;*
- 5. A no imponer contribuciones sobre los objetos que transiten por el Estado, sin destinarse a su propio consumo;*
- 6. A no imponer deberes a los empleados nacionales, sino en su calidad de miembros del Estado, y en cuanto esos deberes no sean incompatibles con el servicio público nacional;*
- 7. A no gravar con impuestos los productos y propiedades de la Unión Colombiana;*
- 8. A deferir y someterse a la decisión del Gobierno general en todas las controversias que se susciten entre dos o más Estados, cuando no puedan avenirse pacíficamente, sin que en ningún caso, ni por ningún motivo, pueda un Estado declarar ni hacer la guerra a otro Estado; y,*
- 9. A guardar estricta neutralidad en las contiendas que lleguen a suscitarse entre los habitantes y el Gobierno de otro Estado.*



*Art. 9.- Las autoridades de cada uno de los Estados tienen el deber de cumplir y hacer que se cumplan y ejecuten la Constitución y las leyes de la Unión, los decretos y órdenes del Presidente de ella, y los mandamientos de los Tribunales y Juzgados nacionales.*

*En cada uno de los Estados se dará entera fe y crédito a los registros, actos, sentencias y procedimientos judiciales de los otros Estados.*

*Art. 10.- Es obligatorio para las autoridades de cada Estado entregar a las autoridades de aquél en que se haya cometido un delito común la persona que se reclame, y contra la cual se haya librado orden de prisión no violatoria de los derechos individuales enumerados en el Artículo 15 de esta Constitución; lo que se comprobará con los necesarios documentos adjuntos a la orden de prisión.*

*Art. 11.- Los Gobiernos de los Estados en cuyo territorio se asilen individuos responsables de hechos punibles, ejecutados contra el Gobierno de algún Estado limítrofe, tienen, si este lo solicita, el deber de internarlos y mantenerlos a una distancia de la frontera que no les permita continuar hostilizándolos.*

*Art. 13.- No se permitirá en ninguno de los Estados de la Unión, enganches o levas que tengan, o puedan tener, por objeto atacar la libertad, la independencia o perturbar el orden público de otro Estado o de otra Nación.*

#### **- Deberes generales del Estado en la Carta de 1991**

En general podría decirse que cada función y competencia concedida al Estado, a sus ramas, órganos y funcionarios es, a la vez, un deber en cuanto hace relación a su ejercicio efectivo para el logro de los fines de la sociedad política. En tal sentido, el artículo 2° de la Carta dispone que, “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. Estos fines implican deberes.

Además, la Carta dispone en el segundo inciso de este mismo artículo que “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

El artículo 6° de la Carta claramente establece que los servidores públicos son responsables por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. El artículo 277, por su parte incluye entre las atribuciones del Ministerio público, la de: “1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos”.

#### **- El Deber de solidaridad del Estado**

El principio de Estado Social de Derecho, como estructura básica de nuestro actual ordenamiento constitucional, implica que el Estado tiene un constante deber con las personas de proporcionarles bienestar. En este orden de ideas, el propio Estado debe poner un mínimo de bienes y servicios, materiales y espirituales, al alcance de los individuos y propender porque todos los colombianos tengan empleo, seguridad social, educación, etc<sup>392</sup>.

---

<sup>392</sup> Cfr. C. Const. Sent. C-040/06 M.P. Jaime Araujo Rentería.

## **Algunos deberes estatales específicamente establecidos en la Carta de 1991**

### **- En relación con los derechos fundamentales**

- *Derecho a la igualdad*, “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan” (art. 13, incs. 2 y 3).

- *Derecho a la intimidad*, “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar” (art. 15).

- *Derechos fundamentales de los niños* “La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores” (art. 44).

- *Derecho al trabajo y a la seguridad social*: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado (art. 25). El artículo 54, por su parte, establece que “Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran”

- *La atención de la salud y el saneamiento ambiental*: Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También le corresponde establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley (art. 49).

- *Propiedad privada*: el artículo 64 manifiesta que “Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa, y a los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos”.

### **- La educación como derecho-deber**

La Constitución Política establece en su artículo 67 que la educación es un derecho de la persona pero también es un servicio público que tiene una función social, con la que se busca tener acceso al conocimiento, a la ciencia y a los valores de la cultura. Igualmente dispone que la educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente.

De acuerdo con la Corte, “siendo la educación un derecho fundamental debe entenderse que de su prestación son responsables el Estado, la comunidad y la familia, configurándose también como un servicio público que tiene una función social, sometido en todo caso a la inspección y vigilancia del Estado con el fin de garantizar la calidad, la

formación moral, intelectual y física de los educandos, en función de su progreso y desarrollo integral.

La educación es también de proyección múltiple: es un derecho fundamental y a la vez es un deber. Así, una de las características esenciales del derecho a la educación, en virtud de su función social, es generar obligaciones recíprocas entre los actores del proceso educativo. Estas obligaciones significan que la institución educativa, de un lado, tiene el deber de ofrecer una educación acorde con los parámetros sociales y culturales exigidos por la comunidad, bajo los supuestos de libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación científica o tecnológica. Y por otra parte, desde la óptica del estudiante, el deber se traduce en el cumplimiento de las normas sobre comportamiento, rendimiento personal y académico previamente establecidas en el manual de convivencia pero que no se restringen exclusivamente al centro educativo sino que se reflejan en otros ámbitos (...).

Las obligaciones correlativas constituyen entonces condiciones indispensables para el goce efectivo del derecho a la educación. Dentro de la órbita de su autonomía los establecimientos educativos deben proporcionar una educación acorde con las políticas que fije el Estado. A su turno, los educandos tienen el derecho a adquirir los conocimientos propios y adecuados para su desarrollo personal y moral, pero se les exige un determinado rendimiento académico, sin olvidar el cumplimiento al régimen interno administrativo y disciplinario adoptado en la comunidad educativa a la que pertenecen<sup>393</sup>.

El artículo 68, en su inciso final, establece que “La erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales son obligaciones especiales del Estado”.

Y el artículo 70 agrega que “El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional”.

Finalmente, en materia de derechos, el artículo 22 de la Carta manifiesta que “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”.

#### **- Deberes en relación con las riquezas culturales y naturales del país**

De acuerdo con el inciso final del artículo 79, “Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”.

El artículo 8 estatuye que “Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación” y el 82, que “Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular”.

#### **- En relación con los servidores públicos**

El artículo 122, en su inciso segundo establece que “Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben”.

---

<sup>393</sup> C. Const., Sent. T-491, jun. 6/2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

El artículo 133 establece que los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura.

#### **- En relación con los servicios públicos**

El artículo 365 dispone que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que es su deber asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

#### **- En relación con las reformas constitucionales**

De acuerdo con el artículo 377: “Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del acto legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral”.

### **3.5.3.3.2. Los deberes y obligaciones de las personas y los ciudadanos**

#### **- El concepto de deberes ciudadanos**

Los deberes constitucionales exigidos a las personas –de acuerdo con la Corte Constitucional, son aquellas conductas o comportamientos de carácter público, exigibles por la ley a la persona o al ciudadano, que imponen prestaciones físicas o económicas y que afectan en consecuencia, la esfera de su libertad personal. Es necesario tener presente que las restricciones a la libertad general sólo pueden estar motivadas por fundadas razones que determine el legislador. En este sentido, los deberes consagrados en la Constitución comprenden una habilitación al legislador para desarrollar y concretar la sanción por el incumplimiento de los parámetros básicos de conducta social fijados por el constituyente<sup>394</sup>.

La Corte Constitucional explica el concepto así: “La concepción social del Estado de Derecho, fundada en la solidaridad, la dignidad, el trabajo y la prevalencia del interés general (*C.P., art. 1*), se traduce en la vigencia inmediata de los derechos fundamentales, pero también en la sanción constitucional al incumplimiento de los deberes constitucionales. El artículo 1° de la Constitución erige la solidaridad en fundamento de la organización estatal. Los nacionales y extranjeros tienen el deber de acatar la Constitución y la ley, y son responsables por su infracción (*C.P., arts. 4 Y 6*). De esta forma los deberes consagrados en la Carta política han dejado de ser un *desideratum* para convertirse en imperativos que vinculan directamente a los particulares y de cuyo cumplimiento depende la convivencia pacífica”<sup>395</sup>.

Sáchica observa con extrañeza que, “a pesar de que ninguna agrupación puede sobrevivir si sus miembros no acata ni practican, y no por la sola imposición de la fuerza, unas obligaciones sociales, un compromiso y una conducta de solidaridad con el interés común del grupo, superior a los intereses particulares de sus partes, ha sido escasa la elaboración teórica sobre los deberes del hombre en sociedad (...)”<sup>396</sup>. Y esto no parece

<sup>394</sup> Cfr. C. Const. Sent. T-125/94. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>395</sup> C. Const. Sent., T-125/94. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>396</sup> SACHICA, Luis Carlos. Op. cit. p. 241

lógico, porque esos deberes son la forzosa contrapartida de las libertades y derechos. "Porque los conceptos de libertad y derecho implican el de deber, obligación, carga. Porque unos y otros se corresponden, porque es imposible gozar de libertades o ejercitar derechos gratuitamente, sin que ello genere, para hablar en lenguaje jurídico, ninguna contraprestación de sus titulares para con aquellos con quienes conviven y para con el grupo dentro del cual y por el cual les son posibles ese goce y ese ejercicio, pues libertad y derechos son creaciones sociales, aportes culturales, hechos en el convivir y garantizados por la comunidad en que estamos integrados"<sup>397</sup>.

El Estado Social de Derecho ha llenado este vacío para incorporar conceptos tales como deberes sociales, obligaciones sociales, deberes cívicos. "En la actualidad, tal vez más que las democracias liberales, los regímenes socialistas han hecho hincapié en los deberes del hombre como trabajador, como ciudadano, como miembro de partido, haciendo una enumeración clara y de rígida exigencia propia de la disciplina social que se impone para lograr la "eliminación del capitalismo"<sup>398</sup>. El artículo 20 de la Constitución de la República Democrática Alemana establecía: "Todo los ciudadanos de la República Democrática Alemana, independientemente de su nacionalidad, raza, ideas políticas o religiosas, origen y posición social, gozan de los mismos derechos y *tienen los mismos deberes*".

Como bien sostiene Vidal Perdomo, "Es necesario tener presente que no puede funcionar bien una sociedad sin la conciencia de los deberes cívicos: el Estado Social de Derecho no ópera en una sola dirección. El principio de la solidaridad social es la contrapartida de la exigencia de los derechos"<sup>399</sup>.

#### **- Evolución de los deberes ciudadanos en Colombia**

Es de resaltar que ya la Carta constitucional de Cundinamarca de 1811 establecía ya unos deberes para el ciudadano, y que la Constitución de 1830, en su Título IV, "De los deberes de los colombianos y de sus derechos políticos", Sección I, denominada "*De los deberes de los colombianos*" también establecía lo siguiente:

*Artículo 11.- Son deberes de los colombianos:*

- 1. Vivir sometidos a la Constitución y a las leyes;*
- 2. Respetar y obedecer al Gobierno y a las autoridades y ocurrir a su llamamiento cuando exijan auxilio y defensa;*
- 3. Contribuir para los gastos de la nación;*
- 4. Servir y defender a la patria, haciéndole el sacrificio de su vida si fuere necesario;*
- 5. Velar sobre la conservación de las libertades públicas.*

#### **- Deberes y obligaciones del ciudadano en la Carta de 1991**

Dispone el artículo pertinente:

*ART. 95.—La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.*

*Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.*

*Son deberes de la persona y del ciudadano:*

- 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;*

<sup>397</sup> SACHICA, Luis Carlos. Op. cit. p. 242

<sup>398</sup> Ibidem. 242.

<sup>399</sup> VIDAL PERDOMO, Op. Cit., p.262.

2. *Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;*
3. *Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales;*
4. *Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica;*
5. *Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país;*
6. *Propender al logro y mantenimiento de la paz;*
7. *Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia;*
8. *Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano;*
9. *Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad.*

El artículo 4, integrado a los principios fundamentales establece: Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

#### ***Clasificación de los deberes del ciudadano***

En un esfuerzo por clasificar esta enumeración de deberes podríamos decir que algunos de ellos revisten carácter cívico general, otros hacen relación con el Estado y otros se establecen en relación con las demás personas. La Corte Constitucional se formuló, además, una interesante pregunta: ¿Existen deberes jurídicos para consigo mismo?

#### ***- Deberes generales del ciudadano***

En este grupo se incluirían el que toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes, y tiene el deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica; participar en la vida política, cívica y comunitaria del país; propender al logro y mantenimiento de la paz; proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano.

#### ***- Deberes ciudadanos en relación con el Estado***

Los tradicionales deberes ciudadanos en relación con el Estado, incluyen el de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad, y la toma de las armas para la defensa patria.

En **materia tributaria** el artículo 150 de la Carta que contiene las funciones del Congreso de la República, establece en su numeral 12, como una de ellas: “Establecer contribuciones fiscales, y excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley”. Como se observa, en este numeral, la Constitución delega en la ley parte de sus facultades.

El artículo 338, por su parte establece que “En tiempos de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los consejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales”. Cuando sobrevengan hechos que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico del país, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el estado de emergencia por ciertos períodos y dictar decretos con fuerza de ley, mediante los cuales, en forma transitoria, podrá establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En este caso las

medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, a menos que el Congreso, durante el año siguiente les otorgue carácter permanente.

Finalmente el artículo 363 establece que “el sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad”.

El tema tributarios tiene unas implicaciones no sólo políticas, sino también técnicas de las finanzas públicas, que exceden los intereses de esta estudio general de la Constitución; sin embargo, dado su interés, en relación con el principio de equidad se han hecho algunos análisis que pueden ser de interés. La doctrina considera que, en principio, en este tema, se puede aplicar una equidad horizontal o una vertical: “La equidad horizontal requiere que los contribuyentes con el mismo ingreso real, se encuentren en circunstancias similares en otros aspectos relevantes, para que deban pagar la misma cantidad de impuesto.

Se abandona en cierta medida el principio de igualdad individual ante la ley, que era definible en el siglo XVIII pero que, se ha convertido con el paso del tiempo, en algo insostenible como fue inicialmente concebido. El carácter social del Estado benefactor o intervencionista, promueve el sostenimiento de subvenciones, exenciones y estímulos fiscales, sobre determinadas actividades que considera de interés común, al par que grava en mayor proporción, rentas superiores o grandes riquezas.

El inconveniente de la equidad es que no se han señalado cuáles son las circunstancias “similares en otros aspectos revelantes” al consenso de la comunidad. El primero de estos criterios revelantes de consenso será la semejanza de la renta. Pero había que establecer una discriminación cualitativa de la renta, según su origen sea de capital o de trabajo. Habrá que establecer también criterios de disparidades para que realmente se dé una equidad horizontal: no es lo mismo dedicarse a una actividad riesgosa, en una situación geográfica de características adversas. Por ello la ley puede dar un trato diferente a grupos de personas que se encuentren en situación similar, así todos los componentes del grupo son tratados igualmente y el sistema en general puede calificarse de equitativo (...). De igual manera se han de estudiar los beneficios de las subvenciones y de los gastos sociales, para que los criterios de la equidad sean útiles. (...). Otros teóricos mezclan la equidad horizontal con el principio de la neutralidad, al decir, que por el principio de la equidad horizontal, todas las rentas, así provengan de distinto origen, deben ser gravadas a iguales tasas, lo cual hace al impuesto neutro frente a las relaciones económicas de mercado.

La equidad vertical, involucra una diferenciación de las cargas tributarias que se experimentan en los distintos niveles de ingreso. Interpretando este principio, nos ilustra Cosciani: “se debe decir que el rico debe contribuir a las cargas sociales en cantidad superior a la proporcional respecto del pobre”. En algunas oportunidades, razones de tipo técnico impiden un tratamiento equitativo para situaciones que tiene una naturaleza similar, como ocurre en el caso colombiano de retenciones en la fuente para no declarantes con renta de trabajo. Se grava con una tarifa muy superior si se trata de un profesional que si se trata de un trabajador independiente, sin una justificación distinta al control sobre niveles de evasión superior en el primer caso. Para lograr la equidad vertical se requiere el predominio, en el sistema, de los impuestos directos que gravan el ingreso y el capital, sobre los indirectos que gravan el consumo”<sup>400</sup>.

---

<sup>400</sup> CRUZ DE QUIÑONES, Lucy. Aspectos tributarios de la nueva Constitución. Revista de Derecho Público N° 2, Facultad

En relación con el **servicio militar**, ha afirmado la Corte que tal servicio "está instituido en el ordenamiento jurídico político del Estado como un deber al cual están sometidos todos los ciudadanos para contribuir al mantenimiento del orden público, mediante su prestación temporal en beneficio de la sociedad civil; es una manera de participar el ciudadano corriente en la tarea de asegurar la convivencia pacífica de los habitantes del territorio colombiano. Siendo ello así, el servicio militar no debe evitarse como una vulneración a los derechos de los particulares, ni como el sacrificio, porque su esencia implica el ejercicio de la solidaridad ciudadana en un servicio especial e impostergable que requiere, en todos los tiempos, la sociedad"<sup>401</sup>.

**- Deberes relacionados con los derechos ajenos y el no abuso de los propios**

El no abuso de los derechos es uno de aquellos principios generales que son considerados como fundamentos esenciales generalmente aceptados y sobre los que se levanta la estructura jurídica. La base de este principio, en particular, es que los derechos de los individuos no son absolutos y que "no puede hacerse uso de ellos sino con motivo legítimo y noble y sin apartarse del espíritu que los inspira"<sup>402</sup>.

Para la Corte Suprema de Justicia la teoría del abuso del derecho "tiene por fundamento la consideración de que el derecho es una función que debe ejercitarse para el cumplimiento del fin social y sobre la bases de estricta justicia".

Para que se configure el abuso del derecho se requiere la reunión de dos condiciones:<sup>403</sup>

- a) Que se carezca de un interés legítimo y serio, es decir, que no exista un fin útil, y
- b) Que al ejercerse el derecho haya intención de dañar.

En muchos derechos considerados inicialmente como absolutos, se ha producido una atenuación con las responsabilidades que se les ha adjudicado. La propiedad, por ejemplo, es un derecho que a la vez implica obligaciones específicas y directas. El artículo constitucional lo indica (*art. 58*), cuando la define como una función social que implica obligaciones, y enuncia, además, que como tal, le es inherente una función ecológica. De allí se deduce, entre otras cosas, que el derecho de propiedad se afianza no sólo en títulos sino en la posesión efectiva demostrada con mantener explotada y productiva la riqueza, respetando el medio ambiente.

La Carta dispone además que la empresa, como base del desarrollo, también tiene una función social que implica obligaciones (*art. 333, nun. 3*).

El artículo 95 de la Constitución de 1991 inscribe otros deberes en relación con los derechos ajenos y el no abuso de los propios, que básicamente incluyen el obrar conforme al principio de solidaridad.

Ya hemos analizado el **principio-deber de solidaridad** pero podemos agregar que el hombre como ser social se ve abocado a la vida en comunidad. Ésta implica la interacción entre los miembros que la conforman; esta interacción cuando está enmarcada en el contexto de un Estado social como el nuestro, conlleva el ejercicio de la solidaridad.

---

de Derecho, Uniandes, 1992.

<sup>401</sup> C. Const., Sent. 224/93. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>402</sup> GONZALEZ RAMIREZ, Op. Cit., p. 183.

<sup>403</sup> CSJ, Sala de negocios generales, Sept. 1935, XLII, 601.



La Corte Constitucional recuerda como “El constituyente del 91, conciente de la importancia de este valor, lo elevó a la categoría de deber del ciudadano. Es así como el artículo 95 en su numeral segundo lo consagra. Este deber no está limitado solamente a la actuación frente a casos de catástrofe, el cual es sólo uno de los campos en el cual el ciudadano se ve implicado en un actuar solidario. La Corte Constitucional ha dicho en su jurisprudencia:

"El principio de solidaridad no sólo se circunscribe a eventos de catástrofes, accidentes o emergencias, sino que es exigible también ante situaciones estructurales de injusticia social en las cuales la acción del Estado depende de la contribución directa o indirecta de los asociados.

La justicia social no es un valor o ideal de libre apreciación por parte de los jueces constitucionales. *Las concepciones de la comunidad y lo comúnmente aceptado como correcto o incorrecto son ejes referenciales para el enjuiciamiento y la determinación de lo razonablemente exigible. El juez constitucional no debe ser ajeno a las nociones de lo justo e injusto que tiene la opinión pública, más aun cuando la interpretación constitucional se apoya en los valores y principios consagrados en la Carta Política, bien para reconocerlos ora para promover su realización (Sent. T-505/92, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).*<sup>404</sup>.

### ¿Existen deberes jurídicos para consigo mismo?

La Corte Constitucional se hace esta pregunta para resolver un tema de constitucionalidad relacionado con unos artículos del Código Penal. Las consideraciones de la Corte en esta interesante providencia sobre el tema de los deberes jurídicos para consigo mismo son del siguiente tenor:

“Más allá de las disputas de escuelas acerca de la naturaleza del derecho, puede afirmarse con certeza que lo que caracteriza a esa forma específica de control de la conducta humana es el tener como objeto de regulación el *comportamiento interferido*, esto es, las acciones de una persona en la medida en que injieren en la órbita de acción de otra u otras, se entrecruzan con ella, la interfieren. Mientras esto no ocurra, es la norma moral la que evalúa la conducta del sujeto actuante (incluyendo la conducta omisiva dentro de la categoría genérica de la acción). Por eso se dice, con toda propiedad, que mientras el derecho es *ad alterum*, la moral es *ab agentis* o, de otro modo, que mientras la norma jurídica es bilateral, la moral es unilateral. En lenguaje hohfeldiano, puede afirmarse que el precepto del derecho crea siempre una situación desventajosa correlativa a una situación ventajosa. En el caso concreto, cuyo análisis importa, un *deber* correlativo a un *derecho*. La moral no conoce esta modalidad reguladora. Las obligaciones que ella impone no crean en favor de nadie la facultad de exigir la conducta debida. En eso radica su unilateralidad. No en el hecho de que no imponga deberes frente a otro, sino en la circunstancia que no confiere a éste la facultad de exigir.

De allí que no haya dificultad alguna en admitir la existencia de *deberes morales* frente a uno mismo y menos aún cuando la moral que se profesa se halla adherida a una concepción teológica según la cual Dios es el dueño de nuestra vida, y el deber de conservarla (deber frente a uno mismo) se resuelve en un deber frente a Dios.

---

<sup>404</sup> C. Const., Sent. T-1750, dic. 14/2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Pero otra cosa sucede en el campo del derecho: cuando el legislador regula mi conducta con prescindencia del otro, está transponiendo fronteras que ontológicamente le están vedadas. En otros términos: el legislador puede prescribirme la forma en que debo comportarme con otros, pero no la forma en que debo comportarme conmigo mismo, en la medida en que mi conducta no interfiera con la órbita de acción de nadie. Si de hecho lo hace, su prescripción sólo puede interpretarse de una de estas tres maneras: 1) expresa un deseo sin connotaciones normativas; 2) se asume dueño absoluto de la conducta de cada persona, aún en los aspectos que nada tienen que ver con la conducta ajena; 3) toma en cuenta la situación de otras personas a quienes la conducta del sujeto destinatario puede afectar (...).

Es el artículo 16 de la Carta, que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, lo hace en los siguientes términos: "Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico". La frase "sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el *orden jurídico*", merece un examen reflexivo, especialmente en lo que hace relación a la expresión subrayada. Porque si cualquier limitación está convalidada por el solo hecho de estar incluida en el orden jurídico, el derecho consagrado en el artículo 16 Superior, se hace nugatorio. En otros términos: el legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquéllas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución.

Téngase en cuenta que en esa norma se consagra la libertad "*in nuce*", porque cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella. Es el reconocimiento de la persona como autónoma en tanto que digna (*artículo 1o. de la C.P.*), es decir, un fin en sí misma y no un medio para un fin, con capacidad plena de decidir sobre sus propios actos y, ante todo, sobre su propio destino. La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. John Rawls en "*A theory of justice*" al sentar los fundamentos de una sociedad justa constituida por personas libres, formula, en primer lugar, el principio de libertad y lo hace en los siguientes términos: "Cada persona debe gozar de un ámbito de libertades tan amplio como sea posible, compatible con un ámbito igual de libertades de cada uno de los demás". Es decir: que es en función de la libertad de los demás y sólo de ella que se puede restringir mi libertad.

Lo anterior, desde luego, dentro de una concepción *personalista* de la sociedad, que postula al Estado como un instrumento al servicio del hombre y no el hombre al servicio del Estado para la realización de un fin más allá de la persona (transpersonalismo), como la victoria de la raza superior o el triunfo de la clase proletaria.

El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen.

Una vez que se ha optado por la libertad, no se la puede temer. En un hermoso libro "*El miedo a la libertad*" subraya Erich Fromm como un signo del hombre moderno (a partir de

la Reforma) el profundo temor del individuo a ejercer su propia libertad y a que los demás ejerzan las suyas. Es el pánico a asumirse como persona, a decidir y a hacerse cargo de sus propias decisiones, esto es, a ser responsable. Por eso se busca el amparo de la colectividad, en cualquiera de sus modalidades: del partido, si soy un militante político, porque las decisiones que allí se toman no son mías sino del partido; de la iglesia, si soy un creyente de secta, porque allí se me indica qué debo creer y se me libera entonces de esa enorme carga de decidirlo yo mismo; del gremio, porque detrás de la solidaridad gremial se escamotea mi responsabilidad personal, y así en todos los demás casos.

Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia. Si la persona resuelve, por ejemplo, dedicar su vida a la gratificación hedonista, no injerir en esa decisión mientras esa forma de vida, *en concreto*, no en abstracto, no se traduzca en daño para otro. Podemos no compartir ese ideal de vida, puede no compartirlo el gobernante, pero eso no lo hace ilegítimo. Son las consecuencias que se siguen de asumir la libertad como principio rector dentro de una sociedad que, por ese camino, se propone alcanzar la justicia.

Reconocer y garantizar el libre desarrollo de la personalidad, pero fijándole como límites el capricho del legislador, es un truco ilusorio para negar lo que se afirma. Equivale a esto: "Usted es libre para elegir, pero sólo para elegir lo bueno y qué es lo bueno, se lo dice el Estado".

Y no se diga que todo lo que el legislador hace lo hace en función del interés común, porque, al revés, el interés común resulta de observar rigurosamente las pautas básicas que se han establecido para la prosecución de una sociedad justa. En otros términos: que las personas sean libres y autónomas para elegir su forma de vida mientras ésta no interfiera con la autonomía de las otras, es parte vital del interés común en una sociedad personalista, como la que ha pretendido configurar la Carta Política que hoy nos rige"<sup>405</sup>.

#### **3.5.3.4. La exigibilidad de los deberes del Estado y del ciudadano**

En relación con la ***exigibilidad de los deberes del Estado*** debemos manifestar que todas las acciones que establecen el Derecho y la Constitución Política, de alguna manera, están orientadas a lograr y exigir el cumplimiento de las funciones y objetivos tanto del Estado como de sus órganos y ramas, ya sea a nivel nacional, como regional y local. Especialmente la Jurisdicción contencioso-administrativa, encargada de dirimir los conflictos que surgen de la acción administrativa y que se suscitan entre la administración pública y los administrados o entre entidades administrativas y las acciones de cumplimiento, son parte del grupo de acciones previstas para ayudar a controlar el cumplimiento de tales deberes. De otra parte, organismos de control como la Procuraduría y la Contraloría General de la República tienen tareas de control relacionadas con este cumplimiento.

En efecto, el artículo 277 establece que el Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes tendrá entre sus funciones las de vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos (*Num. 1*), defender los intereses de la sociedad (*Num. 3*), defender los intereses colectivos (*Num. 4*) y velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas (*Num. 5*).

---

<sup>405</sup> C. Const. Sent. C-221/94. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

El control fiscal, por su parte, “es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación” (art. 267).

El ciudadano también puede hacer uso de herramientas jurídicas para buscar el cumplimiento de los deberes del Estado, pero es de resaltar que las herramientas jurídicas, por si solas no bastan para garantizar las tareas del Estado, pues también allí confluyen aspectos de política y económicos que tienen incidencia en la capacidad y habilidad del Estado para el logro de sus objetivos.

En relación con la **exigibilidad de los deberes ciudadanos**, la Corte Constitucional, en su jurisprudencia de revisión de tutelas, afrontó el tema. En efecto, sostiene el alto tribunal que: “la idea liberal de una Constitución (...), carece de una teoría de los deberes como preceptos jurídicamente relevantes, salvo que su desarrollo legal consagre una sanción en caso de incumplimiento. Lo anterior en razón de que su finalidad era la limitación del poder a través de la separación de poderes y la consagración de derechos a los ciudadanos. El valor normativo de la Constitución que acompaña la consecución del Estado Social de Derecho y lleva aparejado en cambio, la sujeción de los particulares a los preceptos constitucionales y la potestad legislativa de imponer cargas a las personas, fundadas en la solidaridad, la justicia o la igualdad”<sup>406</sup>.

En otra de sus sentencias, la Corte analiza con mayor detenimiento este aspecto, así:

“El carácter jurídico de estos deberes supone su exigibilidad. En efecto, dentro del Estado liberal, estos deberes se consideraban de naturaleza cívica o moral, y por lo tanto no era posible exigirlos jurídicamente. Sin embargo, la incidencia cada vez más fuerte de las actividades privadas en la realización de los objetivos constitucionales dentro de la sociedad contemporánea, hacen necesario que el Estado cuente con las herramientas suficientes para afrontar los crecientes desafíos que supone el deber de asegurar la cohesión social.

A pesar del valor normativo de los deberes constitucionales, y de su importancia práctica para la realización de los valores del Estado social, la forma tan general como fueron consagrados en el texto de la Carta hace que sea necesario concretar su contenido y alcance para poderlos aplicar. Surge entonces el interrogante de cuál es el órgano competente para concretar el contenido y alcance de los deberes constitucionales. Para responder a este interrogante es necesario tener en cuenta que al exigirle a los particulares el cumplimiento de determinados deberes se les están imponiendo cargas que implican la restricción de sus libertades individuales. En esa medida, resulta indispensable encuadrar el carácter social del Estado dentro del marco jurídico propio de un Estado de derecho. De tal forma se puede controlar la actuación de las autoridades, impidiendo que restrinjan caprichosamente las libertades individuales. Por lo tanto, corresponde en principio al legislador establecer tanto el contenido y alcance de los deberes constitucionales de los particulares, como las sanciones que pueden imponerse por su incumplimiento (...).

---

<sup>406</sup> C. Const. Sent. T-125-94 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Así mismo, en una oportunidad más reciente, la Corte dispuso que la exigibilidad de un deber requiere la existencia de una ley que precise su alcance, que defina las obligaciones específicas que de él se derivan, y que establezca las sanciones por su incumplimiento,<sup>407</sup> mientras en otra decisión reciente recalcó que una ley que imponga un deber a los particulares no puede limitarse a repetir el texto constitucional, sino que debe desarrollarlo y concretar su contenido.<sup>408</sup>

Aunque en principio los deberes constitucionales requieren un desarrollo legal que garantice que las autoridades no van a restringir indebidamente las libertades individuales, estos deberes excepcionalmente constituyen un criterio hermenéutico indispensable para la aplicación directa de las cláusulas constitucionales que se refieren a derechos fundamentales. En esa medida, cuando del incumplimiento de un deber consagrado en la Constitución se derive una afectación de un derecho fundamental, estos deberes pueden exigirse directamente por vía de tutela.

Sin embargo, la afectación de un derecho fundamental no es suficiente para que el operador jurídico, en este caso el juez, proceda a aplicar directamente una cláusula constitucional que consagra un deber a un particular. Para ello es necesario además, que dicho deber no haya sido adecuadamente regulado por el legislador.

Esto ocurre cuando la ausencia o insuficiencia en la regulación de un deber constitucional implica una desprotección de los derechos fundamentales de determinado grupo social. Tal excepción se justifica por la necesidad de sustraer los derechos fundamentales de las mayorías políticas ocasionales, para lo cual es indiferente que su afectación provenga de la acción del legislador, o de su inacción. En relación con este aspecto, la Corte se ha pronunciado, diciendo:

***“Excepcionalmente, los deberes constitucionales son exigibles directamente. Ello sucede, entre otros eventos, cuando su incumplimiento, por un particular, vulnera o amenaza derechos fundamentales de otra persona, lo que exige la intervención oportuna de los jueces constitucionales para impedir la consumación de un perjuicio irremediable (C.P., art. 86). En estos casos, al juez de tutela le corresponde evaluar si la acción u omisión, que constituye simultáneamente un incumplimiento de los deberes constitucionales, vulnera o amenaza un derecho fundamental, y si la ley habilita la procedencia de la acción de tutela contra el particular. En caso afirmativo, el juez podrá hacer exigible inmediatamente los deberes consagrados en la Constitución, con miras a la protección efectiva de los derechos fundamentales.”***

---

<sup>407</sup> En relación con los deberes de solidaridad entre cónyuges, la Corte sostuvo: “Para que un deber constitucional sea exigible de un individuo en un caso concreto se requiere, a diferencia de lo que sucede con los derechos fundamentales que son directamente tutelables, de una decisión previa del legislador consistente en precisar el alcance del deber constitucional, en establecer si de éste se derivan obligaciones específicas y en definir las, así como en señalar las sanciones correspondientes, respetando principios de razonabilidad y proporcionalidad” Sentencia C-246/02. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

<sup>408</sup> Al referirse a la posibilidad de que el ejecutivo dispusiera de un margen amplio de discrecionalidad para reglamentar una ley que simplemente repetía el contenido del artículo 95 de la Constitución, Esta Corporación sostuvo: “Esto significa entonces que las leyes que desarrollan los deberes constitucionales no pueden limitarse a repetir lo ya dispuesto en la Carta, sino que deben concretar el deber, en la medida en que lo permita la naturaleza de las cosas, indicando con precisión el alcance de la obligación ciudadana, así como las eventuales sanciones derivadas de su incumplimiento.” Sentencia C-251/02 (M.Ps. Clara Inés Vargas y Eduardo Montealegre Lynett).

La aplicación judicial directa de la solidaridad resulta particularmente exigible en estos casos. La solidaridad no sólo es un deber constitucional genérico (*C.N. art. 95.2*), también es un principio fundamental (*C.N. art. 1º*). Como principio, la solidaridad imprime ciertos parámetros de conducta social a los particulares, que pretenden racionalizar ciertos intercambios sociales. En el Estado Social de Derecho, el principio de solidaridad cumple la función de corregir sistemáticamente algunos de los efectos nocivos que tienen las estructuras sociales y económicas sobre la convivencia política a largo plazo. Por supuesto, la solidaridad, como principio exigible a los particulares, no es un instrumento necesario para garantizar la convivencia política, independientemente del modelo de Estado. Se trata más bien de una construcción histórica, de una herramienta que acogió el Constituyente de 1991, como instrumento normativo consistente con su opción política por el Estado Social de Derecho.

Otros modelos de Estado consideran que la solidaridad es *per sé* una intromisión ilegítima en la esfera privada, y suponen que sólo cuando el Estado garantiza un total libre juego de las fuerzas sociales se puede perpetuar la vida en comunidad. Sin embargo, la dimensión social y no simplemente individual que el Estado Social de Derecho le imprime a libertad, supone la necesidad de garantizarla de manera general y permanente, y ello impone la necesidad de racionalizarla a través del principio de solidaridad. Por lo tanto, como principio fundamental, es susceptible de aplicación judicial inmediata, cuando de ello depende la intangibilidad de los derechos fundamentales. De tal modo, la misma Sentencia antes citada, a continuación establece:

“La solidaridad es un valor constitucional que presenta una triple dimensión. Ella es el **fundamento de la organización política** (*C.P., art. 1º*); sirve, además, de pauta de comportamiento conforme al que deben obrar las personas en determinadas situaciones y, de otro lado, es útil como un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales (*C.P., arts. 86 y 95-1*).” Sentencia T-125/95 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

En virtud de lo anterior, es necesario concluir que el juez de tutela puede exigir el cumplimiento de un deber de solidaridad a un particular, cuando su incumplimiento afecte los derechos fundamentales de una persona que, por ausencia de regulación legal, carece de protección<sup>409</sup>.

### 3.5.3.5. El principio de reciprocidad entre derechos y deberes

Bien pone de presente la Corte Constitucional la existencia de reciprocidad de derechos y obligaciones constitucionales. En efecto, considera la Corte que:

“En la base de los deberes sociales se encuentra el principio de reciprocidad (*C.N., art. 95*). La Constitución reconoce, a la persona y al ciudadano, derechos y libertades, pero, al mismo tiempo, le impone obligaciones.

Los beneficios que representa para el individuo las relaciones conmutativas de la vida en sociedad deben ser compensados por este a fin de mejorar las condiciones materiales y espirituales de la convivencia social y ampliar permanentemente el número de miembros de la comunidad capaces de gozar de una existencia digna (*C.N. preámbulo, arts. 1º, 95,*

<sup>409</sup> C. Const. Sent. T-520/03 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

58 y 333). En una sociedad pobre, la justicia distributiva no puede ser solamente cometido del Estado, sino actitud y praxis de todos, mayormente de los mejor dotados.

La filosofía moral que subyace al ordenamiento jurídico emerge con fuerza normativa vinculante cuando la Constitución faculta a las autoridades para exigir del individuo la superación de su egoísmo, mediante el cumplimiento de sus deberes y obligaciones<sup>410</sup>.

## ALGUNAS CONCLUSIONES DE LA UNIDAD

La historia humana a lo largo del tiempo y del espacio no es más que una constante lucha, en todas las formas, para reconocer, implantar y hacer eficaces unas condiciones de vida que son construcción de un momento de la evolución social. Una de estas formas de construcción social está dada por el derecho, por sus características y herramientas que, como instrumento de control social intenta hacer más armónica la existencia individual y colectiva procurando que los bienes de la cultura, una cultura también en evolución, beneficien al mayor número de individuos para hacer más segura la vida no sólo de los seres humanos, sino la vida misma como fenómeno único e irreplicable. Ya se habla, además, de derechos del medio ambiente y se comienza a hablar de derechos de los animales. Esta lucha por los derechos ha sido ardua y sus progresos lentos, pero, como dice Augusto González Ramírez, cada día mas gentes van teniendo una mejor y más clara conciencia de la justicia y la convivencia sociales.

El respeto de la Carta Política, de sus valores, principios, derechos y deberes, en todas y cada una de las actuaciones de las autoridades del Estado y de los particulares deben ser el objetivo principal del Estado de Derecho. El respeto de la dignidad humana y de la necesaria solidaridad para alcanzar un adecuado desarrollo de la personalidad son el objetivo del Estado Social de Derecho.

Esta ha sido una tarea de muchos siglos que comenzó con los esfuerzos para lograr el reconocimiento y respeto de unos derechos sectoriales, de clase (de los nobles, del clero, de los burgueses), que se ampliaron luego a los derechos individuales (prácticamente para varones) y se extendieron después a derechos sociales y ambientales. Se presentaron después problemas en relación con su eficacia, para lo cual fue necesario, primero, entender que las solas declaraciones y las solas manifestaciones formales no garantizaban su cumplimiento y por tanto se hacía necesario perfeccionar las herramientas políticas, económicas, culturales y por supuesto, jurídicas para acercarse a su cumplimiento. Es una tarea que no ha concluido y probablemente no concluirá, porque implica una dinámica permanente de atención, de formación y de adecuación, pero también de equilibrio entre los derechos y los deberes que comportan.

---

<sup>410</sup> C. Const., Sent. T-532, sep. 23/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

### **3.6. Lecturas de complementación**

#### **3.6.1. Lectura I**

#### **El principio democrático y el sentido de la participación en la Carta de 1991**

CORTE CONSTITUCIONAL  
SENTENCIA C-089 DE 1994 (Apartes)  
Magistrado Ponente:  
**EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ**

La Sala Plena de la Corte Constitucional integrada por su Presidente Jorge Arango Mejía y por los Magistrados Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa

**EN NOMBRE DEL PUEBLO  
Y  
POR MANDATO DE LA CONSTITUCION**

Ha pronunciado la siguiente

#### **SENTENCIA**

En el proceso de revisión de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria N° 11 de 1992 Cámara, 348 de 1993 Senado "por la cual se dicta el Estatuto Básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones".

Consideraciones de la Corte

#### **“Principio democrático**

(...). Las relaciones entre el Estado y los particulares se desenvuelven en un marco jurídico democrático y participativo, como claramente aparece en el preámbulo de la Constitución y es reiterado en el título I de los principios fundamentales. El artículo 1º de la Constitución define a Colombia como un Estado social de derecho organizado en forma de república democrática, participativa y pluralista, mientras que el artículo 2º establece dentro de los fines esenciales del Estado el de "facilitar la participación de todos en las decisiones que los



afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación". Los principios de soberanía popular (C.P. art. 3º), de primacía de los derechos inalienables de la persona (C.P. art. 5º), de diversidad étnica y cultural (C.P. art. 7º) y de respeto a la autodeterminación de los pueblos (C.P. art. 9º), constituyen, junto con los anteriores, el ideario axiológico que identifica el sistema jurídico colombiano y le otorga su indiscutible carácter democrático y participativo, presente en los distintos escenarios, materias y procesos de la vida institucional y social del país.

Con respecto al ejercicio del poder político y social por parte de las personas, la Constitución de 1991 representa la transferencia de extensas facultades a los individuos y grupos sociales. El derecho a la igualdad, la libertad de expresión, el derecho de petición, el derecho de reunión, el derecho de información o el derecho de acceder a los documentos públicos, entre otros, permiten a los ciudadanos una mayor participación en el diseño y funcionamiento de las instituciones públicas. Los mecanismos de protección de los derechos fundamentales - entre los cuales se destaca la acción de tutela (C.P. art. 86) -, por su parte, han obrado una redistribución del poder político en favor de toda la población, con lo que se consolida y hace realidad la democracia participativa.

Los instrumentos de participación democrática garantizados por la Constitución no se limitan a la organización electoral sino que se extienden a todos los ámbitos de la vida individual, familiar, social y comunitaria.

En el campo de la organización política electoral, se amplían los mecanismos existentes antes de la expedición de la Carta de 1991. El artículo 40 consagra el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, no sólo mediante la facultad de elegir y ser elegido sino también a través del ejercicio de mecanismos de participación directa, votaciones, plebiscitos, referendos, consultas populares, cabildos abiertos, iniciativas legislativas y revocatoria del mandato (C.P. art. 103). Por otra parte, se asegura la participación de partidos y movimientos minoritarios en las mesas directivas de los cuerpos colegiados (C.P. art. 112) y se permite la participación de los partidos o movimientos políticos que no hacen parte del gobierno en los organismos electorales (C.P. art. 112). La Carta Política también establece el voto programático (C.P. art. 259) y adiciona los mecanismos de participación en el proceso de reforma constitucional, permitiendo que grupos representativos de ciudadanos presenten proyectos de actos legislativos (C.P. art. 375) o soliciten se sometan a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso en materia de derechos y garantías fundamentales o de procedimientos de participación popular (C.P. art. 377).

En cuanto al ejercicio de la función administrativa, se deberá dar participación efectiva a la mujer en los niveles decisorios de la administración (C.P. art. 40-7). Por mandato constitucional, el legislador está llamado a organizar las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública en los diferentes niveles administrativos y sus resultados (C.P. art. 270).

Mención especial merece la proyección de la democracia participativa en el campo de los servicios públicos. Al Estado, con la participación de los particulares y de la comunidad, le ha sido confiado el incremento progresivo de la cobertura de la seguridad social (C.P. art. 48) y la prestación del servicio público de la salud (C.P. art. 49). La participación de la comunidad educativa en la dirección de las instituciones de educación (C.P. art. 68) y el fomento de las prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación (C.P. art. 41), son signos distintivos del servicio público de la educación. En

general, la gestión y fiscalización de las empresas estatales de servicios públicos deberán ser determinadas por ley (C.P. art. 369), de manera que se haga realidad la participación de los miembros de la comunidad en las decisiones que más directamente los afectan.

En lo que concierne a la rama legislativa del poder público, se otorga a los grupos significativos de ciudadanos la posibilidad de presentar proyectos de ley o de reforma constitucional (C.P. art. 155) y de participar a través de organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones sobre control de calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad (C.P. art. 78).

La democratización de la función pública también se extiende a la administración de justicia. Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de esta función en condición de conciliadores o árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad (C.P. art. 116). Cabe resaltar la expansión de los mecanismos de participación ciudadana en los procesos de constitucionalidad. Estos no se limitan ya exclusivamente al ejercicio de la acción pública de inexequibilidad sino que se mantienen y refuerzan permitiendo la intervención de cualquier ciudadano en los procesos promovidos por otros o en aquellos adelantados por la Corte Constitucional en ejercicio de las funciones a ella confiadas (C.P. arts. 241 y 242).

En lo que respecta al régimen territorial, la Constitución hace extensivo el principio democrático a la órbita departamental y municipal, mediante la elección directa de alcaldes y gobernadores (C.P. arts. 303 y 314), la realización de consultas populares a iniciativa de los respectivos jefes del ente territorial (C.P. art. 105), la participación ciudadana en los asuntos públicos de carácter local (C.P. art. 314), la participación de las juntas administradoras locales en los planes y programas municipales de desarrollo económico y social, y la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas en la conformación y el gobierno de sus territorios, especialmente en lo que se refiere a la explotación de los recursos naturales (C.P. arts. 229 y 230).

En materia económica, presupuestal y de planeación, también ha operado un fenómeno de proliferación de espacios y mecanismos de participación democrática. Superando el dualismo entre capital y trabajo, la Constitución otorga al legislador la posibilidad de establecer estímulos y medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas (C.P. art. 57). El Estado, por su parte, en los procesos de privatización de las entidades en las que tiene participación, deberá tomar las medidas conducentes para democratizar la titularidad de las acciones (C.P. art. 60). Igualmente, es deber del Estado promover el acceso de los trabajadores agrarios a la propiedad de la tierra (C.P. art. 64), y garantizar la igualdad de oportunidades en el uso del espectro electromagnético, interviniendo para evitar prácticas monopolísticas (C.P. art. 75). De manera deliberada, el Constituyente ha buscado la democratización de la sociedad colombiana y la promoción de las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (C.P. arts. 1º y 13), al acoger como criterio para la distribución del gasto público y la participación en los ingresos corrientes de la Nación, aquél que tiene en cuenta el número de personas con necesidades básicas insatisfechas (C.P. arts. 350 y 357). Por su parte, el Legislador es responsable de la determinación de los procedimientos conforme a los cuales se hará efectiva la participación ciudadana en la discusión de los planes de desarrollo (C.P. art. 342). A su vez, diversos sectores económicos, sociales, ecológicos, comunitarios y culturales integrarán, junto con representantes de las entidades territoriales el Consejo Nacional de Planeación, organismo de carácter consultivo y foro para la discusión del plan nacional de desarrollo (C.P. art. 340).

En cuanto a la democratización de las organizaciones privadas, la Constitución exige de los colegios de profesionales, de los sindicatos y de los gremios una estructura interna y un funcionamiento acordes con los principios democráticos (C.P. arts. 26 y 39), y asimismo obliga a las organizaciones deportivas a adoptar una estructura y propiedad democráticas (C.P. art. 52). Es deber del Estado contribuir a la constitución de mecanismos democráticos que operen dentro de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, de manera que se ejerza un control y vigilancia más efectivos de la gestión pública desarrollada por aquéllas (C.P. art. 103).

El afianzamiento del principio democrático, inspira la disposición de la Constitución que permite a los empleados públicos - que no ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, o desempeñen ciertos cargos - participar en las actividades de los partidos y movimientos, para lo cual se deben observar las condiciones que señale la ley (C.P. art. 127).

El principio de democracia participativa no sólo informa el ejercicio del poder público y social, sino que además penetra ámbitos de la vida privada anteriormente excluidos de la regulación estatal. En efecto, la participación en la vida política, cívica y comunitaria del país es elevada al **status** de deber constitucional de la persona y del ciudadano (C.P. art. 95-5). De otra parte, la igualdad de derechos y deberes de la pareja, se erige como fundamento de las relaciones familiares, fomentando el respeto recíproco y castigando cualquier forma de violencia destructiva de su armonía y unidad (C.P. art. 42). Adicionalmente, el Estado y la sociedad deben garantizar la participación activa de los jóvenes, en los organismos públicos y privados que tengan a su cargo la protección, educación y progreso de la juventud (C.P. art. 45).

El Legislador, en fin, está llamado a garantizar la participación de la comunidad en la toma de decisiones que puedan afectar el derecho de todas las personas a gozar de un medio ambiente sano (C.P. art. 79).

La breve relación anterior de las normas constitucionales sobre las que se edifica la democracia participativa, es suficiente para comprender que el **principio democrático** que la Carta prohija es a la vez universal y expansivo. Se dice que es universal en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social. El **principio democrático es expansivo** pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social, lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción.

La interpretación constitucional encuentra en el principio democrático una pauta inapreciable para resolver dudas o colmar lagunas que puedan surgir al examinar o aplicar un precepto. En efecto, a la luz de la Constitución la interpretación que ha de privar será siempre la que realice más cabalmente el principio democrático, ya sea exigiendo el respeto a un mínimo de democracia o bien extendiendo su imperio a un nuevo ámbito.

Las consideraciones precedentes permiten asociar el derecho a constituir partidos y movimientos a la empresa superior avizorada y propuesta por el Constituyente, de construir

una democracia real. Las funciones de los partidos, a las cuales se aludirá más adelante, hacen de éstos instrumentos indispensables para promover y afianzar el diálogo democrático.

1.5 El derecho de las organizaciones sociales a manifestarse y participar en eventos políticos, tiene igualmente un referente directo en la Constitución (C.P. art. 107) y responde a la aplicación del principio democrático en un estado social de derecho que ha renunciado a la bipolaridad ciudadano-Estado y, además, acepta y propicia el juego e interacción de las variadas formaciones sociales de origen extraestatal, -emanaciones espontáneas de la libertad de asociación (C.P. art. 38) y expresiones vivas del pluralismo social- en las que se inserta el individuo en su incesante y fecunda vida de relación.

Estas organizaciones sociales, al lado de las funciones que cumplen y de las necesidades que satisfacen, o, de manera principal, pueden desarrollarse bajo el signo de la politicidad y convertirse en instrumentos aptos para movilizar ciudadanos y agregar intereses.

La Constitución ciertamente no ha entregado a los partidos el monopolio de lo político. Estos deberán emular o integrarse en su actividad con otras fuerzas surgidas del seno mismo de la sociedad y para las cuales el Estado, sus procesos decisorios, en fin, el mundo de la política, no resulta ajeno, máxime en la época presente en que la esfera de lo público se ha extendido e influido intensamente sobre lo que antes se consideraba "asuntos propios del dominio privado".

El reconocimiento que hace la Constitución es fruto de un examen realista de la sociedad contemporánea. Los partidos funcionalmente canalizan las demandas sociales, aunque son incapaces de procesarlas en su integridad y de servir siempre de instancia mediadora exclusiva entre los ciudadanos y el Estado. De hecho, varias organizaciones sociales no partidistas, en los diferentes Estados, con mayor o menor éxito, han buscado y en muchos casos logrado influir decisivamente en el proceso político.

Por otra parte, incide en la aceptación de las organizaciones sociales en la actividad política, la evolución que se ha observado en el concepto de lo político, no asimilable exclusivamente al quehacer partidista y a la elaboración de las leyes, sino extensivo a todo asunto o materia que pueda afectar al individuo, la comunidad o el Estado en un sentido sustancial y cuya definición corresponda o no pueda ser ajena a una instancia pública por reflejarse su resultado en la ecuación de poder existente en la sociedad, en la satisfacción de las necesidades sociales y en la realización de los valores constitucionales. En este orden de ideas, la relación público-privado no puede trazarse con la nitidez del pasado. Tiende a ser sustituida por una dialéctica que se orienta a trascender esa diferencia y que constantemente politiza asuntos antes excluidos de la agenda pública a la par que propende a establecer nuevas cotas a la libertad y a la igualdad. La ampliación consiguiente del diálogo político, exige, por lo tanto, que junto a los individuos y los partidos, a él ingresen las organizaciones sociales, donde también las personas pueden ver reforzadas sus actitudes y capacidades. (...).

1.9 En el artículo segundo del proyecto de ley estatutaria se definen los conceptos de partido y movimiento social. Esta definición señala un espectro de posibilidades dentro del cual el ejercicio de la actividad política es posible. Se trata de una definición cuyo sentido se enmarca dentro de los límites establecidos por la Constitución para el ejercicio del derecho y, por lo tanto, no contradice los postulados constitucionales. La constitucionalidad de esta definición legislativa se funda en la facultad que le otorga la Carta a la ley para desarrollar o

regular materias relacionadas con los derechos fundamentales sin afectar su ámbito intangible.

En el artículo segundo se utiliza el criterio de permanencia como elemento diferenciador básico de los dos conceptos: los partidos se definen como instituciones permanentes; los movimientos, en cambio, son asociaciones de ciudadanos **constituidas libremente**.

Además de este criterio ontológico, el proyecto de ley diferencia los dos términos acudiendo a una consideración finalista. Mientras los partidos están concebidos para acceder al poder, a los cargos de elección popular y para influir en las decisiones políticas y democráticas de la nación, los movimientos políticos lo están para influir en la formación de la voluntad política o para participar en las elecciones.

El proyecto de ley también parece introducir una diferencia funcional al enumerar una serie de tareas realizadas por el partido y al no señalar ninguna en relación con el movimiento. El inciso primero del artículo segundo expresa que los partidos reflejan el pluralismo político, promueven y encauzan la participación de los ciudadanos y contribuyen en la formación y manifestación de la voluntad popular.

Bajo los modelos teóricos subyacentes a estos criterios de diferenciación (ontológico, funcional y finalista) el legislador quiso comprender y delimitar un fenómeno social dinámico y variable por naturaleza, como es el de la actividad política. De la combinación de estos criterios surge la idea central de la permanencia, la cual, unida al elemento institucional, refleja no sólo la importancia de la duración en el tiempo, sino también la relevancia del desarrollo organizativo y la solidez ideológica.

Si bien es cierto que las definiciones tienen un núcleo conceptual claro, su delimitación es vaga. Es tal vez ésta la razón por la cual el proyecto de ley no deriva consecuencias normativas de la distinción conceptual. No obstante esta dificultad, o mejor aún, precisamente por ella, el artículo segundo del proyecto de ley encuentra su importancia en el hecho de permitir, a partir de una redacción y un contenido abiertos, un tratamiento flexible de los hechos, tal como lo exige la naturaleza de la actividad política y la intención democrática y pluralista de la Constitución Política.

La ley se refiere a otras entidades sociales con alcances y pretensiones políticas, tales como, las organizaciones sociales, movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos.

La referencia constitucional a una serie de manifestaciones sociales cuyas fronteras no son precisas, dificulta la tarea de definición y, en todo caso, pone en tela de juicio su propia utilidad. Es por eso que el sentido de la tipología hay que encontrarlo por fuera de la pretensión conceptual. Cuando la Constitución menciona esta serie de manifestaciones sociales con alcances políticos, lo hace con el propósito de mostrar un conjunto de posibilidades dentro de las cuales puede tener aplicación el ejercicio de un derecho ciudadano. Se describen posibilidades fácticas con el objeto de señalar facultades y de indicar el campo de ejercicio de un derecho, más que de prescribir o regular un comportamiento.

Las entidades y fuerzas políticas que se manifiestan en la sociedad son clasificadas por el texto constitucional con base en el criterio de organización política. Si por organización se entiende un conjunto humano ordenado y jerarquizado que asegura la cooperación y la

coordinación de sus miembros con el objeto de alcanzar los fines propuestos, la enumeración de entidades hecha por la Constitución posee dos polos opuestos: el partido político, de un lado, y el grupo significativo de ciudadanos, del otro. El primero tiene una clara estructura consolidada, con jerarquías permanentes y claramente diferenciadas, valores, tradiciones y códigos disciplinarios. El grupo significativo de ciudadanos, en cambio, es una manifestación política coyuntural que recoge una voluntad popular cualitativamente importante. El término significativo sólo puede ser sopesado en términos sociológicos y teniendo en cuenta la importancia de la manifestación política del grupo dentro de unas circunstancias específicas.

Entre estos dos extremos del espectro se encuentran los movimientos políticos, las organizaciones y los movimientos sociales. Un movimiento, de tipo social o político, es una empresa colectiva encaminada a establecer un nuevo orden dentro de la práctica social o a mantenerlo. El movimiento de tipo político, por su grado de organización y permanencia, está llamado a convertirse eventualmente en partido. La organización social, en cambio, mantiene sus propósitos políticos como objetivos que adquieren importancia coyuntural en la consecución de los fines de tipo social que posee la institución. El movimiento social no tiene el grado de organización del partido o de la organización social. Sus objetivos también son circunstanciales, pero su evolución puede derivar en un movimiento político.

El Constituyente, sin embargo, no quiso limitar los beneficios del reconocimiento institucional a las manifestaciones políticas depositarias de una clara estructura organizativa. La manifestación popular espontánea y depositaria de una voluntad social significativa también fue tomada en cuenta. La idea de incluir los grupos sociales significativos refleja esta intención de proteger el derecho a la participación política, incluso en aquellos niveles en los cuales su manifestación carece de una clara organización que le asegure su institucionalidad y permanencia”.

### 3.6.2. Lectura II EL DERECHO DE PETICIÓN

Obra: Derecho Constitucional Colombiano

Por: **Diego Younes Moreno**

(Páginas 135 a 139).

#### **a) Tratamiento constitucional**

Preceptúa el artículo 23 de la actual Carta que:

*Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.*

Así pues, definió la Carta como derecho esencial, tal y como lo hicieron sus predecesoras, el derecho de petición ante las autoridades.

#### **b) Antecedentes**

El derecho de petición es una de las libertades públicas más elementales de la persona humana e históricamente una de las más antiguas y va unido, en gran medida, al desarrollo de las garantías jurídicas de los derechos humanos. Importantes antecedentes son la petición de derechos británica, del 7 de junio de 1628, y entre nosotros, como primera referencia, el movimiento de los comuneros en 1781.

Uno de los grandes maestros del derecho público francés, de la época clásica de comienzos de este siglo, MAURICE HAURIOU, sostiene que además de los medios de defensa que proporcionan las libertades positivas y que participan de la fisonomía del derecho contencioso, los ciudadanos disponen de una libertad especial, que es el derecho de petición.

Para BEAUMETZ, es uno de aquellos derechos que no tiene necesidad de ser permitido, pero que tiene necesidad de no ser prohibido.

DUIGUIT, considera el derecho de petición como: «El derecho que pertenece al individuo de dirigir a los órganos o agentes públicos un escrito en el que expone opiniones, demandas o quejas. El derecho de petición es una forma de libertad de opinión».

y agrega: «Cada uno es libre de exponer sus opiniones, de hacerlas conocer al público y,

por consiguiente, a los representantes de la autoridad. El derecho de opinión es, además, una consecuencia de la libertad individual en general; cada uno tiene derecho a no ser víctima de un acto arbitrario de parte de los agentes de la autoridad y, por lo tanto, de formular una queja o una reclamación contra un acto de esta índole».

Enseña el destacado jurisconsulto ALBERTO HERNÁNDEZ MORA que en «la filosofía individualista de la Revolución Francesa, el derecho de petición se consideró como un derecho del hombre. En las deliberaciones de la Asamblea jugó gran papel político, cuando los mismos peticionarios exponían su *factum* ante ella. Aunque el derecho de petición no se le mencionó específicamente en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, sí fue incorporado expresamente en la Constitución Francesa de 1791.

«La Asamblea votó el decreto del 22 de mayo de 1791 cuyo artículo 10 estipula: el derecho de petición pertenece a todo individuo. Desde entonces, cada vez que la cuestión fue debatida, el derecho de petición no ha cesado de ser considerado como un derecho natural, independiente, por consecuencia, de los derechos políticos que hacen la calidad del ciudadano. Este derecho pertenece a los menores, a los condenados, a las colectividades y aun a los extranjeros bajo las solas restricciones impuestas por el buen sentido y las exigencias de la vida social...» (24).

Continuando en su disertación sobre este derecho, HERNÁNDEZ MORA, afirma: «No obstante que en sus orígenes al derecho de petición se le concibe como un derecho natural, como un derecho del hombre distinto de los derechos políticos que van a servir de anclaje al poder público, como cauce de la voluntad popular, se proyecta institucionalmente. Este mismo mecanismo del derecho de petición viene a dar origen, en los sistemas de gobierno de tipo democrático, a nuevas formas de participación ciudadana y, consecuentemente, a verdaderos derechos políticos establecidos y reglamentados por la ley. Así sucede en los sistemas de gobierno que como Suiza e Italia, admiten la iniciativa ciudadana para que el gobierno someta a referéndum una ley aprobada, o para que presente a discusión del Parlamento determinado proyecto de ley. Hace pocos años, en Italia, la ley de divorcio fue sometida, a solicitud ciudadana, a consulta popular». De manera que para muchos la democracia participativa encuentra en el derecho de petición un antecedente importante».

En Francia, en el campo político durante el siglo XIX, el derecho de petición tuvo notable aplicación e influencia en la adopción de nuevas leyes y en Europa adquirió gran importancia en las constituciones expedidas como consecuencia del cambio político y social que originó la guerra de 1914, estatutos que dieron a la iniciativa popular poder para determinar e influir el proceso legislativo.

Según HAURIOU (25): «Es preciso distinguir el uso privado de la petición y el uso público o político de la petición en interés general o particular. En el uso privado se solicita a las autoridades públicas que tomen en consideración los intereses particulares; en el uso político se solicita a los poderes públicos que tomen en consideración un asunto público determinado». Insiste el maestro en que el derecho de petición es realmente individual, accesible a nacionales y extranjeros, sin condición de edad ni de capacidad.

La Constitución Francesa de 1791 declaraba garantizados como derechos naturales y civiles la libertad individual, la libertad de opinión, la libertad de prensa, la libertad de reunión y, además, la libertad de dirigir a las autoridades constituidas peticiones suscritas



individualmente. En la Declaración de 1793 se encuentra una mención expresa del derecho de presentar peticiones a los depositarios de la autoridad pública, la cual no puede ser, en ningún caso, prohibido, suspendido ni limitado.

Con su reconocida autoridad, DUGUIT escribe lo siguiente sobre el derecho que comentamos:

«La petición, puede ser formulada con un objeto puramente individual, y es, entonces incontestablemente el ejercicio de un derecho natural y civil, según la terminología de los autores de la Declaración de derechos y de la Constitución de 1791, esto es, un derecho natural que pertenece a todo individuo en cuanto hombre, y un derecho civil, porque está reconocido y garantizado por la sociedad. Así, pues, este derecho pertenece a todos, incluso a aquellos que no disfrutaban de la plenitud de los derechos políticos, a las mujeres, a los niños, a los individuos que sufren la pena de interdicción civil, y hasta a los extranjeros. El derecho de petición, entendido así, *es seguramente un derecho superior al legislador, que puede reglamentarlo, pero no restringirlo, y menos suprimirlo*» (el resaltado es nuestro).

Una petición puede ser formulada y dirigida por un individuo o grupo de individuos para un fin de interés general. No se pide una decisión de carácter individual, sino que se adopte una decisión por vía general y en interés colectivo, ya dirigiéndose al Parlamento para que vote una ley, rechace un proyecto de ley, abrogue o modifique una ley vigente; ya dirigiéndose al Gobierno para que, en los límites de su competencia adopte una medida de carácter general o para que, usando de su derecho de iniciativa, presente al Parlamento un determinado proyecto de ley». (26)

De tal manera que, para algunos autores, *la petición* viene a ser el ejercicio de una especie de iniciativa legislativa, una participación efectiva en el poder público, y por lo tanto debería estar reservado a quienes se hallan en la plenitud del disfrute de sus derechos políticos. Entre nosotros no hay lugar a polémica sobre las direcciones del derecho de petición puesto que bien puede ser de interés general o bien de interés particular, y puede ser ejercido por cualquier persona, puesto que el artículo 23 de la Carta de 1991, expresa que toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. Agrega el artículo citado que el legislador puede reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.

### **c) Tutelabilidad del derecho de petición**

Para la jurisprudencia tanto de la Corte constitucional como del Consejo de Estado, no hay duda sobre la procedencia de la tutela como instrumento eficaz para proteger este derecho fundamental. Dijo la Sala Plena del Consejo de Estado, lo siguiente: «La Sala rectifica su jurisprudencia sobre el particular, teniendo para ello en cuenta que una cosa es el derecho de las personas a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución (CN., *arto 23*), *cuya garantía puede lograrse a través de la acción de tutela*, y otra cosa es la garantía o derecho procesal del administrado a hacer uso de la figura del silencio administrativo negativo, cuando una autoridad deja transcurrir el plazo de ley contado a partir de la presentación de una petición, sin notificar decisión que la resuelva, y trasladar el asunto de la controversia a la instancia jurisdiccional (CCA. *arts. 40, 60, 135 y 136*). Por ello

considera que realmente se desconoce el derecho de petición cuando la administración no decide sobre lo solicitado dentro de los términos que señala la ley. En consecuencia entrará a resolver el fondo del asunto (CE., Sent. abr. 21 Exp. AC-616. M.P. Miguel González Rodríguez).

#### CITAS DEL TEXTO

24. HERNÁNDEZ MORA, Alberto. *El derecho de petición*. Publicación de la Caja Agraria.  
25. HAURIOU. *Derecho Público Constitucional*. pág. 132.  
26. Hernández Mora. op. loc. Cit.

### 3.7. MAPA CONCEPTUAL

Apellidos y nombres del estudiante  
Código  
Grupo

Elabore un mapa conceptual de la lectura realizada de la unidad DOS incorporando los siguientes elementos:

Conceptos  
Proposiciones  
Categorías  
Relaciones  
Jerarquías  
Ejemplos

### LECTURA AUTOREGULADA

#### ACTIVIDADES

Una vez realizada la lectura de la unidad tres deberá:

- ✓ Elaborar la correspondiente ficha de estudio
- ✓ Hacer un resumen de las lecturas
- ✓ Elaborar un mapa conceptual
- ✓ Determinar los problemas planteados
- ✓ Socializar las actividades de autoformación con el grupo (mediante Internet si es posible).

#### Ficha de estudio y trabajo

Notas sobre la lectura	Comentarios personales

### CONSTRUCCIÓN COGNITIVA

Centro territorial \_\_\_\_\_  
 Nombre del estudiante \_\_\_\_\_  
 Código \_\_\_\_\_  
 Grupo \_\_\_\_\_  
 Temática \_\_\_\_\_  
 Unidad \_\_\_\_\_

Actividades	¿Cómo lo hice?
<p>19. Después de hacer una revisión del contenido del presente capítulo, me gustaría elaborar un ensayo sobre el siguiente problema, dificultad, amenaza, oportunidad, potencialidad, fortaleza o aspecto de interés que afecta mi barrio, mi ciudad o mi región.</p> <p>20. Dos preguntas que intentaré responderme en este ensayo son:</p> <p>21. El título provisional de mi ensayo será:</p> <p>22. Los beneficios que se derivarían de este ensayo serían:</p> <p>23. La importancia de este ensayo (para mi o para otras personas) a largo plazo, sería:</p> <p>24. De los objetivos propuestos por la unidad el que más se aproxima a mis intereses es:</p> <p>25. En mi concepto el procedimiento más razonable para alcanzar este objetivo es:</p> <p>26. El objetivo que yo quiero lograr con el ensayo es:</p> <p>27. En mis actividades diarias, (incluidas las profesionales) los concepto que frecuentemente utilizo de esta unidad son:</p>	

## GLOSARIO DE TÉRMINOS

Preámbulo  
 Principios constitucionales  
 Valores constitucionales  
 Derechos fundamentales  
 Derechos colectivos  
 Buena fe  
 Igualdad ante la ley  
 Libre desarrollo de la personalidad

Solidaridad  
Democracia participativa  
Estado social de Derecho  
Generaciones de derechos  
Derechos de aplicación inmediata  
Defensa de los derechos  
Eficacia de los derechos  
Conflicto entre derechos  
Libertades públicas  
Derecho a la intimidad  
Habeas data  
Desplazamiento forzado  
Presunción de inocencia  
Debido proceso  
Cosa Juzgada  
Principio del *Non bis in idem*  
Hábeas corpus  
Acción de tutela  
Acciones populares  
Acciones de cumplimiento  
Jurisdicción constitucional  
Ius Cogens  
Tratados internacionales  
Derecho internacional Humanitario  
Corte Penal Internacional  
Deber de solidaridad  
Exigibilidad de los deberes

### **Ensayo de la Unidad TRES**

Nombres apellidos del estudiante \_\_\_\_\_

Código \_\_\_\_\_

Grupo \_\_\_\_\_

Elabore el ensayo recordando que un ENSAYO incluye una introducción, una hipótesis o un problema, las posibilidades de resolverlo, los argumentos a favor o en contra, y la posición personal.

Introducción

Cuerpo

Conclusiones

### **RECAPITULACIÓN**

Realice una recapitulación de esta unidad y explique cuales aspectos usted desconocía, cuales fortalecieron sus argumentos, con cuales no está de acuerdo y porqué y con cuales sí.

### **3.13. LA EVALUACIÓN**

Recuerde que se trata de establecer un sistema de evaluación y retroalimentación congruentes con el proceso seguido, que le permita conocer en que medida se han logrado los aprendizajes de conocimientos, habilidades y actitudes valorativas que habían sido previstos en los objetivos específicos, pero también la evaluación de los contenidos, de la estrategia pedagógica y de los tutores.

### **1. Autoevaluación**

El adjetivo “auto” se utiliza para significar que procede de sí mismo y en ese sentido es el aprendiz quién otorga desde sus aprendizajes y conocimientos previos los significados y sentidos a los contenidos en su proceso de construcción de conocimiento. Con base en estas observaciones, responda a las siguientes preguntas:

1. ¿Cuál es la importancia de los principios constitucionales en relación con toda la estructura y contenidos de la Carta Política?
2. Cómo se pueden clasificar los derecho y que efecto tienen estas clasificaciones?
3. ¿Cuáles son los alcances jurídicos del principio de igualdad?
4. ¿Qué criterios y valores determinan el principio de solidaridad social?
5. ¿Cuáles son los mecanismos y los procedimientos jurídico-constitucionales para lograr la democracia representativa?
6. ¿Cuáles son los instrumentos jurídicos para garantizar la efectividad de los derechos y que grado de efectividad tienen?
7. ¿Cuáles son los nuevos parámetros sobre las responsabilidades en la efectividad de los derechos?
8. ¿Cuál es la consecuencia de la creación de acciones constitucionales especiales para la defensa de los derechos?
9. ¿Cuáles son las ventajas y desventajas planteadas por los sistemas internacionales de protección a los derechos humanos?
10. ¿Que significa la relativización de los derechos en relación con los deberes?

### **2. Coevaluación**

Haga circular **su ensayo** entre los otros integrantes del grupo de estudio y permita que ellos hagan una valoración de sus fortalezas y debilidades junto con sus dudas y críticas.

### **3. Heteroevaluación**

Entregue a su tutor las tareas asignadas, solicite determinación de los puntos débiles y trate de rehacer su trabajo teniendo en consideración sus observaciones.

### **4. Evaluación del tutor y del módulo**

Es conveniente además reportar al tutor las preguntas y dudas que surjan de la unidad para que así el redactor proceda a tomar las medidas del caso en las siguientes ediciones del texto.

Igualmente conviene hacer observaciones sobre el desempeño del tutor y sobre las recomendaciones de ayudas adicionales que contribuyan al logro de los objetivos de la unidad y del módulo.

### **3.14. RESULTADO DIDÁCTICO**

A este punto esperamos que usted esté en capacidad de **COMPRENDER, ANALIZAR Y EVALUAR** la evolución tanto de los contenidos de una Carta relacionados con principios, derechos y deberes. También de **COMPRENDER** que este es un proceso

en permanente cambio y cuales son las circunstancias actuales con la Carta de 1991 y sus principales novedades. Igualmente esperamos que adquiera la capacidad de CONOCER y COMPRENDER las dificultades para lograr la eficacia de estos derechos y deberes, a CRITICAR su eficacia y a PROPONER nuevos horizontes para sus contenidos y para su efectividad.

### 3.15. BIBLIOGRAFÍA

#### 1. Bibliografía utilizada en la Unidad

- BARRETO José Vicente. Acción de tutela –teoría y practica, Legis, 3ª ed. 2001.
- BOTERO MARINO, Catalina y otros. Libertad de información, democracia y control judicial: la jurisprudencia constitucional colombiana en perspectiva comparada. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Argentina. Edición. 2000.
- Burdeau, Método de la Ciencia Política.
- CAMARGO, Pedro Pablo. Trayectoria y características del derecho Constitucional Colombiano. Bogotá. Sociedad Colombiana de Abogados. 1974.
- CRUZ DE QUIÑONES, Lucy. Aspectos tributarios de la nueva Constitución. Revista de Derecho Público Nº 2, Facultad de Derecho, Uniandes, 1992.
- CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991. Editorial Temis, Bogotá, 1992.
- DE LA CALLE LOMBANA, Humberto. Ministro de Gobierno de 1991 en conferencia pronunciada en la Universidad Externado de Colombia el 7 de marzo de 1991.
- GONZALEZ RAMÍREZ, Augusto. Introducción al Derecho, 6ª ed. Bogotá, 1997.
- HENAO HIDRÓN, Javier. Panorama del Derecho Constitucional Colombiano, 7ª ed. Temis, Bogotá, 1988.
- HERNÁNDEZ MORA, Alberto. El Derecho de petición. Publicaciones de la Caja Agraria.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces, Legis-Ediciones Uninades, Bogotá, 2000.
- MADRID-MALO, Mario. Derechos Fundamentales. Documentos ESAP, Centro de publicaciones, 1ª ed., 1992.
- MADRID-MALO, Mario. Diccionario de la Constitución Política de Colombia. 2ª ed. Legis, 1998.
- MANRIQUE REYES, Alfredo. La Constitución de la nueva Colombia. Cerec, 1991.
- MONROY CABRA, Introducción al Derecho, 11ª edición, 1998, edit. Temis, Bogotá.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos. Ed. Siglo XXI, México, 1979.
- PALACIOS MEJIA, Hugo. Introducción a la teoría del Estado, Temis, Bogotá, 1965.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. El Contrato social. Libro I. Cap. VI.
- VANEGAS CASTELLANOS, Alfonso. Teoría y práctica de la acción de tutela. Editemas AVC, Bogotá, 1ª ed., 1966.
- SÁCHICA, Luis Carlos. Derecho Constitucional general. Dike, 1990.
- SALAZAR Cáceres, Carlos Gabriel. *Historia de los Derechos Humanos en las Constituciones Colombianas*, Academia Boyacence de Historia. Buho Editores, Tunja. 2002.
- SAMPER, José María. Derecho Público Interno de Colombia. V. 2. Bogotá, Imprenta La Luz, 1886.

- TASCÓN, Tulio Enrique. Historia del Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá, edición especial. 1980.
- VANEGAS CASTELLANOS, Alfonso. Teoría y práctica de la acción de tutela. Editemas AVC. Bogotá, 1ª ed. 1996.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Constitucional general e Instituciones Políticas Colombianas. 8ª ed. Legis, 1998.
- VILA CASADO, Iván. Fundamentos de derecho constitucional contemporáneo. Bogotá, Legis, 2007.
- YOUNES. Derecho Constitucional Colombiano. 4ª ed. Temis, Bogotá, 2001.
- ZARINI, Helio Juan. Derecho Constitucional. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992.

### **Corte Constitucional – sentencias**

#### **1992**

Sent. T-406/92. M.P. Ciro Angarita Barón.  
 Sent. T-415, jun. 17/92, M.P. Ciro Angarita Barón.  
 Sent. T-506, ago. 21/92. M.P. Ciro Angarita Barón.  
 S. Plena. Sent. C-574 de oct. 28/92. M.P. Ciro Angarita Barón.  
 S. Plena. Sent. C-587, nov. 12/92. M.P. Ciro Angarita Barón.  
 Sent. T-006, mayo 12 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.  
 Sent. T-532, sep. 23/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.  
 Sent. T-422/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz  
 Sent. T-403, jun. 3/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.  
 Sent. T-490, ago. 13/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.  
 Sent. T-439/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.  
 Sent. T-518, sep. 16/92. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.  
 Sent. T-460/92. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.  
 Sent. T-611 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo,  
 Sent. C-479, ago. 13/92. M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.  
 Sent. T-542, sep. 25/92. M.P. Alejandro Martínez Caballero.  
 Sent. T-521, sep. 19/92. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

#### **1993**

Sent. T-064, feb. 23/93. M.P. Ciro Angarita Barón.  
 Sent. C-088 de 1993, M.P. Ciro Angarita Varón.  
 Sent. T-46, feb. 15/93. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.  
 Sent. T-80, feb. 26/93. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.  
 Sent. T-067, feb. 24/93. M.P. Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón.  
 Sent. T-224/93. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

#### **1994**

Sent. C-221/94. M.P. Carlos Gaviria Díaz.  
 Sent. T-125-94 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.  
 Sent. T-92/94, mar. 3/94. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

#### **1995**

Sent. T-125/95. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.  
 Sent. T-176/95, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.  
 Sent. SU-056 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell.  
 Sent. T-411 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sent. C-225 de 1995.

#### **1997**

Sent. T-398, ago. 25/97. M.P. Alejandro Martínez Caballero.  
Sent. T-227, mayo 5/97. M.P. Alejandro Martínez Caballero.  
Sent. T-175, abr. 8/97. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.  
Sent. T-100/97, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.  
Sent. T-552, oct. 30/97. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

#### **1998**

Sent. SU-642. nov. 5/98. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.  
Sent. T-066 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.  
Sent. T-162, abr. 30/98. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.  
Sent. C-157, abr. 29/98. M.P. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.  
Sent. SU-195/98 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

#### **1999**

Sent. SU-157, marzo 10 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

#### **2000**

Sent. T-1750, dic. 14/2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

#### **2001**

Sent. C-774/2001. jul. 25/2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.  
Sent. T-1006 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.  
Sent. T-624, jun. 14/2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.  
Sent. C-053 de 2001, M.P. Cristina Pardo Schelsinger.

#### **2002**

Sent. T-149/02. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.  
Sent. C-246/02. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.  
Sent. C-251/02. M.Ps. Clara Inés Vargas y Eduardo Montealegre Lynett.

#### **2003**

Sent. C-67, feb. 4/03. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.  
Sent. T-227/03. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.  
Sent. T-520/03 M.P. Rodrigo Escobar Gil.  
Sent. T-491, jun. 6/03. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

#### **2004**

Sent. T-787, ago. 18/04. M.P. Rodrigo Escobar Gil.  
Sent. T-466, mayo 13/04. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.  
Sent. T-1191, nov. 25/04. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

#### **2006**

Sent. C-188/06.  
Sent. T-787/06. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.  
Sent. C-040/06. M.P. Jaime Araujo Rentería.

#### **2007**

Sent. T-658, ago. 23/07. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.



## Corte Suprema de Justicia

Sala de negocios generales, Sept. 1935, XLII, 601.

Cas. Penal. Sent. jul. 31/2007. Rad. 31972. M.P. Mauro Solarte Portilla.

## Paginas Webb

- <http://www.fmmeducacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm>

- [http://europa.eu/pol/rights/index\\_es.htm](http://europa.eu/pol/rights/index_es.htm)

- Página Web: Actividades de la Unión Europea, en

<http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l33501.htm>

- [http://www.todoiure.com.ar/monografias/mono/publico/el\\_monismo\\_y\\_el\\_dualismo.htm](http://www.todoiure.com.ar/monografias/mono/publico/el_monismo_y_el_dualismo.htm)

- [http://es.wikipedia.org/wiki/lus\\_cogens](http://es.wikipedia.org/wiki/lus_cogens)

- Comité Internacional de la Cruz Roja en <http://www.icrc.org/spa/dih>

- RedSalud-DDHH: Red Latinoamericana y del Caribe de Instituciones de la Salud contra la

Tortura, la Impunidad y otras Violaciones a los Derechos Humanos, en

<http://www.redsalud-ddhh.org/cortepenal.html>.

- La información actualizada sobre las ratificaciones y actividades relacionadas con la CPI en el sitio web de la Coalición de ONGs por la CPI: [www.iccnw.org](http://www.iccnw.org)

- <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13690>

## 2. Bibliografía básica

- ARAUJO RENTERÍA, Jaime. Principios de Derecho Constitucional, McGraw Hill, Bogotá, 1999.
- BARRETO RODRIGUEZ, José Vicente. *Acción de Tutela Teoría y Práctica*. Ed. Legis, Bogotá D.C. Tercera Edición, 2001.
- BISCARETI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho Constitucional*, Madrid, Editorial tecnos, 1973, p. 290.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Códigos Básicos Legis, Bogotá, 2007. Compilación original a cargo de José Vicente Barreto R.
- DUVERGER, Maurice. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. Paris, Presses Universitaires de France, 1977, p. 85.
- ECHEVERRI URUBURU, Álvaro. *Teoría Constitucional y Ciencia Política*. Ed. Fondo de Publicaciones Fundación Educacional Autónoma de Colombia, Bogotá D.C. 1980.
- FAJARDO H., Ángel R. Compendio de Derecho Constitucional General y particular, 5ª ed. Caracas, 1982.
- LOPEZ CAICEDO, Mauricio José; MEJIA GUTIERREZ, Jaime. *Proyecto de Futuro I*. Ed. Escuela Superior de Administración Pública -ESAP- Bogotá D.C. 2005.
- MEZZETTI, Luca. *La Constitución de la Unión Europea, texto y comentarios*. Ed. Universidad Central – Dike, Bogotá D.C. 2004.
- NARANJO MESA, Vladimiro. *Elementos de Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Ed. Indagraf, Bogotá D.C. 1984.
- PALACIOS MEJIA, Hugo. *Introducción a la Teoría del Estado*. Ed. Temis, Bogotá D.C. 1965.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social*. Ed. Panamericana, Bogotá D.C. 1996.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas*. Ed. Legis, Bogotá D.C. Octava Edición 1999.

- YOUNES MORENO, Diego. *Derecho Constitucional Colombiano*, 4ª ed., Bogotá, Temis, 2001, p. 205.

# **U**NIDAD IV

**¿CUÁLES SON LOS  
OBJETIVOS Y FUNCIONES  
BÁSICAS DEL ESTADO  
COLOMBIANO Y COMO SE  
ORGANIZA PARA EL  
CUMPLIMIENTO DE TALES  
OBJETIVOS?**

#### **4.1. NUCLEOS PROBLÉMICOS**

1. ¿Cómo se pueden organizar las sociedades políticas? Hay una sola forma?, hay una forma perfecta?
2. ¿Un estado implica un esfuerzo organizativo y económico, cuales son las finalidades y objetivos de un Estado?
3. ¿Que significa Estado de Derecho y Estado Social de Derecho?
4. ¿Cual ha sido la evolución del concepto de soberanía?
5. ¿Que significa la nacionalidad colombiana?
6. ¿Cuales son los derechos derivados de la ciudadanía?
7. ¿Como se manifiesta la reglamentación sobre la igualdad de derechos y deberes para la población de Colombia?
- 8 ¿Que derechos y deberes tienen los extranjeros?
9. ¿Que implicaciones tiene la doble nacionalidad en Colombia?
10. ¿Cuales son los mecanismos para fijar las fronteras de los estados?
11. ¿Como está estructurado en territorio en el estado Colombiano?
12. ¿Cuales son las competencias de los departamentos?
13. ¿Como se organiza un departamento?
14. ¿Cuales son las competencias de los municipios?
15. ¿Como funcionan las áreas metropolitanas?
16. ¿Que desarrollo ha tenido las provincias y regiones?
17. ¿Cuales son las características de la función pública?
18. ¿Cuales son las funciones de las ramas del poder público?
- 19 ¿Cuales son las limitaciones al ejercicio de tales funciones?
- 20 ¿Cómo se caracterizan las relaciones internacionales del estado Colombiano?

#### **4.2. OBJETIVO DIDÁCTICO**

- Describir y analizar los contenidos de la Carta Política en relación la estructura y el funcionamiento de sus instituciones y comprender las posibilidades de su efectividad. Comprender y asimilar los contenidos básicos de las funciones de los órganos del estado. Conocer las correlaciones entre los niveles nacional y territorial del ejercicio de las funciones públicas.

#### **4.3. CONTENIDOS DE LA UNIDAD**

##### **1. Conceptuales**

Estado  
Estado de derecho  
Estado social de derecho  
Autonomía  
Descentralización  
Soberanía  
Límites y fronteras  
Departamento

Municipio  
Región  
Provincia  
Función pública  
Función administrativa  
Ramas del poder  
Función constituyente  
Función legislativa  
Función ejecutiva  
Función jurisdiccional  
Funciones de control  
Funciones electorales  
Fuerza pública  
Fuerzas armadas  
Tratados  
Corte Constitucional  
Corte Suprema  
Congreso de la república  
Presidente de la República  
Tratados

## **2. Procedimentales**

- Entender el valor y función de de las instituciones establecidas en la Carta.
- Analizar la interrelación de funciones.
- Captar la complejidad de la organización estatal en el nuevo constitucionalismo.

## **3. Aptitudinales/actitudinales**

Desarrollo de competencias cognitivas fundamentales para la apropiación de las relaciones dinámicas entre las instituciones y sus funciones y sus efectos en una sociedad.

Desarrollo de competencias cognitivas operativas para realizar una exploración documental, cultural y de opinión sobre la organización y funciones del estado.

Desarrollo de competencias socio-afectivas relacionadas con los esfuerzos del estado de derecho y su defensabilidad.

Desarrollo de competencias gerenciales y de gestión en la creación y desarrollo de equipos de trabajo para rastrear las competencias atribuidas por la carta y el efectivo cumplimiento de las mismas, junto con sus efectos.

## **4.4. INFORMACIÓN SOBRE LA ESTRUCTURA PEDAGÓGICA Y DIDÁCTICA DE APOYO**

### **3.4.1. ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE**

El proceso de aprendizaje implica necesariamente la lectura y discusión de los contenidos de la unidad, incluidas sus lecturas que incluyen la de la Constitución Política, además de otras actividades formativas que contribuyen a la consolidación del conocimiento de la Carta, a la ampliación de sus contenidos, al logro de su eficacia y a eventuales propuestas de su modificación para el mejor logro de los fines sociales.

#### **1. De autoformación**

##### **a) *Elabore su propia construcción cognitiva***

Lea con atención toda la unidad y apunte o subraye las palabras que desconocía.

Vuelva a leer la Unidad y enuncie los problemas que aparecen, las soluciones ofrecidas y las ideas principales en forma de esquema o mapa conceptual, que sintetice las ideas claves expuestas.

Luego de una segunda lectura, depure el mapa conceptual con una reelaboración.

**b) Elabore un ensayo**

Haga su ensayo en pocas páginas, rematando siempre con una elaboración propia o análisis crítico sobre el tema *Del estado de derecho al estado social de derecho en Colombia – Los logros y los retos*.

**c) Conceptos y glosario**

-Elabore su glosario con la respectiva definición dentro del contexto que se plantea en la presente unidad.

**2. De interformación**

Los estudiantes conformarán grupos de trabajo, con los cuales deberán socializar las actividades de autoformación y llegar a unas conclusiones de grupo.

Mediante una construcción colectiva tome como casos de estudio, alguna de las ramas del poder público consagradas en la Carta para estudiar su estructura, herramientas y efectividad. Haga propuestas sobre nuevas instituciones y la ubicación de las mismas en la actual carta. Establezca además cuales organismos son nuevos en la Carta de 1991.

Subdivídase en grupos: cada uno trabajará una función y buscará como cada rama del poder público la cumple, esto para ver la transversalidad de las actividades del estado.

**3. Presencial:**

- Presentación y explicación del mapa conceptual al tutor.
- Exposición de los mapas conceptuales en grupos de trabajo.
- Discusión de los mapas conceptuales.
- Aclaración de conceptos.
- Realización de un taller con la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre uno de los siguientes temas:
  - a) Los límites de la soberanía de los estados
  - b) Las implicaciones del sistema presidencialista
  - c) La efectividad de los mecanismos de control.
  - d) La ubicación del estado en las relaciones internacionales
  - e) Los mecanismos de control y su efectividad

**4.4.2. Actividades sobre la investigación formativa**

Siguiendo la evolución histórica y procurando generar agrupaciones y categorías haga una investigación sobre uno de los dos tópicos siguientes:

- a) La evolución de las facultades extraordinarias del presidente de la República
- b) El rol de la Corte Constitucional en la defensa de la Carta
- c) Las nuevas posibilidades de organización territorial

No olvide plantear el problema, los casos o ejemplos, el contexto, etc., que orientarán el desarrollo de su investigación. Tampoco olvide incluir sus aspectos positivos y negativos y su propia posición personal. Puede utilizar los textos de la referencia o indagaciones en Internet, citando siempre su fuente.

## 4.5. DESARROLLO DE LA UNIDAD IV

### ¿Cuáles son los objetivos y funciones básicas del Estado colombiano y como se organiza para el cumplimiento de tales objetivos?

#### 4.5.1 INTRODUCCIÓN

##### 4.5.1.1 Estado y Constitución Política

Como resultado de las exigencias de su naturaleza el hombre tiene necesidad de asociarse. Las asociaciones humanas son de diferente naturaleza. Las organizaciones políticas son asociaciones humanas en las que interviene el poder, generalmente un poder que asume el control de ciertos aspectos de una sociedad con el fin de obtener unos objetivos que modernamente nos esforzamos en identificar con el fin eventual de asegurar el bienestar de los asociados. Aunque algunos pretenden identificar el estado con la sociedad, la mayoría de analistas los separa. El estado, como lo conocemos hoy, es una creación de la cultura occidental europea y es la máxima organización política actual de la humanidad, no ha existido siempre y algunos teóricos consideran que tampoco es eterna. Esta sociedad humana, constituida en un territorio permanente se caracteriza porque en tal organización un poder soberano asume entre otras funciones la creación, definición y aplicación de normas jurídicas en aras de garantizar la existencia de la organización, el logro de unos objetivos, la convivencia pacífica y el bienestar de sus miembros.

Una institución social se caracteriza por los valores con los que trata de identificar a las personas que la integran. Uno de los problemas más importantes de la teoría política tiene que ver con los límites de la autoridad política frente a las personas y con el límite de las libertades individuales frente al poder público. Precisamente en un esfuerzo por establecer esas fronteras los contenidos de la constitución fijan el marco de referencia que se conoce como un Estado de Derecho.

Es claro que el estado no es sólo derecho, pero la teoría del estado constituye el antecedente necesario de todo derecho constitucional, así el poder deja de ser un fenómeno de fuerza solamente y se convierte en poder sujeto al derecho y el derecho se hace objeto de discusión social y de producción democrática, todo ello sin olvidar que se ha producido un desplazamiento doctrinario del objeto de la política desde el estado hacia el poder.

Hoy los esfuerzos de las asociaciones sociales se centran en la búsqueda de la unidad dentro de la diversidad y en la búsqueda de consensos sobre lo fundamental, de bases mínimas para garantizar la convivencia social. Todo ello implica la necesidad de fortalecer la interactividad de las personas que integran esa sociedad.

La discusión sobre el poder el estado, su naturaleza y su futuro o sobre las crisis del estado son objeto más propio de la ciencia política. En esta unidad nos concentraremos en las formas y contenidos que las fuerzas sociales, en un momento determinado se dan como parámetros para su organización política y para su acción determinadas en un marco de referencia escrito dado que esa asociación necesita en una mayor o menor medida de la fundamentación de unos valores y principios y de la objetivación de unos fines.

#### 4.5.1.2 El Estado como persona jurídica

El Estado es una persona jurídica. Esto quiere decir, siguiendo a Vidal Perdomo, que es “sujeto activo y pasivo de derechos y obligaciones. Este atributo es propio de los seres humanos pero se le traslada a las asociaciones que ellos forman, para facilitar el cumplimiento de sus fines. Para algunos autores la personalidad jurídica de los grupos es una ficción del derecho, por lo cual se imaginan estos entes como similares a los hombres. Otros, por el contrario, piensan que estos grupos tienen realmente una personalidad distinta de quienes los integran. Cualquiera que sea la cierta, la teoría de la ficción o la de la realidad, el hecho es que se atribuyen a la persona jurídica las consecuencias de las acciones de quienes las representan”<sup>411</sup>.

Además, en el lenguaje con el cual se describen acontecimientos estatales se observan con frecuencia expresiones que vienen del derecho que se ha elaborado para las relaciones entre los particulares; se habla, por ejemplo, de los representantes elegidos, del mandato, de los mandatarios.

La teoría de la personalidad jurídica del estado permite someterlo a normas jurídicas, como cualquiera otra persona, y explicar ciertas actitudes que toma con respecto a otros estados o a sus mismos súbditos: puede ser demandante o demandado, poseer bienes, celebrar contratos, responder por los daños que produce, etc.

Precisamente una rama del derecho, el administrativo, se ocupa del problema de saber si al estado se aplican las mismas reglas jurídicas que gobiernan las relaciones de los particulares entre sí. Los países del *Common Law*, herederos de la tradición jurídica inglesa propician esta tendencia. En Francia y las naciones que han tenido su influencia, como las latinoamericanas, se ha buscado dotar al Estado por lo menos de una parte de normas especiales o sea distintas de las del derecho privado<sup>412</sup>.

#### 4.5.1.3 Formas de Estado

Las formas de estado implican poner de relieve los principios en virtud de los cuales se organizan y disponen todos los elementos de un Estado, a saber, el territorio, la población, el fin y el poder soberano. El problema de establecer una forma de estado u otra, en últimas, como sostiene Palacios Mejía, “depende de la idea que se tiene acerca de la persona humana, del fin de la organización política: tiene un marcado fundamento filosófico.

Este problema está ligado con el de la Constitución, porque ella debe ser el reflejo jurídico –político de una situación social determinada, pero también de ciertas ideas filosóficas que orientan los fines y objetivos de un Estado. Esto permite hablar de un estado liberal, de un estado socialista, de un estado corporativo, como formas de estado.

Desde otro punto de vista el derecho público ha regulado desde dos realidades la forma como se manifiesta el poder estatal: “cuando se presenta concentrado y cuando se presenta repartido en varios centros de potestad soberana. A pesar del imbricamiento que actualmente pueden presentar la forma unitaria y la forma federal de Estado, siguen

---

<sup>411</sup> Cfr. VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas. Bogotá, 8ª ed. Legis, 1999. p. 65.

<sup>412</sup> Ibidem. p. 66.

teniendo un valor de referencia jurídica”<sup>413</sup>.

### **- El Estado federal**

Se trata de una asociación de estados e el cual, en ciertos aspectos, los miembros están sometidos a un poder central, pero en otros, conservan su autonomía para el ejercicio de determinadas funciones, generalmente internas, cuya competencia escapa al poder federal.

El estado federal se caracteriza entonces por la existencia de dos niveles de expresión del poder público: el nivel federal y el nivel estatal (de los estados miembros). Históricamente esta forma de Estado surge como una rebelión de las provincias y regiones contra el excesivo centralismo del poder como en el caso del federalismo colombiano en el siglo pasado, como rechazo al centralismo de la constitución de 1843, proceso que inicia con la Constitución de 1853 y culmina con la Carta de 1863 (Constitución de Rionegro).

Velásquez Turbay reporta como aspectos positivos del federalismo, un mayor grado de democracia y que el gobernado puede controlar más fácilmente el poder y como aspectos negativos, que esta forma no asegura un desarrollo armónico de todos los integrantes y que se acomoda mal al papel que en el plano internacional cumplen los estados modernos. Esta forma de Estado es la que tienen países como Los Estados Unidos de América, Brasil, Argentina y Venezuela, aunque con diferentes grados y características.

### **- La confederación de Estados**

Más que una forma de organización política al interior de un estado “es una modalidad de organización que incorpora varios sujetos de derechos internacional. Se presenta cuando dos o mas estados deciden enfrentar una situación como una sola unidad política” (Velásquez 97). Las formas contemporáneas de las confederaciones son el objeto del moderno derecho de la integración la confederación es una figura que genéricamente comprende modalidades de organización institucional como la Comunidad Económica Europea o el pacto andino, guardadas proporciones por sus avances.

### **- La organización autonómica**

Esta forma de organización se adopta partiendo de las características socio-políticas de distinto orden que caracterizan por grupos los integrantes de una sociedad. “A diferencia de la regionalización, cuyo punto de referencia es la división territorial es el factor económico, en esta organización por autonomía, en teoría, el factor determinante viene a ser el reconocimiento de particularismo étnicos, culturales, concurrentes en la formación del ser nacional”<sup>414</sup>. Este tipo de organizaciones el que plante la constitución española de 1978.

### **- Estado unitario**

La totalidad de los atributos y funciones del poder político emanan de un titular único, de la persona jurídica denominada Estado, lo cual no significa que las competencias estatales no sean ejercidas por un número plural de órganos, pero esos distintos órganos se encuentran vinculados con un sólo centro o fuente subordinante del poder político. Por ello y dependiendo del grado de unidad se habla de estados unitarios centralizados y estados unitarios pero descentralizados como en el caso de Colombia<sup>415</sup>.

<sup>413</sup> VELAZQUEZ TURBAY Camilo. Derecho Constitucional, Ed. Universidad Externado, p. 86.

<sup>414</sup> Ibidem. p. 104.

<sup>415</sup> VELAZQUEZ TURBAY Camilo. Derecho Constitucional, Ed. Universidad Externado, p. 87.



### **- Estado unitario descentralizado**

En la práctica un estado unitario centralizado es imposible entre otras razones por la dificultad operativa relacionada con la diversidad cultural de la sociedad que lo integra. El Estado unitario descentralizado “parte de la división en dos grandes categorías de los asuntos públicos: los asuntos que corresponde gobernar al Estado como conjunto, por encima de los intereses de cada una de las distintas áreas del territorio, y la existencia de asuntos propios de cada una de las secciones en que se divide el Estado, cuya conducción puede realizarse con independencia en cada localidad”<sup>416</sup>.

Ello produce la división política del territorio del estado y el establecimiento en cada unidad, territorial o funcional de autoridades para agenciar los intereses que les son propios, autoridades que tienen personería jurídica independiente del estado, recursos propios y autonomía administrativa, dentro de los límites establecidos, para el manejo de los mismos.

## **4.5.2 EL ESTADO COLOMBIANO**

### **4.5.2.1 Evolución**

Como enunciamos anteriormente, Colombia ha conocido tanto la forma federal como la forma unitaria de estado.

En principio y dados los efectos negativos de la actitud centralista y absolutista de la corona española con sus provincias de ultramar, con la independencia de la Nueva Granada la organización política de los nuevos estados independientes refleja la tendencia hacia la autonomía local y el federalismo. En muchos de ellos tal sistema se mantiene hasta hoy, por ejemplo Argentina o México. En nuestro suelo, las 22 provincias que habían conformado el Nuevo Reino fueron proclamando su autonomía regional; algunas de ellas incluso proclamaron su propia constitución.

En 1811 se expide el Acta que establece la Confederación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada; en 1819 Bolívar logra la configuración de una república con mayor unidad, compuesta por las antiguas entidades territoriales que integraban el Virreinato de la Nueva Granada; posteriormente, con la Carta de 1821, se organizó la República de Colombia (la grande) conformada por los entonces considerados “departamentos” de Cundinamarca, Venezuela y Ecuador. Cada departamento, a su vez, quedó dividido en provincias, cantones y parroquias.

Disuelta la Gran Colombia, la Carta de 1832 estructuró un estado denominado “Provincias Unidas de la Nueva Granada” y también se dividió el territorio en provincias, cantones y distritos parroquiales; cada provincia contaba con gobernador y cámara provincial. “Las constituciones de 1843 y 1853 ratificaron esta división territorial y la fortalecieron legalmente hasta el punto de que cada provincia pudiera expedir su propia constitución. En 1856 existían 36 provincias y entre 1854 y 1857 se expidieron 61 constituciones provinciales”<sup>417</sup>.

En 1855 se reforma la Carta de 1854 para permitir la formación de Estados. La siguiente Carta de 1858 reconoció los estados de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca,

<sup>416</sup> Ibidem. p. 88.

<sup>417</sup> AGUILERA PEÑA, Mario. División política administrativa. Bogotá. Revista Credencial No. 122. p. 6.

Magdalena, Panamá y Santander, conformándose con ellos la Confederación Granadina. Algunos de estos estados se subdividieron a su vez en departamentos, provincias y municipios; la Carta de 1863 –de los Estados Unidos de Colombia- agregó el Estado del Tolima. Al gobierno central se reservó el manejo de las relaciones exteriores y a los estados se reconoció autonomía para manejar sus asuntos.

Tras la derrota de los liberales en la guerra de 1885 los conservadores, con la Carta de 1886 optan por el centralismo como modelo de estado y de gobierno, bajo la fórmula de “Centralización política con descentralización administrativa”. Los antiguos estados se convierten en departamentos dirigidos por gobernadores elegidos directamente por el Presidente de la República y divididos en provincias y estas, a su vez, en distritos municipales.

Existían además las intendencias y comisarías que conformaban los llamados “territorios nacionales” ubicados básicamente en la Orinoquía y la Amazonía y comprendían a Arauca, Casanare y Putumayo (intendencias), y Amazonas, Guainía, Vaupés, Vichada y Guaviare (comisarías) y en el océano Atlántico la Intendencia de San Andrés y Providencia. Su situación era debida a su escaso desarrollo por lo cual se encontraban directamente administradas por el Gobierno nacional. El constituyente de 1968 generó un mandato imperativo en relación con San Andrés dada su posición estratégica y su creciente importancia a nivel turístico. Su categoría sería elevada a departamento con la Carta de 1991.

#### **4.5.2.2 La República Unitaria de 1991**

La Carta de 1991 mantuvo el sistema unitario de la Carta de 1886 pero amplió un poco más las fronteras de la descentralización; además, convirtió las intendencias y comisarías existentes en departamentos. La Carta determinó la descentralización y la autonomía de las entidades territoriales. Algunas voces proponen el regreso a un sistema federal.

Dispone la Constitución actualmente vigente en su artículo 1:

“ART.1º—Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

En las unidades anteriores hemos tenido oportunidad de analizar los aspectos relacionados con la democracia participativa, la dignidad humana, la solidaridad y la prevalencia del interés general. El artículo 1º establece además que Colombia es un Estado Social de Derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales. A estos dos aspectos del Estado nos dedicaremos a continuación.

Es de destacar que el Estado unitario en sentido estricto, aparece en principio como una organización centralizada en la cual los entes locales están subordinados a él y ejercen las facultades propias de la autonomía y la descentralización en diversos grados, los cuales no impiden, en modo alguno, la centralización de la organización política<sup>418</sup>.

---

<sup>418</sup> C. Const., Sent. C-157, sep. 15/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

### La descentralización

La descentralización se presenta como un concepto genérico que caracteriza nuestro Estado y que comprende diversos grados de libertad en la toma de decisiones. "...Es por eso que unas veces la descentralización se manifiesta, prevalentemente, en la realización de funciones con abstracción del aspecto territorial, por cuanto lo que interesa fundamentalmente es la racionalización administrativa en la prestación de un servicio. Otras, por el contrario, el elemento territorial asume una posición dominante en el ejercicio de la descentralización. El grado de libertad del sujeto puede manifestarse en el ejercicio de funciones a través de los típicos actos administrativos, o puede adquirir también la forma de actividad normativa, la cual se ejerce dentro de la unidad de organización de la comunidad estatal, vale decir, sin dar lugar al nacimiento de un ordenamiento de tal naturaleza que desborde el centro de autoridad<sup>419</sup>.

En un Estado unitario, como Colombia, coexisten formas de descentralización *cualitativas* y *cuantitativas* con la unidad de organización de la comunidad estatal. Tales formas se manifiestan a través de entes territoriales (departamentos, municipios) o de una racionalización de funciones administrativas (v.gr. corporaciones autónomas regionales).

En el ámbito del estado federal típico, por el contrario, los denominados *Estados Miembros* son titulares de una potestad de autoorganización que les permite darse, dentro de límites determinados, su propio ordenamiento constitucional federal. Así, pues, en el estado unitario típico puede darse una descentralización entendida como un cierto grado de libertad para el manejo de algunas actividades a nivel predominantemente administrativo en tanto que en el estado federal la descentralización alcanza un grado tal que trasciende los niveles administrativo y legislativo y llega también al corazón mismo del nivel constitucional<sup>420</sup>.

El Constituyente de 1991 otorga a los conceptos de **descentralización** y **autonomía** más de un sentido y por tanto, de acuerdo con la Corte Constitucional, como etapa previa y necesaria de su aplicación, corresponde al intérprete de las normas desentrañar y precisar en cada caso, su significado. Por ello, la Corte estimó pertinente hacer algunas consideraciones sobre las implicaciones de los conceptos de descentralización y autonomía en el ámbito de Estados que, como Colombia, son, simultáneamente, Repúblicas unitarias:

"En el ámbito institucional, como en el individual, los conceptos de autonomía y descentralización hacen referencia a un cierto grado de libertad en la toma de decisiones por parte de un determinado ente jurídico en relación con otro. Se utilizan en derecho constitucional y en ciencia política como parámetros teóricos, como tipos ideales (Max Weber) a partir de los cuales se cataloga o se describe una realidad caracterizada por tendencias. Como ha sido señalado por Hans Kelsen, no existe un Estado organizado de manera totalmente descentralizada, como tampoco existe un Estado totalmente centralizado. "Los Estados Históricos, esto es, los órdenes jurídico-positivos de cada Estado, no han sido ni plenamente centralizados ni descentralizados por completo; siempre ha habido en ellos una parte de centralización y otra de descentralización, habiéndose aproximado más o menos, según los casos, a uno u otro de estos tipos ideales"<sup>421</sup>.

<sup>419</sup> C. Const., Sent. C-157, sep. 15/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

<sup>420</sup> Ibidem.

<sup>421</sup> Ibidem.

En desarrollo de estas características que hacen parte de la esencia misma del Estado, se incluyen entre otras las siguientes aplicaciones de la descentralización establecidas en la Constitución:

- La función administrativa debe desarrollarse mediante la descentralización (*C.P., art. 209*);
- Las entidades del orden nacional **descentralizadas** por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de esta (*C.P., art. 210*).
- La descentralización aparece también en forma implícita en la autorización para crear divisiones del territorio distintas a la denominada general, para el cumplimiento de las funciones y servicios a cargo del Estado (*C.P., art. 285*).
- Los servicios de salud se organizarán de manera **descentralizada** (*C.P., art. 49*);
- La Carta prohíbe descentralizar responsabilidades sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas (*C.P. art. 356*). Tales entes podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas (*C.P. art. 368*).

Cuando la descentralización se manifiesta, por ejemplo, en la gestión de intereses propios mediante autoridades también propias y en la expedición de normas ajustadas a la Constitución y la ley, nos encontramos ante la autonomía.

### **Las entidades descentralizadas**

De acuerdo con la Ley 489/98 (*art. 68*):

“Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado, aun cuando gozan de autonomía administrativa, están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

PAR. 1º—De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable

a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial. (...)”.

### La autonomía en la Constitución

La Carta del 1991 también emplea en varias instancias la noción de autonomía como sinónimo de poder de regulación normativa, o sea, como capacidad de expedir normas jurídicas.

Ella aparece inicialmente consagrada como característica esencial de las entidades territoriales que conforman el Estado colombiano (*C.P., art. 1º*), pero tiene otras instancias de aplicación, entre los que se incluyen la autonomía de los órganos creados para el cumplimiento de algunas funciones estatales (*C.P., art. 113*), de la administración de justicia (*C.P. art. 228*), de las Corporaciones Autónomas Regionales (*C.P., art. 150-7*) y la del organismo de derecho público a cuyo cargo estará la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión (*C.P., arts. 76 y 77*).

Como manifestación de darse sus directivas y regirse por sus estatutos de acuerdo con la ley, la autonomía administrativa alcanza su máxima expresión con la consagración de la autonomía universitaria (*C.P., art. 69*).

De otra parte, la autonomía, sin otra precisión, es también una característica de la Fiscalía General de la Nación (*C.P., art. 249*), de la Contraloría General de la República (*C.P., art. 267*), de las Contralorías departamentales y municipales (*C.P., art. 272*), de las entidades territoriales (*C.P., art. 287*), de las Asambleas Departamentales (*C.P., art. 300*) y de la Corporación Regional del Río Grande de la Magdalena (*C.P. art. 331*)<sup>422</sup>.

En relación con las entidades territoriales, esta garantía constitucional tiene un contenido básico material, deducible de la Carta, que se constituye en límite y guía a la acción del legislador, en su tarea de establecer la configuración concreta del mapa de competencias<sup>423</sup>.

Así, corresponden a esta clase, competencias tales como las que en el artículo 300 se atribuyen a las Asambleas Departamentales para:

- Expedir las disposiciones relacionadas con la planeación, el desarrollo económico y social, el apoyo financiero y crediticio a los municipios, el turismo, el transporte, el ambiente, las obras públicas, las vías de comunicación y el desarrollo de sus zonas de frontera (num. 2º).
- Expedir las normas orgánicas del presupuesto departamental (num. 5º).
- Dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal (num. 8º).
- Regular, **en concurrencia** con el municipio, el deporte, la educación y la salud en los términos que determine la ley” (num. 10).

Y las que el artículo 313 concede a los concejos municipales para:

<sup>422</sup> C. Const., Sent. C-517, sep. 15/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

<sup>423</sup> Ibidem.

- Dictar las normas orgánicas del presupuesto (num. 5º).
- Reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda (num. 7º).
- “Dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio (num. 9º)”.

En relación con el grado de descentralización o de autonomía, considera la Corte Constitucional que éstos se miden “por la incidencia que una entidad decisoria tiene en la creación y la aplicación de las normas. Aquí también es necesario introducir el elemento revitalizador: habrá ámbitos normativos caracterizados por la plena autonomía, otros por la parcial autonomía y otros por la plena dependencia. En consecuencia, de la misma manera como la libertad o la dependencia de un individuo debe ser evaluada como una capacidad relativa a partir de circunstancias específicas, las normas constitucionales que se refieren a la descentralización y a la autonomía de las entidades territoriales, no pueden ser tomadas en términos absolutos. Ellas marcan una pauta, un grado, una tendencia que debe ser respetada al momento de interpretar las relaciones entre el Estado central y sus entidades y que no excluye la posibilidad de que existan, en tales relaciones, algunos ámbitos normativos de mayor dependencia y otros de mayor autonomía<sup>424</sup>.

### **La autonomía constitucional de los órganos autónomos e independientes del Estado**

En torno de la autonomía constitucional de los órganos del Estado la Corte ha tenido ocasión de señalar las características y alcances pertinentes. Recientemente ha puntualizado que “la autonomía reconocida por la Constitución a favor de ciertos organismos estatales se basa ya sea en función de la protección de colectividades territoriales (autonomía de las entidades territoriales, régimen especial de las denominadas corporaciones autónomas regionales) (Cfr. Sents. C-219/97, C-380/96, C-534/96, C-578/99), o del desarrollo de las funciones encomendadas (autonomía de los organismos de control, de los organismos de regulación, Banco de la República, organismo de televisión, autonomía de la organización electoral)(Cfr. Sents. C-078/99, C-566/00, C-350/97, C-208/00, C-401/01, y C-827/01), o de comunidades específicas y del servicio a ellas encomendado (autonomía universitaria)(Cfr. Sents. C-220/97, T-496/00, C-775/01).

Así mismo la Corte ha destacado que la autonomía que la Constitución Política otorga a determinados organismos significa, básicamente:

- i) no pertenencia a alguna de las ramas del poder,
- ii) posibilidad de actuación por fuera de las ramas del poder y por ende actuación funcionalmente independiente de ellas,
- iii) titularidad de una potestad de normación para la ordenación de su propio funcionamiento y el cumplimiento de la misión constitucional encomendada (Sent. C-401/01).

<sup>424</sup> C. Const., Sent. C-517, sep. 15/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

De acuerdo con la Corte: “la autonomía constitucionalmente reconocida se predica frente a los demás órganos del Estado y particularmente frente a los órganos integrados en las ramas del poder público. En consecuencia la autonomía constitucionalmente otorgada marca un límite a la acción de los órganos de las ramas del poder sobre los órganos definidos constitucionalmente como autónomos.

Si bien los denominados “órganos autónomos e independientes” son órganos del Estado, según ha expresado esta Corte, la acción del legislador y la de los órganos que forman parte de la rama ejecutiva se halla limitada por el núcleo esencial de autonomía que resulta definido por los mandatos mediante los cuales la Constitución, de manera explícita y en cada caso, define el ámbito de autonomía. Al respecto la Corte ha acuñado como enunciado de principio el siguiente: A mayor regulación constitucional menor será el ámbito de la regulación legal, y viceversa. Pero en todo caso, es preceptivo el respeto al núcleo esencial de autonomía que en cada supuesto aparecerá definido en función del cumplimiento de las misiones específicas encomendadas al órgano autónomo (*Sent. C-401/01*)<sup>425</sup>.

#### 4.5.3 LOS FINES ESENCIALES DEL ESTADO COLOMBIANO

Si bien una característica de la naturaleza del ser humano es la de ser “social” también es cierto que sus asociaciones buscan varios objetivos y tienen diversas finalidades. Para su organización política también se fijan varios objetivos que por su misma dinámica evolucionan con el tiempo. Comienzan quizás por la defensa, la seguridad y la supervivencia y hoy tales objetivos no han desaparecido, pero en la medida en que evoluciona la sociedad y la manera de entenderse a sí misma, se van agregando otros objetivos no menos importantes, relacionados por ejemplo con los derechos a la participación, a la justicia social, a la educación o al bienestar.

Los objetivos por los cuales una nación o un grupo social constituido políticamente en estado y conciente de sus derechos y deberes se expresan generalmente en el preámbulo de su Constitución, producto del pacto político fundamental se genera y se dota de fines tanto al Estado como a las demás instituciones políticas que lo integran.

En efecto, dispone el preámbulo de nuestra Carta que: “EL PUEBLO DE COLOMBIA, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, decreta, sanciona y promulga la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, **con el fin de:**

- Fortalecer la unidad de la Nación,
- Asegurar a sus integrantes:
  - La vida,
  - La convivencia,
  - El trabajo,
  - La justicia,
  - La igualdad,
  - El conocimiento,
  - La libertad y
  - La paz.
- Impulsar la integración de la comunidad latinoamericana.

---

<sup>425</sup> C. Const. Sent. C-775, jul. 25/2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis.



Todo ello dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo.

#### **4.5.3.1 Los fines establecidos en el preámbulo y su efecto vinculante**

En algunos momentos de la historia constitucional se consideró que el preámbulo de la Carta contenía apenas una manifestación de intención. Con el fortalecimiento del derecho público y del valor normativo de la Carta se ha impuesto el criterio contrario. En efecto, juzga la Corte Constitucional que el preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma —sea de índole legislativa o de otro nivel— que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios.

El preámbulo incorpora los siguientes aspectos:

- Los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico;
- Los principios que inspiraron al Constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado;
- La motivación política de toda la normatividad;
- Los valores que esa Constitución aspira a realizar y que trasciende la pura literalidad de sus artículos.

En consecuencia, y de acuerdo con la Corte: “El preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas. Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la trasgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan”<sup>426</sup>.

Además, considera la Corte que “la preceptiva constitucional ha sido enderezada por el propio Constituyente a la realización de esos fines, al logro de unos cometidos superiores ambicionados por la sociedad, que cabalmente son los que plasma el preámbulo y que justifican la creación y vigencia de las instituciones. Quitar eficacia jurídica al preámbulo, llamado a guiar e iluminar el entendimiento de los mandatos constitucionales para que coincida con la teleología que les da sentido y coherencia, equivale a convertir esos valores en letra muerta, en vano propósito del constituyente, toda vez que al desaparecer los cimientos del orden constitucional se hace estéril la decisión política soberana a cuyo amparo se ha establecido la Constitución”<sup>427</sup>.

#### **4.5.3.2 Los fines esenciales del Estado colombiano**

El artículo segundo de la Carta, por su parte, establece los fines esenciales del Estado colombiano así:

1. *Servir a la comunidad*, aspecto relacionado tanto con el servicio público, como con la función pública.
2. *Promover la prosperidad general*, finalidad relacionada con la obligación de tomar medidas de carácter político, educativo, económico y social, personal y grupal, en beneficio de la nación que no tengan carácter excluyente ni exclusivo.

<sup>426</sup> C. Const., Sent. C-479, ago. 13/92. M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

<sup>427</sup> C. Const., Sent. C-479, ago. 13/92. M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.



3. *Garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución*, mediante su propia actuación y la implementación de herramientas jurídicas, políticas, económicas y sociales y los procedimientos requeridos para dar efectividad a la Carta de Derechos.

4. *Facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación*, mediante los más amplios mecanismos de participación.

5. *Defender la independencia nacional*,

6. *Mantener la integridad territorial*

7. *Asegurar la convivencia pacífica* mediante las herramientas adecuadas para resolver los conflictos que normalmente se presentan en una sociedad.

8. *Asegurar la vigencia de un orden justo*, no de cualquier orden, no la vigencia del orden, sino la de un orden cualificado, es decir, de un orden que obedezca a los parámetros del estado social de derecho, un orden orientado hacia la justicia social.

El artículo 13 de la Carta dispone que “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan

El artículo 366 de la Carta también establece un objetivo fundamental del estado, al disponer que “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable”.

La misma norma establece que para tales efectos, “en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación”.

El artículo 80, por su parte, estatuye que el Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas

Por disposición del artículo 103 (*inc. 3*), el Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan

## Los servicios públicos

Se entiende por servicio la actividad realizada para satisfacer una necesidad. Servicio público, por su parte, es la actividad organizada que se ejerce de modo regular y continuo, de acuerdo con un régimen jurídico, para satisfacer necesidades de interés general. El servicio público reviste un carácter técnico y se entiende que es prestado al público de manera regular y continua para satisfacer una necesidad pública. “El elemento público de la locución servicio público no se refiere al ente o a persona que lo realiza o presta sino al destinatario del mismo; es decir, a quien dicho servicio va dirigido. Servicio público no es otro que servicio para el público”. (Diccionario. Víctor De Santo. P. 790). Los servicios públicos, de acuerdo con el artículo 365 de la Carta “son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”.

También establece la norma que el servicio público puede ser prestado por el estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, pero que su regulación, control y vigilancia son responsabilidad estatal.

Es necesario tener presente que cuando hablamos de servicios públicos no estamos haciendo referencia solamente a los servicios públicos domiciliarios; la administración de justicia o la educación, por ejemplo, también son servicios públicos.

La Corte Constitucional ha puesto de presente como el servicio *público es una instancia de legitimidad del Estado* al sostener en su jurisprudencia que “La noción de servicio público expresa una transformación política que se traduce en la subordinación de los gobernantes a los gobernados. La relación individuo-Estado no es, por tanto, la de vasallo o súbdito y monarca sino la de ciudadano-servidores públicos. El contenido filosófico-político de la noción de servicio público trasciende las diversas posiciones ideológicas abstencionistas, intervencionistas o neoliberales. Dicho contenido refleja una conquista democrática que se traduce en una teoría del Estado cuyo cometido esencial es el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas de toda la población y el aseguramiento de un mínimo material para la existencia digna de la persona.

Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios derechos y deberes constitucionales (C.N., art. 2º). El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros”. (C. Const., Sent. T-540, sep. 24/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En consecuencia, el estado social y democrático tiene una concreción técnica en la noción de servicios públicos, y la administración está sujeta a un concepto evolutivo de mayores prestaciones y mejores servicios al público, según las cambiantes necesidades y la complejidad del mundo moderno.

De acuerdo con la Corte, “La idea de servicio público es el medio para avanzar rápidamente al estado social y democrático de derecho, en forma pacífica y sin traumas para los grupos de interés que detentan posiciones de ventaja respecto de los sectores mayoritarios de la sociedad con necesidades insatisfechas. La legitimidad del Estado depende del cumplimiento de sus deberes sociales y de la eficacia de la gestión pública. La población es sensible a la efectiva realización de los fines esenciales del Estado, en particular porque sobre ella pesa la carga del régimen impositivo. La corrupción y el fraude generalizados hacen que el ciudadano perciba la presencia del Estado como una

carga insoportable y puede conducir a su destrucción o al desmonte de las prestaciones sociales a su cargo. Por ello los servicios públicos deben mantener un nivel de eficiencia aceptable para dar respuesta a las necesidades sociales, sin perjuicio del principio de la solidaridad social. Los servicios públicos como instancia y técnica de legitimación no son fruto de la decisión discrecional del poder público sino aplicación concreta del principio fundamental de la solidaridad social (C.N., arts. 1º y 2º). A través de la noción de servicio público el Estado tiene el principal instrumento para alcanzar la justicia social y promover condiciones de igualdad real y efectiva. (C.N., art. 13) de toda la población”<sup>428</sup>.

#### **- La seguridad es servicio público**

“La *seguridad* es un servicio público a cargo del Estado y uno de los elementos del orden público, junto a la tranquilidad, salubridad y moralidad públicas. Sin embargo, también se ha demostrado la incapacidad estatal para la protección de las personas, una de las crisis del Estado contemporáneo, entre las múltiples crisis que padece, y que hace que muchas de sus funciones básicas o servicios a su cargo, se trasladen, por delegación, a los particulares. Sucede entonces, el fenómeno de la desestatización del Estado, como le dicen algunos autores, que conlleva a la privatización de funciones, tareas y servicios de interés general. A dicho fenómeno no ha escapado la seguridad de las personas y la protección de su vida, honra y bienes. Frente a ello, está también el hecho incontrovertible de la violencia generalizada y el conflicto armado interno. Son circunstancias que conllevan a que el tema de la seguridad, en la medida que sea procurado por las mismas personas y comunidades, ocupe un lugar importante en el acontecer diario y en el debate jurídico, alcanzando naturalmente el terreno del Derecho Público y de la Constitución Política. Esa realidad toca temas relativos a la seguridad como servicio público y la posibilidad de delegarla, a la exclusividad de la fuerza pública y al monopolio y control de las armas por parte del Estado. Se trata de un debate actual, razón por la cual trascibimos algunas disposiciones sobre las normas que autorizan los servicios de vigilancia y seguridad privada, denominados comúnmente Convivir (D. 356/94 y D. 2974/97), y comentarios acerca de la sentencia de la Corte Constitucional (C-572, nov. 7/1997) que avaló las normas referidas<sup>429</sup>.

#### **- La seguridad social es servicio público**

Dispone la Constitución en su artículo 48 que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.

La seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

#### **- El servicio público de salud**

En relación con la salud, el artículo 48 dispone que: La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas

<sup>428</sup> C. Const., Sent. T-540, sep. 24/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>429</sup> Comentario al art. 150. Constitución Política. Código Legis de hojas sustituibles.

las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

#### **- El servicio público de educación**

Por expresa disposición constitucional (*art. 67*), la educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura.

La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente.

El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.

La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.

Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley

De acuerdo con la Corte Constitucional, el derecho a la educación comprende cuatro dimensiones de contenido prestacional. La Sentencia T-787 de 2006 los señaló y la Sent. T-658, ago. 23/2007 los ratificó, así:

i) La *asequibilidad* o disponibilidad del servicio, que puede resumirse en la obligación del Estado de crear y financiar suficientes instituciones educativas a disposición de todos aquellos que demandan su ingreso al sistema educativo, abstenerse de impedir a los

particulares fundar instituciones educativas e invertir en infraestructura para la prestación del servicio, entre otras;

ii) La *accesibilidad*, que implica la obligación del Estado de garantizar el acceso de todos en condiciones de igualdad al sistema eludido, la eliminación de todo tipo de discriminación en el mismo, y facilidades para acceder al servicio desde el punto de vista geográfico y económico;

iii) La *adaptabilidad*, que se refiere a la necesidad de que la educación se adapte a las necesidades y demandas de los educandos y que se garantice continuidad en la prestación del servicio, y

iv) La *aceptabilidad*, la cual hace alusión a la calidad de la educación que debe impartirse<sup>430</sup>.

Finalmente, dentro de las enunciaciones expresas de servicio público que hace la Carta se encuentra la estipulada en el artículo 131, al disponer que "Compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia".

#### **- Los servicios públicos domiciliarios**

La Carta menciona en particular dos tipos de servicios públicos: los fundamentales y los domiciliarios. Se consideran como fundamentales aquellos servicios públicos cuya prestación no puede suspenderse sin vulnerar o amenazar, de modo directo y manifiesto, derechos fundamentales de las personas usuarias, como sucede con ciertos servicios públicos domiciliarios. Su definición compete al legislador (*C.P., art. 56*).

Los servicios públicos domiciliarios, por su parte, son servicios públicos que tienen por objeto proporcionar a los usuarios acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, gas combustible y comunicación telefónica. Estos servicios se prestan directamente por cada municipio cuando así lo permiten y aconsejan sus características técnicas y económicas, y las conveniencias generales.

#### **- Servicios públicos domiciliarios, Estado social de derecho y principio de solidaridad**

La prestación de los servicios públicos domiciliarios comporta una transferencia de bienes económicos y sociales con base en el principio de justicia redistributiva que, mediante el pago discriminado de los servicios públicos según estratos y en función de la capacidad económica del usuario, permite un cubrimiento a sectores marginados que, en otras circunstancias, no tendrían acceso a los beneficios del desarrollo económico. De esta forma se garantizan las condiciones materiales para la consecución de una igualdad real y efectiva (*C.N., art. 13*) de toda la población<sup>431</sup>.

#### **- Parámetros constitucionales para el establecimiento del régimen legal de los servicios públicos domiciliarios**

"Varios preceptos constitucionales se ocupan de ratificar el carácter especial que reviste el régimen legal de los servicios públicos, es así como dispone la Constitución que estos

<sup>430</sup> C. Const., Sent. T-658, ago. 23/2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>431</sup> C. Const., Sent. T-540, sep. 24/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

están sometidos al régimen jurídico que fije la ley (*art. 365*); se defiere a la ley fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación y el régimen tarifario (*art. 367*); se establece que la ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, su régimen de protección, formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que prestan el servicio y definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios (*art. 369*); se asigna al Presidente de la República las dos más importantes funciones de intervención económica en el mercado de los servicios públicos, regulación y control y determina que esta última la ejerce por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (*art. 370*); en fin, se imponen unos términos especiales para la aprobación del régimen jurídico de los servicios públicos (*art. 48 trans.*).

De otro lado, no debe olvidarse que los servicios públicos son regulados en el marco de la constitución económica (título XII) y no dentro del apartado de la Constitución dedicado a la organización del Estado (título V a X), como sí sucede con la función pública cuyo marco constitucional se encuentra consignado en el capítulo 2 del título V (*C.N., arts. 122 a 131*)<sup>432</sup>.

#### **- La inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos**

Tres preceptos constitucionales (*arts. 189-22, 365 y 370*) encomiendan al Presidente la función de ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos. De acuerdo con el Consejo de Estado, la prestación del servicio público no se trata de una manifestación de la función pública; entonces, se pregunta el Consejo, ¿Por qué se someten los servicios públicos a esta tradicional función de policía administrativa reservada las actividades desplegadas en el marco de una actividad económica? En el sentir del Consejo de Estado, la Carta de 1991 al regular los servicios públicos domiciliarios como un apartado especial de la constitución económica “dejó atrás la noción que asimilaba servicio público a una proyección de la ‘función pública’ y optó por un ‘nuevo servicio público’ basado en el modelo de servicios públicos competitivos: mercado a la vez libre e intervenido, ya que el Estado en su condición de director general de la economía se erigió en el garante —que no prestador monopólico— de los servicios. En otras palabras, se trata del cambio del modelo de Estado (...). De suerte que, los servicios públicos domiciliarios dejaron de ser concebidos como función pública, a la manera de la escuela realista de Burdeos, para ser tratados como un capítulo singular de la constitución económica dentro de un modelo “neocapitalista, propio de una economía social de mercado, que pretende conciliar las bondades de la competencia con la necesaria intervención estatal, en orden a proteger al usuario final”<sup>433</sup>.

Considera así el alto tribunal de lo contencioso administrativo que “El constitucionalismo colombiano sufrió una singular transformación con la adopción de un nuevo modelo económico que se caracteriza porque si bien la libertad económica —en su doble acepción: la libertad empresa y la libertad de competencia económica— es garantizada como derecho colectivo (*C.N., arts. 88 y 333*), la dirección general de la economía corre a cargo del Estado quien interviene por mandato de la ley (*C.N., arts. 334 y 150.21*), en el marco de lo que se ha denominado la ‘constitución económica’. Intervención del Estado en la economía que tiene no solo por propósito la defensa de los diversos agentes que en ella participan, sino que se hace principalmente en beneficio del usuario final. (...) así se

<sup>432</sup> C.E., Sec. Tercera, Auto. 29745. jul. 18/2007. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>433</sup> Ibidem.

deduce del artículo 365 constitucional cuando dispone que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos y que estos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. Nótese que la norma es clara en señalar que el Estado debe asegurar la prestación (no prestar forzosamente) al tiempo que permite la concurrencia de agentes (públicos, privados o mixtos) en su prestación. (...). En otras palabras, el bien jurídico colectivo por proteger no refiere a la función administrativa, sino a los derechos propios de los consumidores y usuarios particularmente en lo relativo a la calidad del servicio y a su precio<sup>434</sup>.

“En definitiva, la prestación de los servicios públicos domiciliarios ya no es expresión del poder de imperio del Estado, sino un asunto económico sometido al control y vigilancia de la única Superintendencia de rango constitucional y a la atribución presidencial regulatoria, como instrumentos de intervención estatal (*C.P., arts. 333, 334, 365 y 370 y L. 142, art. 3º, num. 3.4 y 3.3*)”<sup>435</sup>.

Finalmente, el artículo 365 de la Carta dispone que “Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.

### **Los servidores públicos y los fines del Estado**

El artículo primero de la Carta, en su inciso final, establece la finalidad de las autoridades de la República al disponer que “están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

El artículo 123 de la Carta dispone que “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”

### **Servidores y autoridades públicas**

La Corte Constitucional ha precisado la diferenciación de estas dos figuras teniendo en consideración que el artículo 1º del Código Contencioso Administrativo hace una enumeración de las “autoridades”, incluyendo dentro de ese nombre genérico a los “...órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y

---

<sup>434</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 13 de mayo de 2004, Radicación 5001-23-31-000-2003-00020-01.

<sup>435</sup> C.E., Sec. Tercera, Auto. 29745. jul. 18/2007. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Cfr. Además CHAHÍN LIZCANO, Guillermo. Elementos básicos del régimen constitucional y legal de los servicios públicos, Bogotá, EEB, 1998, pág. 33: “... se trata de un régimen de libertad empresa (sic) pero dentro de los límites del bien común, sujeta esta actividad a la dirección general y a la intervención del Estado con miras al logro de los fines del Estado social de derecho”.

Ministerio Público, a la Contraloría General de la República y contralores regionales, a la Corte electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como a las entidades privadas, cuando unos y otros cumplen funciones administrativas. “Quiere decir esto –de acuerdo con la Corte- que mientras las expresiones “servidores públicos” son adecuadas para referirse a todas las personas que laboran para el Estado en cualquiera de las Ramas del Poder, bien sea en los órganos centrales o en las entidades descentralizadas o por servicios, los términos “autoridades públicas” se reservan para designar aquellos servidores públicos llamados a ejercer, dentro del ordenamiento jurídico que define sus funciones o competencias, poder de mando o decisión, cuyas determinaciones, por tanto, afectan a los gobernados”<sup>436</sup>.

### Los conceptos de autoridad política, civil y administrativa

Son autoridades las “ramas, órganos y personas que para cumplir los fines de la institución estatal ejercen las potestades y competencias en las cuales se manifiesta el poder público emanado del pueblo. Las autoridades tienen dos cometidos fundamentales, uno *garantista* y otro *solidario*. En desarrollo del primero protegen a todas las personas en sus derechos y libertades. En desarrollo del segundo aseguran el cumplimiento de los deberes sociales del estado y de los particulares. Sus actuaciones deberán respetar la primacía de los derechos inalienables de las personas, acatar el ordenamiento jurídico y ceñirse a los postulados de la buena fe. Su conducta puede dar lugar a la aplicación de sanciones penales o disciplinarias. El Estado responde patrimonialmente por los daños antijurídicos que a causa de sus acciones u omisiones les sean imputables. Se les debe respeto y apoyo. Ninguna autoridad del estado puede ejercer funciones distintas a las que le atribuyen la Constitución o la ley”<sup>437</sup>.

La **autoridad civil**, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional es, en principio, “aquella que no implica el ejercicio de autoridad militar y puede en determinados casos concurrir con otras modalidades de autoridad, como la política y la administrativa; se confía a un servidor público por razón de sus funciones y consiste en la potestad de mando, de imposición, de dirección, que se ejerce sobre la generalidad de las personas y que se expresa mediante competencias reglamentarias, de designación y remoción de los empleados, o en potestades correccionales, disciplinarias o de imposición de sanciones distintas, o de control que comporte poder de decisión sobre los actos o sobre las personas controladas...”.

El artículo 188 de la Ley 136 de 1994 define la [autoridad administrativa], en los siguientes términos: (...). “La jurisprudencia de esta corporación ha definido la **autoridad administrativa**, como los poderes decisorios, de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad, inherente al ejercicio de empleos públicos, sea que estos correspondan a la administración nacional, departamental o municipal, los órganos electorales o de control, y ha precisado que quien ejerce funciones de dirección administrativa, definida en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, está investido de autoridad administrativa, sin perjuicio de reconocer que este último concepto es más amplio porque comprende funciones de mando sobre los subordinados o la sociedad no incluidos en los indicados en la norma citada a título enunciativo. “De modo que para determinar si aquella está presente, el fallador deberá recurrir a un análisis concreto de la ubicación del cargo en la estructura administrativa, de la naturaleza de las funciones atribuidas y del grado de autonomía del empleado de que se trate en la toma de

<sup>436</sup> C. Const., Sent. T-501, ago. 21/92. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>437</sup> Madrid-Malo, Mario. Diccionario de la Constitución política de Colombia. 2ª ed. Legis. Bogotá, 1998. p. 39.



decisiones...<sup>438</sup>.

### **Responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos**

Por mandato expreso del artículo 124 superior y en armonía con lo dispuesto en los artículos 125, 150-23 y 277 de la Constitución Política, "corresponde al legislador fijar la responsabilidad disciplinaria que puede ser atribuida a los servidores públicos frente a los comportamientos realizados por sus servidores que atenten contra el ordenamiento jurídico vigente y las finalidades que son propias de la función pública (...)."<sup>439</sup>

### **Inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios públicos**

Como dispone el Consejo de Estado: "Las inhabilidades e incompatibilidades son regulaciones que restringen los derechos políticos en un sistema democrático, a fin de salvaguardar la igualdad de condiciones de quienes haciendo uso de esos mismos derechos pretendan acceder a la conformación, ejercicio y control del poder político. Están instituidas para asegurar la igualdad de trato de los ciudadanos frente al ejercicio de sus derechos políticos y constituyen la salvaguarda de la igualdad ante la ley. (...). la expresión funcionario público es equivalente a la de servidor público tal como se desprende de la conceptualización que de éstos hizo el artículo 123 de la Constitución Política, al definirlos como personas naturales al servicio del Estado y la comunidad que ejercen las funciones que les atribuyen la Constitución, la ley y el reglamento; al calificar de funcionarios a todos los miembros de las corporaciones públicas en el artículo 260 y a los congresistas en particular en el artículo 235 refiriéndose expresamente a ellos, así como con el uso de la expresión funcionario público como equivalente a la de servidor público de los artículos 180, 208, 268, 277 y 278 *ibidem*. Esta misma conceptualización se desprende de la sentencia C-222 de 1999 (...).

Así, la expresión funcionario público tiene un significado amplio que abarca a todas las personas que ejerzan funciones públicas, incluidas quienes se desempeñen como concejales"<sup>440</sup>.

#### **- Inhabilidades para nombramientos**

Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos (*C.P., art. 126*).

### **Prohibiciones a servidores públicos**

Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas

---

<sup>438</sup> C.E., Sent. 3816, oct. 13/2005. M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá.

<sup>439</sup> Cfr. C. Const., Sent. T-811, sep. 18/2003. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>440</sup> C.E., Sent. 3765, abr. 6/2006. M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá.

que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales (*C.P. art. 127*).

A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución (*C.P., art. 127, Inc. 2º—Modificado. A.L. 2/2004, art. 1º*).

La utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituye causal de mala conducta (*inc. 4º*).

Es necesario tener presente que estas disposiciones quedarán como letra muerta si no existe una doble acción; de una parte los ciudadanos deben ser sujetos activos para conocer y hacer valer sus derechos dentro del marco jurídico establecido por la Carta, y de otro, los funcionarios y demás servidores públicos que si bien ejercen poder, deben entender que tal ejercicio comporta unos objetivos, unas limitaciones y unas responsabilidades. Ese es el Estado de Derecho en acción.

#### **La Comisión Nacional del Servicio Civil**

Por expresa disposición constitucional, habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial (*C.P., art. 130*).

### **4.5.4 LOS PRESUPUESTOS DEL ESTADO COLOMBIANO**

#### **Teoría general de los presupuestos**

La doctrina considera tradicionalmente que los presupuestos para que se pueda hablar del Estado son la población, el territorio y la soberanía, si bien este último elemento ha sido objeto de fuertes críticas y de notable evolución y modificación a lo largo de la historia. Por ello algunos prefieren hablar de gobierno y otros dividen este factor en dos elementos: independencia y autonomía. A estos elementos dedicaremos nuestra atención en las próximas páginas.

#### **4.5.4.1 LA SOBERANÍA**

##### **¿Qué es?**

La soberanía es uno de los más importantes y a la vez discutidos y complejos caracteres del poder del Estado. Para algunos teóricos esta tiene un carácter absoluto, mientras que para otros el término debe desaparecer del vocabulario de las ciencias políticas. Históricamente la soberanía es un elemento fundamental para la configuración del Estado moderno, pero al mismo tiempo el estado moderno en su nacimiento está emparentado con el absolutismo y el absolutismo se relaciona con un soberano, un soberano absoluto. Posteriormente esa soberanía quedaría en cabeza de la Nación o del pueblo. Su determinación orientará los criterios ya sea de la democracia representativa o de la participativa. De otra parte, los procesos de asociaciones de estados han significado que, para el logro de los objetivos comunes, se presenten renunciaciones a aspectos de su soberanía relativizando el concepto originalmente adjetivado con la calidad de absoluto. En efecto, la acuñación de moneda, leyes comunes y otros procesos de integración atentan contra el concepto tradicional de soberanía absoluta.

Como sostiene Hugo Palacios: “un estado no tiene derecho a la soberanía: simplemente es soberano o no es estado. Sin embargo se hace necesario establecer alguna precisión sobre los alcances del concepto. Para ello debemos separar esta noción de otras que le son afines por ejemplo la de poder. Poder no es soberanía, ésta es apenas una cualidad del poder. El mismo autor considera que la soberanía “consiste en el carácter de exclusividad y supremacía que tiene el poder del estado sobre todos los otros poderes en el grupo social político para crear y definir el derecho”<sup>441</sup>.

Desde otro punto de vista se habla de soberanía popular y soberanía nacional. La primera referida a las facultades del pueblo para darse su propia organización política y la segunda referida a la independencia e integridad territoriales.

Es necesario tener presente que el ejercicio de soberanía a nivel interno y a nivel externo hoy están delimitados por lo que se considera como Estado de Derecho, es decir, poder sometido a Derecho, y a nivel internacional, porque allí el estado no puede obrar conforme a su voluntad o a sus intereses exclusivos pues se debe ceñir a las exigencias del “bien común internacional” o por lo menos al orden internacional.

El tema tiene implicaciones de carácter político que se apartan un poco de los objetivos de este estudio constitucional al que regresamos.

### **Soberanía popular**

Dispone la Carta en su artículo 3º que “*La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece*”. De acuerdo con la Corte Constitucional, “En los Estados democráticos el acto de soberanía por excelencia es el acto constituyente, es decir, el acto de fundación constitucional. Solo el soberano tiene, en estricto sentido, poder constituyente puesto que solo él puede constituir un nuevo sistema, adoptar una nueva constitución, no solo en su acepción formal sino primordialmente material”<sup>442</sup>.

La soberanía del Estado, se manifiesta en forma dual. A nivel internacional, consiste, entre otras cosas, en la facultad del Estado de participar en el concierto internacional mediante la creación y adopción de normas internacionales, la iniciación y mantenimiento de relaciones diplomáticas con otros Estados y organizaciones de derecho internacional, etc. A nivel interno, la soberanía consiste en la posibilidad del Estado de darse sus propias normas dentro del territorio con total independencia de otros Estados.

En este sentido, la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, denominada “Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, el *principio de igualdad soberana de los Estados* comporta los siguientes elementos:

1. La igualdad jurídica entre los Estados.
2. Cada Estado goza de los derechos inherentes a la plena soberanía.
3. Cada Estado tiene el deber de respetar la personalidad de los demás.

<sup>441</sup> PALACIOS MEJÍA, Hugo. Introducción a la teoría del estado. Temis. Bogotá. 1965. p. 153.

<sup>442</sup> C. Const., Sent. C-1200, dic. 9/2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.

4. La integridad territorial y la independencia política de los Estados son inviolables.
5. Cada Estado tiene el derecho a elegir y a llevar adelante libremente su sistema político, social, económico y cultural, y
6. Cada Estado tiene el deber de cumplir plenamente y de buena fe sus obligaciones internacionales y de vivir en paz con los demás Estados.

Desde el punto de vista del derecho internacional público y de acuerdo con la Corte Constitucional: “el núcleo fundamental de la soberanía de los Estados reside en la posibilidad de darse una organización política, social, económica y cultural interna con plena autonomía e independencia, lo cual implica que, dentro de su territorio, el Estado ejerce en forma exclusiva, autónoma y plena el acervo de competencias dirigidas al ejercicio de las funciones legislativa, administrativa y jurisdiccional.

La plenitud, exclusividad y autonomía con que el derecho internacional caracteriza las competencias derivadas de la soberanía del Estado, implica que las restricciones a esa soberanía por parte del derecho internacional público deban ser establecidas en forma expresa en un convenio internacional o derivarse explícitamente de la costumbre. Este principio ha hecho carrera en la comunidad internacional desde la época de la Sociedad de Naciones cuando la Corte Permanente Internacional de Justicia, en el año de 1927, en la sentencia proferida dentro del asunto Lotus afirmó que “las limitaciones a la independencia del Estado no se presumen” (*CPIJ, Serie A, N° 10, p. 16*). Esta regla comporta un corolario natural según el cual ningún Estado está autorizado a ejercer su soberanía fuera de su territorio, salvo que una norma de derecho internacional público lo autorice expresamente. Según la Corte Permanente Internacional de Justicia, en la sentencia antes mencionada, la soberanía del Estado “no puede ser ejercida fuera del territorio sino en virtud de una regla permisiva que se derive del derecho internacional consuetudinario o de un convenio” (*CPIJ, Serie A, N° 10, p. 19*)<sup>443</sup>.

### **Soberanía nacional**

El artículo 217 de la Carta establece que las fuerzas militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

#### **4.5.4.2 La población como presupuesto del Estado**

Manifestar que la población es un elemento del estado no aporta mucho a la comprensión e implicaciones del fenómeno. Lo que sí resulta importante son los análisis de población para determinar derechos, deberes y políticas públicas. Para ello operan diversos criterios de clasificación, así por ejemplo hablamos de servidores públicos y particulares, o de nacionales y extranjeros, también se analiza la población desde aspectos como su sexo, su edad o su ubicación –población urbana y rural-. Los niveles de educación o los criterios religiosos también aportan elementos importantes sobre la población de un Estado y la aplicación de políticas en relación con sus características y necesidades.

La Carta del 91 establece como criterio general que tanto los nacionales como los extranjeros deben respetar la Constitución y las leyes de la república y también establece que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (*C.P., art. 13*).

---

<sup>443</sup> C. Const., Sent. C-191, mayo 6/98. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

## La nacionalidad

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica vigente en Colombia mediante la Ley 16 de 1972 establece el derecho a la nacionalidad así:

- ART. 20.—Derecho a la nacionalidad.** 1. *Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.*  
2. *Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.*  
3. *A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.*

La nacionalidad ha sido considerada por la doctrina como un vínculo de doble carácter: político y jurídico; por el primero se trata de la sujeción del individuo a un Estado, y por el segundo, el status que otorga tal vínculo, esto es, que lo erige en sujeto de derechos y obligaciones. “De conformidad con las disposiciones del derecho internacional la nacionalidad no se impone, este postulado se basa en el principio de la libertad que tienen los individuos para desligarse de un Estado y adquirir la nacionalidad del país de su preferencia, de ahí que se considere, igualmente, la nacionalidad como un vínculo anímico”<sup>444</sup>.

### **Prueba de nacionalidad**

Para todos los efectos legales y de acuerdo con la Ley (L. 43/93 y L. 692/95), se considerarán como pruebas de la nacionalidad colombiana:

- La cédula de ciudadanía para los mayores de dieciocho (18) años,
- La tarjeta de identidad para los mayores de catorce (14) años y menores de dieciocho (18) años o,
- El registro civil de nacimiento para los menores de catorce (14) años, expedidos bajo la organización y dirección de la Registraduría Nacional del Estado Civil, acompañados de la prueba de domicilio cuando sea el caso.

En materia de población un concepto sociológico se presenta con características y efectos especiales; se trata del concepto de Nación, entendido como una cierta homogeneidad de características materiales y espirituales que dan unidad a un grupo. Se habla así, por ejemplo, de la nación judía. En Europa la nación le da paso al estado; en América latina parece acontecer el proceso inverso: el estado trata de configurar la nación.

### **Adquisición de la nacionalidad**

El artículo 96 de la Carta de 1991, por su parte, establece que se adquiere la calidad de nacionales colombianos por dos vías: por nacimiento o por adopción.

#### **1. Por nacimiento:**

a) Los naturales de Colombia, con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que, siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento y;

b) Los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y

---

<sup>444</sup> C.E., S. de Consulta. Conc. 1445, oct. 10/2002. M.P. Augusto Trejos Jaramillo.

luego se domiciliaren en territorio colombiano o registraren en una oficina consular de la República.

Para que el hijo de padre o madre colombianos nacido en el exterior tenga derecho a la nacionalidad colombiana, debe optar por una de dos alternativas: a) Domiciliarse en el país o, b) Registrarse en una oficina consular de la República. El registro civil de nacimiento sólo acredita el nacimiento pero por sí solo no es prueba de la nacionalidad colombiana.

Cabe señalar que la competencia para registrar los nacimientos depende del lugar donde éstos hayan ocurrido; así, si fue en territorio nacional lo serán: el notario, los registradores municipales del Estado civil en municipios que no sean sede de notaría o en su defecto los alcaldes municipales; si sucedió en el exterior, el competente será el funcionario consular de la República<sup>445</sup>.

El artículo 40 de la Carta, sobre derechos políticos, por su parte establece en su numeral 7° que los ciudadanos tienen derecho a *acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad*. La Constitución delega en la Ley la tarea de reglamentar esta excepción.

En efecto, la Ley 43 de 1993 establece las normas relativas a la adquisición, renuncia, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana y desarrolla el numeral séptimo del artículo 40 de la Carta.

Una observación importante es que los aspirantes al cargo de alcaldes no pueden ostentar la doble nacionalidad. En efecto, de acuerdo con la Corte Constitucional, "La gestión adelantada por los alcaldes como representantes del municipio colombiano, comprometen de manera importante los destinos políticos del país y, ello se constituye en razón suficiente para que el legislador, buscando proteger los altos intereses estatales, entre otros, la soberanía de nuestro país, en especial en las zonas de frontera, haya impedido el acceso al desempeño del cargo de alcalde a los nacionales colombianos por adopción que tengan doble nacionalidad (*C.P., arts. 40-7 y 293*); descartando así, que la primera autoridad municipal pueda verse envuelta en conflictos de carácter supranacional"<sup>446</sup>.

## **2. Nacionalidad colombiana por adopción**

Se produce por las siguientes situaciones:

- a) Los extranjeros que soliciten y obtengan carta de naturalización, de acuerdo con la ley, la cual también establece los casos en los cuales se pierde la nacionalidad colombiana por adopción;
- b) Los latinoamericanos y del Caribe por nacimiento domiciliados en Colombia, que con autorización del gobierno y de acuerdo con la ley y el principio de reciprocidad, pidan ser inscritos como colombianos, ante la municipalidad donde se establecieron, y
- c) Los miembros de los pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos.

<sup>445</sup> C.E., S. de Consulta. Conc.1445, oct. 10/2002. M.P. Augusto Trejos Jaramillo.

<sup>446</sup> C. Const., Sent. C-151, mar. 19/97. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Los nacionales por adopción no están obligados a renunciar a su nacionalidad de origen o adopción.

La Ley 962/2005 establece en su artículo 39 los requisitos para la adquisición de la nacionalidad colombiana por adopción:

- A los extranjeros que durante los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud hayan estado domiciliados en el país en forma continua y el extranjero titular de visa de residente. En el evento en que los mencionados extranjeros se encuentren casados, o sean compañeros permanentes de nacional colombiano, o tengan hijos colombianos, el término de domicilio continuo se reducirá a dos años.

Se entiende que los extranjeros están domiciliados cuando el Gobierno Nacional les expide la respectiva visa de residente.

- A los latinoamericanos y del Caribe por nacimiento que durante el año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud, hayan estado domiciliados en el país en forma continua, teniendo en cuenta el principio de reciprocidad mediante tratados internacionales vigentes.

Para la expedición de la *carta de naturaleza* o resolución de inscripción como colombianos por adopción, el extranjero deberá, entre otros requisitos, acreditar conocimiento satisfactorio del idioma castellano, conocimientos básicos de la Constitución Política de Colombia y conocimientos generales de historia patria y geografía de Colombia. (L. 962/05, art. 41).

### ***Pérdida de la nacionalidad***

También establece la Carta que ningún colombiano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad, que la calidad de nacional colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad y que quienes hayan renunciado a la nacionalidad colombiana podrán recobrarla con arreglo a la ley.

La Ley 43 de 1993 en el artículo 23 señala que la renuncia a la nacionalidad se producirá mediante manifestación escrita presentada ante el Ministerio de Relaciones Exteriores o los consulados de Colombia, la cual constará en un acta, cuya copia se enviará a la Registraduría Nacional del Estado Civil, al Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, y al ministerio mencionado.

El artículo 97 de la Carta establece otro efecto relacionado con la nacionalidad y los conflictos bélicos, así: "El colombiano, aunque haya renunciado a la calidad de nacional, que actúe contra los intereses del país en guerra exterior contra Colombia, será juzgado y penado como traidor.

Los colombianos por adopción y los extranjeros domiciliados en Colombia, no podrán ser obligados a tomar las armas contra su país de origen; tampoco lo serán los colombianos nacionalizados en país extranjero, contra el país de su nueva nacionalidad.

De acuerdo con la Ley 76 de 1993, las medidas de protección a colombianos en el exterior se hará a través del servicio consular de la república.

### **La doble nacionalidad**

La Carta del 91 introduce una modificación en la materia, En efecto, de acuerdo con el artículo 96 de la Carta la calidad de nacional colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad; pero el nacional colombiano que permanezca en el territorio de Colombia se somete a la Constitución y leyes de la república; es decir que su ingreso, permanencia y salida del territorio deberá hacerse siempre en calidad de Colombiano.

La Ley 43 de 1993 fijo las reglas generales para la adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana y en su artículo 22 reglamenta lo atinente a la doble nacionalidad así:

Art. 22. No se pierde la calidad de nacional colombiano. La calidad de nacional colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad.

Los nacionales por nacimiento que adquieran otra nacionalidad no perderán los derechos civiles y políticos que les reconocen la Constitución y la Legislación Colombianas.

El acceso al desempeño de funciones y cargos públicos de los nacionales por adopción que tengan otra nacionalidad podrá ser limitados en los términos previstos en la Constitución y en la ley.

El nacional colombiano que posea doble nacionalidad, en el territorio nacional, se someterá a la Constitución Política y a las leyes de la República. En consecuencia, su ingreso y permanencia en el territorio, así como su salida, deberán hacerse siempre en calidad de colombianos, debiendo identificarse como tales en todos sus actos civiles y políticos.

La Carta entonces establece ciertas limitaciones, por ejemplo para ser Presidente de la República se requiere ser colombiano por nacimiento (*art. 191*) o para ser Senador de la República (*art. 172*).

### **De los extranjeros en Colombia**

#### **Ingreso**

Para tal efecto cabe destacar el principio tradicional de la discrecionalidad gubernamental para efectos de definir el ingreso de los extranjeros y su permanencia. Tal es el fundamento 'lógico' y político para definir reglamentariamente las competencias de las autoridades de inmigración, pero ellas y las demás autoridades encargadas de la situación de permanencia de los extranjeros en Colombia siempre están sometidas a la vigencia superior de los derechos constitucionales fundamentales y al respeto inderogable de los derechos humanos (*Sent. T-215/96*).

#### **Derechos y garantías de los extranjeros**

Por expresa disposición de la Carta:

ART. 100.—Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Así mismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley.

Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los



extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital.

En relación con los derechos constitucionales de los extranjeros, ha dicho la Corte Constitucional que: “Dicho reconocimiento genera al mismo tiempo la responsabilidad en cabeza del extranjero de atender cabal y estrictamente el cumplimiento de deberes y obligaciones que la misma normatividad consagra para todos los residentes en el territorio de la República pues, así lo establece, entre otras disposiciones, el artículo 4º inciso segundo de la Carta que expresa: ‘Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades’<sup>447</sup>.

Igualmente recuerda la Corte que “bajo el nuevo marco constitucional, en ningún caso el legislador está habilitado y mucho menos la autoridad administrativa, ni siquiera por vía del reglamento (...), para desconocer la vigencia y el alcance de los derechos fundamentales ni los derechos inherentes a la persona humana garantizados en la Carta Política y en los tratados internacionales en el caso de los extranjeros, así aquellos se encuentren en condiciones de permanencia irregular”<sup>448</sup>.

### ***El voto de extranjeros residentes en Colombia***

La Ley 1070 de 2006 reglamenta las disposiciones constitucionales y establece que los extranjeros residentes en Colombia podrán votar en las elecciones y consultas populares de carácter municipal y distrital, del último lugar donde hayan fijado su domicilio (*art. 1*) y que las elecciones en las que podrán participar los extranjeros residentes en Colombia serán las de alcaldes distritales y municipales, concejos distritales y municipales, y juntas administradoras locales distritales y municipales en todo el territorio nacional (*art. 2*). Para tal efecto deben cumplir con los siguientes requisitos (*art. 5*):

- a) Tener visa de residente de conformidad con las normas que regulen la materia;
- b) Acreditar como mínimo cinco años continuos e ininterrumpidos de residencia en Colombia;
- c) Poseer cédula de extranjería de residente;
- d) Estar inscrito en el respectivo registro electoral;
- e) No estar incurso en las inhabilidades constitucionales y legales.

### ***Expulsión de extranjeros***

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*en Colombia L. 74/68*), establece en su artículo 13 que “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en el presente pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

### ***Refugiados***

El Decreto 2450 de 2002, en su artículo 3º dispone que “Los refugiados gozarán en Colombia, de conformidad con la Constitución y las leyes, de todos los derechos previstos para los extranjeros, así como del tratamiento especial contemplado en la Convención de

<sup>447</sup> C. Const., Sent. T-321, abr. 4/2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>448</sup> C. Const., Sent. T-321, abr. 4/2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Ginebra de 1951. Acorde con lo anterior, los refugiados están obligados a respetar y cumplir la Constitución, las leyes, los reglamentos y en general las normas previstas para extranjeros y refugiados reconocidos”.

De acuerdo con el mencionado decreto (*art. 2*) se considera refugiado a quien debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

Curiosamente es de resaltar que recientes encuestas han puesto en evidencia que Colombia se encuentra entre los primeros lugar de países no que reciben, sino que generan refugiados.

### **De la ciudadanía**

#### **¿Que es?**

La ciudadanía es “una institución que habilita para el ejercicio de todos los derechos políticos y comporta deberes y responsabilidades correlativos respecto del estado”<sup>449</sup>. Mientras la ley no decida otra edad, la ciudadanía se ejercerá a partir de los dieciocho años.

#### **Efectos de la ciudadanía**

La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para ejercer el derecho de sufragio, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción. (*C.P., art. 99*).

De acuerdo con las normas legales, para obtener la cédula de ciudadanía se necesita acreditar la edad de 18 años cumplidos y la identidad personal mediante la presentación ante el Registrador del Estado Civil o su delegado, del registro civil de nacimiento o la tarjeta de identidad, la carta de naturaleza en el caso de los nacionalizados y la de inscripción en el de los hispanoamericanos y brasileños por nacimiento.

#### **Pérdida de la ciudadanía**

La ciudadanía se pierde de hecho cuando se ha renunciado a la nacionalidad, y su ejercicio se puede suspender en virtud de decisión judicial en los casos que determine la ley.

Quienes hayan sido suspendidos en el ejercicio de la ciudadanía, podrán solicitar su rehabilitación.

### **4.5.4.3 EL TERRITORIO DEL ESTADO COLOMBIANO**

#### **Definición de territorio**

El derecho internacional público define el territorio como aquel conjunto de espacios en

---

<sup>449</sup> MADRID-MALO, Mario. Citado por YOUNES, Diego. Derecho Constitucional Colombiano. 4ª ed. Legis. Bogotá, 2001, p. 238.

los cuales el Estado ejerce su soberanía, razón por la cual la consecuencia fundamental de que algún espacio físico forma parte integral del territorio de un Estado consiste en que tal espacio queda sometido al ejercicio de la soberanía estatal con todos los atributos que ella implica.<sup>450</sup>

En consecuencia, el territorio de un Estado “no sólo tiene una dimensión de orden interno cuya regulación y efectos jurídicos deben ser establecidos por la Constitución Política y las normas internas que a ésta se subordinan sino, también, una dimensión de carácter internacional que resulta establecida y regulada por esta segunda índole de tratados internacionales. En definitiva, es posible afirmar que la noción de “territorio” a la que alude la Carta Política es de carácter complejo, es decir, incluye tanto su dimensión interna o doméstica como su dimensión internacional”<sup>451</sup>.

### Titularidad del territorio

El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación. (C.P., art. 102).

### El Dominio Eminente del Estado

Es el poder supremo que ejerce el estado, como expresion de la exclusividad, autonompía y plenitud de su competencia, sobre el territorio nacional y los bienes públicos que de él forman parte<sup>452</sup>

#### 4.5.4.3.1 DETERMINACIÓN Y DELIMITACIÓN DEL TERRITORIO DE COLOMBIA

La república de Colombia tiene un área territorial de 1.141.748 Km<sup>2</sup>, que incluye costas en los océanos Atlántico y Pacífico por una extensión de 3.208 kms. y posee fronteras terrestres con Venezuela, Brasil, Perú, Ecuador y Panamá.

La fijación de ese territorio implica, en principio, el establecimiento de unos límites. La Carta fundamental de 1886 enunciaba expresamente los tratados de límites de Colombia con sus países vecinos. La Carta de 1991 no lo hace, sino que establece unos criterios genéricos, así:

*ART. 101.—Los límites de Colombia son los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República, y los definidos por los laudos arbitrales en que sea parte la Nación.*

*Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, sólo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República.*

*Forman parte de Colombia, además del territorio continental, el archipiélago de San Andrés, Providencia, Santa Catalina e isla de Malpelo, además de las islas, islotes, cayos, morros y bancos que le pertenecen.*

*También son parte de Colombia, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el derecho internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales.*

<sup>450</sup> C. Const., Sent. C-191, mayo 6/98. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>451</sup> C. Const., Sent. C-191, mayo 6/98. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>452</sup> MADRID MALO, Diccionario... p.126.

La lectura de la norma constitucional permite preguntarse, en primer lugar, a qué tipo de tratados internacionales se refiere. Efectivamente, y de acuerdo con la Corte Constitucional<sup>453</sup>, en el derecho internacional público es posible distinguir dos tipos de instrumentos convencionales relacionados con los límites territoriales de los Estados:

a) Aquellos tratados que, de manera específica, determinan los límites geográficos que separan a un determinado país de aquellos otros con los cuales colinda o los que definen concretamente las áreas marinas y submarinas de cada Estado.

b) De otro lado, es posible identificar aquellos instrumentos internacionales, usualmente de carácter multilateral, mediante los cuales la comunidad internacional determine las reglas generales que deben guiar la fijación de los límites específicos de la soberanía estatal en ciertos espacios. Dentro de esta última categoría se destacan aquellas convenciones internacionales que regulan el derecho del mar, es decir, aquellos tratados en los cuales se fijan los derechos que los Estados pueden ejercer sobre sus aguas interiores, su mar territorial, su plataforma continental, su zona económica exclusiva y el alto mar, así como las reglas por medio de las cuales es posible proceder a la delimitación de dichos espacios marítimos. Igualmente, es posible incluir dentro de este tipo de tratados aquellos que se refieren a los derechos que ostentan los Estados sobre los espacios aéreo y ultraterrestre.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, “Ambas especies de tratados de límites deben considerarse incluidas en el texto del artículo 101 de la Constitución Política. En efecto, el primer tipo de convenciones permite establecer con precisión cuáles son las **fronteras** de la República de Colombia, toda vez que allí se determinan los puntos o accidentes geográficos a partir de los cuales comienza el territorio nacional y termina el territorio de alguno de los países vecinos. De igual modo, este tipo de convenciones delimita con precisión y establece las coordenadas geográficas de las áreas marinas y submarinas que forman parte del territorio colombiano. En suma, sin estos tratados no sería posible establecer con entera claridad, cuáles son los espacios físicos sobre los que Colombia ejerce su soberanía.

De otra parte, los instrumentos internacionales de la segunda clase, es decir, aquellos en los cuales se fijan las reglas generales para la delimitación de los espacios dentro de los cuales los Estados pueden ejercer derechos soberanos o derechos de soberanía, así como la forma de ejercerlos, también hacen parte de los tratados a que se refiere el artículo 101 de la Carta. En efecto, de una parte en estos convenios se encuentran fijados los principios y reglas que permiten la interpretación del primer tipo de convenciones antes mencionadas. En segundo lugar, en algunos casos, constituyen los únicos instrumentos internacionales susceptibles de regular disputas en materia del ejercicio del poder público de dos o más Estados en un determinado espacio. En resumen, es a la luz de este último tipo de tratados que los Estados pueden establecer cuáles son las prerrogativas que les otorga el derecho internacional público sobre un determinado espacio, así como las limitaciones que esta normatividad les impone con miras a la conservación y la armonía del orden público internacional<sup>454</sup>.

## Tratados de límites de Colombia

<sup>453</sup> Cfr. C. Const., Sent. C-191, mayo 6/98. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>454</sup> C. Const., Sent. C-191, mayo 6/98. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

### **Límites terrestres**

Tales límites fueron fijados por los siguientes tratados bilaterales:

<b>Frontera</b>	<b>Instrumento</b>	<b>Celebración</b>	<b>Ratificación en Colombia</b>
<b>Brasil</b>	Tratado García Ortiz-Mangabeira	suscrito el 15 de noviembre de 1928	Ley 43 de 1929.
<b>Ecuador</b>	Tratado Muñoz Vernaza-Suárez	suscrito el 15 de julio de 1916	Ley 59 de 1916.
<b>Panamá</b>	Tratado Vélez-Victoria	20 de agosto de 1924	Ley 53 de 1924.
<b>Perú</b>	Tratado Lozano-Salomón	24 de marzo de 1922	Ley 55 de 1925 y por el protocolo de amistad y cooperación Perú-Colombia, suscrito el 24 de mayo de 1934 y aprobado por la Ley 17 de 1935.
<b>Venezuela</b>	Tratado López de Mesa-Borges	el 5 de abril de 1941	Ley 8ª de 1941.

### **Las fronteras marítimas**

En relación con la evolución de la normatividad que constituye el derecho internacional del mar, la Corte Constitucional considera que ésta “se ha caracterizado por una cada vez mayor apropiación de los espacios marinos y submarinos por parte de los Estados ribereños, en desmedro de la plena libertad de circulación, exploración y explotación de los bienes y recursos del mar por parte de los restantes Estados (...). En efecto, en una primera fase del derecho internacional del mar, el espacio marítimo se dividía, básicamente, en dos categorías: el *mar territorial*, que era entendido como una extensión del territorio del Estado ribereño y la *alta mar*, territorio de nadie o de quien primero llegare a colonizar sus bienes y recursos. No obstante, a partir de decisiones unilaterales de algunos Estados e, incluso, de acuerdos bilaterales y multilaterales, se crearon algunas reglas que extendían y regulaban los derechos de soberanía del Estado ribereño más allá del mar territorial”.

Dichas reglas fueron recogidas en las cuatro convenciones de Ginebra sobre derecho del mar de abril 29 de 1958 dentro de la Primera conferencia de las Naciones Unidas sobre derecho del mar y tratan los siguientes aspectos:

1. Convención sobre el mar territorial y la zona contigua.
2. Convención sobre la plataforma continental.
3. Convención sobre el alta mar, y
4. Convención sobre pesca y conservación de los recursos vivos en alta mar.

De estos cuatro instrumentos y en aquella oportunidad, Colombia aprobó la Convención sobre la plataforma continental y la Convención sobre pesca y conservación de los recursos vivos en alta mar, mediante las leyes 9ª y 119 de 1961, respectivamente. Posteriormente, se celebró la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre derecho

del mar, cuya culminación consistió en la aprobación, el 10 de diciembre de 1982, en Montego Bay (Jamaica), de la Convención de las Naciones Unidas sobre derecho del mar. Sin embargo, a la fecha, la mencionada convención no ha entrado en vigor, como quiera que aún no ha sido ratificada por el número de países necesarios para que de ello se produzca, sin perjuicio de que la Corte Internacional de Justicia haya estimado que algunos de sus apartes sean aplicables en calidad de derecho internacional consuetudinario, obligatorio para todos los Estados.

Este instrumento recoge, por una parte, las normas de las cuatro convenciones de Ginebra de 1958 y, de otro lado, establece nuevas normas que, en algunos casos, han originado una práctica internacional tan importante que ha dado lugar a principios y normas internacionales de carácter consuetudinario. Esto último ha ocurrido, por ejemplo, con el conjunto de normas que crean y regulan el espacio marítimo denominado zona económica exclusiva.

Ahora bien, pese a la importancia que tiene este último instrumento internacional para comprender la evolución de los principios que orientan el derecho del mar, lo cierto es que, aún no puede considerarse como parte integrante del contenido normativo del artículo 101 de la Carta, pues ello sólo ocurre cuando se trata de tratados internacionales que definen los límites del territorio, *que han sido aprobados y ratificados conforme a las normas de derecho interno* y que se encuentran en plena vigencia.

En suma, en la actualidad el derecho del mar está constituido por reglas de distinta naturaleza, consuetudinarias y convencionales —razón por la cual la doctrina y la jurisprudencia internacionales recomiendan que la determinación del derecho aplicable se haga caso por caso, en función del problema específico que haya de resolverse—, lo cierto es que no todas ellas hacen parte del bloque de constitucionalidad, pese a que puedan ser oponibles a todos los Estados en el plano internacional, por tratarse, eventualmente, de normas consuetudinarias<sup>455</sup>.

Las fronteras marítimas estatales integran entonces los siguientes conceptos fundamentales:

### ***Mar patrimonial y mar territorial***

El mar patrimonial es parte del territorio colombiano que en los tratados y en la Constitución recibe el nombre de zona económica exclusiva. Es la extensión marítima en la que el Estado ribereño ejerce derechos de soberanía con fines de exploración, explotación, conservación y administración de todos los recursos naturales “vivos o no vivos” localizados en los fondos marinos, en el subsuelo y en las aguas suprayacentes a éstos<sup>456</sup>.

Mar territorial es la parte del territorio colombiano constituida por la franja del mar adyacente a sus costas. Tiene una anchura de 12 millas marinas, contadas por lo general a partir de la línea de bajamar a lo largo de la costa. La soberanía del estado sobre el mar territorial no es incompatible con el paso inocente de barcos extranjeros que naveguen por aquel, ya sea para atravesarlo si acceder a las aguas interiores, ya sea para dirigirse desde ellas hacia alta mar.

---

<sup>455</sup> C. Const., Sent. C-191, mayo 6/98. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>456</sup> MADRID MALO. Diccionario... p. 216.

### **Zona contigua y zona económica exclusiva**

*Zona contigua* es parte del territorio colombiano constituida por el área de las aguas de alta mar adyacentes al mar territorial. Esta franja marítima no puede exceder de 12 millas, contadas desde las líneas de ase a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial. Sobre la Zona contigua ejerce el estado jurisdicción para prevenir o reprimir las infracciones contra su normativa sanitaria, fiscal, aduanera y de inmigración (C.P., art. 101).

*Zona económica exclusiva* es también parte del territorio colombiano constituida por el llamado mar patrimonial. Esta zona cuya extensión es de 200 millas, comprende un área situada más allá del mar territorial y adyacente al mismo, sujeta a un régimen jurídico específico que fijan las normas internacionales. Sobre ella ejerce el estado derechos de soberanía y poderes jurisdiccionales en materia de exploración, explotación, conservación y administración de los recursos naturales, producción de energía derivada del agua, establecimiento y uso de islas artificiales, instalaciones y estructuras, investigación científica y protección y preservación del medio marino (C.P., art. 101)<sup>457</sup>.

### **Plataforma continental**

La parte del territorio colombiano constituida por el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial. El punto extremo de esta plataforma “también llamada zócalo” es el borde exterior del margen continental del territorio del estado ribereño y, en todo caso, una distancia de 200 millas marinas, contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial. Sobre la plataforma continental ejerce el estado su jurisdicción y control para explotar los recursos naturales que allí puedan encontrarse. (Art. 101)<sup>458</sup>.

Según el derecho internacional público, la plataforma continental forma parte integral del territorio de los Estados ribereños y, por tanto, sobre esta área submarina los Estados ejercen con total plenitud, exclusividad y autonomía todas sus competencias legislativas, ejecutivas y judiciales, salvo las restricciones expresamente establecidas en normas de derecho internacional consuetudinario o convencional.

En este sentido, cabe anotar que la Convención de Ginebra sobre la plataforma continental indica que:

1. Los derechos del Estado ribereño sobre este territorio submarino no afectan el régimen de alta mar de las aguas suprayacentes, ni del espacio aéreo situado sobre dichas aguas (art. 3º).
2. En general, y salvo que se trate de medidas razonables para el ejercicio de sus derechos, el Estado ribereño no puede impedir el tendido ni la conservación de cables o tuberías submarinos en la plataforma continental (art. 4º).
3. El Estado ribereño no debe entorpecer, en forma injustificada, las actividades pacíficas de particulares u otros Estados pueden desarrollar sobre la franja de agua suprayacente, las actividades de conservación del medio ambiente marítimo y la realización de estudios científicos que se realicen con intención de ser publicados (art. 5-1 y 5-8); y,
4. La delimitación de la plataforma continental que resulte adyacente a dos o más Estados limítrofes o cuyas costas estén situadas una frente a otra, se somete a las reglas fijadas por el derecho internacional público<sup>459</sup>.

<sup>457</sup> Ibidem. p. 336.

<sup>458</sup> Cfr. MADRID MALO. Diccionario... p. 255.

<sup>459</sup> C. Const., Sent. C-191, mayo 6/98. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

### **Tratados de fronteras marítimas**

Las fronteras marítimas de Colombia fueron fijadas mediante los siguientes instrumentos:

<b>Frontera</b>	<b>Instrumento</b>	<b>Celebración</b>	<b>Ratificación Colombia en</b>
<b>Brasil</b>	Tratado García Ortiz-Mangabeira	suscrito el 15 de noviembre de 1928	Ley 43 de 1929.
<b>Ecuador</b>	Tratado Muñoz Vernaza-Suárez	suscrito el 15 de julio de 1916	Ley 59 de 1916
<b>Panamá</b>	Tratado Vélez-Victoria	20 de agosto de 1924	Ley 53 de 1924.
<b>Perú</b>	Tratado Lozano-Salomón	24 de marzo de 1922	Ley 55 de 1925 y por el protocolo de amistad y cooperación Perú-Colombia, suscrito el 24 de mayo de 1934 y aprobado por la Ley 17 de 1935
<b>Venezuela</b>	Tratado López de Mesa-Borges	el 5 de abril de 1941	Ley 8ª de 1941.
<b>Ecuador</b>	Tratado de delimitación de áreas marinas y submarinas y cooperación marítima,	23 de agosto del 1975	Ley 32 de 1975.
<b>Panamá</b>	Tratado de delimitación de áreas marinas y submarinas y asuntos conexos	20 de noviembre de 1976	Ley 4ª de 1977
<b>Costa Rica</b>	Tratado sobre delimitación de áreas marinas y submarinas y cooperación marítima	17 de marzo de 1977	Ley 8ª de 1978.
<b>República Dominicana</b>	Tratado de delimitación de áreas marinas y submarinas y cooperación marítima	13 de enero de 1978	Ley 38 de 1978
<b>Haití</b>	Acuerdo de delimitación de fronteras marítimas	17 de febrero de 1978	Ley 24 de 1978,
<b>Nicaragua</b>	Tratado Esguerra-Bárcenas que delimita las fronteras marítimas	24 de marzo de 1928	Ley 93 de 1928.
<b>Jamaica</b>	Tratado sobre delimitación marítima	12 de noviembre de 1993	Ley 90 de 1993

Es necesario notar que el Congreso de la República expidió la Ley 10 de 1978, mediante la cual se establecieron la extensión y los derechos que Colombia ejercen sobre su mar territorial, su zona económica exclusiva y su plataforma continental.

### **Espacio aéreo**

#### **¿Que es?**

Es aquella parte del territorio colombiano constituido por la columna de aire que se levanta tanto sobre la superficie del estado como sobre su dominio insular y sus aguas jurisdiccionales. También se le llama espacio atmosférico nacional. El espacio aéreo tiene como límite superior el trazado por el sector del universo que lleva el nombre de espacio ultraterrestre. La Carta dispone que las entidades públicas regulen la utilización



del espacio aéreo urbano en defensa del interés común (C.P., arts. 82 y 101)<sup>460</sup>.

### **Evolución**

La primera disposición que consagró el principio de la soberanía absoluta sobre el espacio aéreo fue la ordenanza francesa de 1748, pero después de la guerra italo-turca de 1911 los estados comenzaron a cerrar sus fronteras aéreas. Es precisamente en este año, cuando Inglaterra expide su famosa Acta de Navegación sujetando el uso del espacio aéreo a l previo permiso de las autoridades locales. Recientemente el problema de la delimitación del espacio aéreo y el ultraterrestre viene tratándose en la ONU desde el año de 1959, cuando por primera vez la Comisión especial sobre la Utilización del espacio ultraterrestre lo adoptó en su agenda<sup>461</sup>.

En Colombia el tema aparece tratado en el Código de Comercio remite al artículo 3 de la Carta de 1886, hoy artículo 102 de la Constitución de 1991.

### ***El concepto de órbita geoestacionaria***

De acuerdo con la Corte Constitucional<sup>462</sup> “La órbita geoestacionaria ha sido entendida por la comunidad internacional de dos maneras. La primera indica que la órbita es la trayectoria descrita por un satélite artificial ubicado sobre el eje ecuatorial del planeta Tierra, con periodo de revolución igual al de rotación del planeta alrededor de su eje. La equivalencia de los periodos de rotación del planeta y revolución del artefacto se debe principalmente a la fuerza gravitacional.

No obstante, los satélites están sujetos a fuerzas físicas que modifican su trayectoria, lo cual exige dotarlos de sistemas de propulsión que corrijan las desviaciones infaltables de la máquina<sup>463</sup>. En vista de esta susceptibilidad a los fenómenos físicos, la órbita descrita por los satélites no es exacta y, por tanto, no permanece fiel a la definición previamente expuesta que resalta la sincronía de los periodos de rotación del satélite con el planeta.

La segunda concepción de la órbita geoestacionaria responde a esa inestabilidad del movimiento satelital y opta por definir el concepto desde una perspectiva volumétrica. De conformidad con esta visión, la órbita no es la trayectoria del satélite sino la franja de espacio en la cual dicha órbita es posible. Por ello algunos doctrinantes<sup>464</sup> prefieren hablar de una “órbita de los satélites geoestacionarios”, con lo cual pretenden referirse al segmento del espacio por el cual estos transitan. Sea como fuere, la órbita geoestacionaria así entendida es el anillo espacial de 150 kms de ancho y 30 kms de espesor que se ubica en el radio de proyección del ecuador a unos 36.000 kms (35.786 km) de la Tierra y que permite, por razón de la gravedad, que un elemento depositado en ella tenga un periodo de rotación relativamente similar al periodo de rotación del planeta. Debido a sus características gravitacionales, los satélites localizados en la órbita

---

<sup>460</sup> Cfr. MADRID MALO. Diccionario... p. 138.

<sup>461</sup> Cfr. YOUNES, op. cit. p. 210.

<sup>462</sup> C. Const., Sent. C-278, mar. 13/ 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>463</sup> Los satélites están sometidos a la fuerza gravitacional, a la gravitación lunisolar, a las presiones de la radiación solar y a las fluctuaciones provenientes de la ausencia de simetría esférica de la Tierra. Igualmente, aunque en menor intensidad —a razón de 0.51 mts por siglo— aquellos ven modificada su trayectoria por la disminución de la velocidad de rotación de la Tierra debida a la fricción dinámica. (Ver “¿Soberanía en la órbita geoestacionaria?” de Rafael Nieto Navia en *Universitas* N° 69. Ed. Pontificia Universidad Javeriana. Edición Extraordinaria. Pág 256).

<sup>464</sup> Así lo denomina el Doctor Alfredo Rey Córdoba en concepto citado en el literal final de esta providencia.

geoestacionaria no experimentan movimientos radicalmente independientes al de la rotación terrestre, por lo que parecen estáticos a los ojos de un observador situado en Tierra. Gracias a la sincronía que ofrece la órbita, la interconexión entre satélites estratégicamente ubicados es una maniobra relativamente sencilla, lo que le ha permitido a sus operarios tender redes de comunicación entre rincones opuestos del globo terráqueo.

No obstante que las ventajas ofrecidas por la órbita geoestacionaria se evidencian en el terreno de las telecomunicaciones, el desarrollo de la ciencia permite entrever aplicaciones en el campo de la observación astronómica, de la navegación y control de tráfico aéreo<sup>465</sup> y de la producción de energía solar<sup>466</sup>.

Con todo, el carácter privilegiado de esta zona del espacio hace de la órbita geoestacionaria un recurso escaso. La carrera por la conquista y la expansión de las telecomunicaciones en el espacio ha saturado de satélites –también de basura espacial– la franja geoestacionaria, al punto de incrementar los riesgos de colisión entre ellos, así como de propiciar la interferencia de las frecuencias dedicadas a transmitir la información. Tal como lo reconoce Gaviria Liévano, la órbita es “un recurso natural escaso, cuyo valor e importancia aumentan paralelamente con el avance de la tecnología espacial y la creciente demanda de las comunicaciones entre todos los pueblos del mundo. Además, la órbita geoestacionaria es la única que puede ofrecer las facilidades actuales en relación con los servicios de telecomunicaciones y con otros usos que requieran los satélites geoestacionarios”<sup>467</sup>.

Colombia considera que es este un recurso natural que le pertenece y a elevado reclamos, pero las potencias han argumentado que se trata de un patrimonio común de la humanidad.

### ***Espectro electromagnético***

El espectro electromagnético es parte del territorio colombiano y está constituido por el conjunto de las ondas electromagnéticas que son las propagaciones de los campos eléctricos y magnéticos a través del espacio. Jurisdiccionalmente se le describe como una franja de espacio alrededor de la tierra, a través del cual se desplazan las ondas radioeléctricas. El espectro electromagnético es definido constitucionalmente como un bien público inalienable e imprescriptible, sujeto a la gestión y control del estado, que interviene en él para garantizar el pluralismo y la competencia en su empleo, y para evitar en ésta las prácticas monopolísticas. (Art. 75 y 101)<sup>468</sup>.

“Se emplea el concepto del espectro electromagnético, calificado como bien integrante del territorio nacional (C.N., art. 101), para atribuirle las características de inalienable e imprescriptible. El concepto se diferencia técnicamente tanto de la órbita geoestacionaria como del propio espacio aéreo. Al hacer alusión genérica a la posibilidad estatal de controlar y gestionar el espectro electromagnético, se está abarcando, no solamente lo

---

<sup>465</sup> Ver <http://www.inocar.mil.ec/boletin/geoestacionaria.php>.

<sup>466</sup> Una aplicación de la órbita geoestacionaria, que todavía está en el campo de la ciencia ficción, es la técnica de impulso de ascensores espaciales. La teoría prevé que un satélite ubicado en la órbita geoestacionaria, unido a la Tierra por un cable, podría deslizar hasta el espacio las cargas enviadas a través de él.

<sup>467</sup> “Régimen jurídico de la órbita geoestacionaria y el espacio ultraterrestre”, Enrique Gaviria Liévano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978, págs. 15 y ss.

<sup>468</sup> Cfr. Madrid- Malo. Op. Cit. p.138.

relativo a la televisión, sino igualmente la radio en sus modalidades y, en general, usos y servicios que por su transmisión por ondas se sirven del referido espectro. Técnicamente hubiese sido más apropiado utilizar la expresión “espectro radiomagnético” pues es en este donde se suceden los fenómenos de transmisión que la norma regula”<sup>469</sup>.

#### 4.5.4.3.2 Cooperación e integración de las zonas fronterizas

ART. 289.—Por mandato de la ley, los departamentos y municipios ubicados en zonas fronterizas podrán adelantar directamente con la entidad territorial limítrofe del país vecino, de igual nivel, programas de cooperación e integración, dirigidos a fomentar el desarrollo comunitario, la prestación de servicios públicos y la preservación del ambiente.

En desarrollo de esta norma constitucional se produjo la Ley 191 de 1995 posteriormente modificada por la Ley 843 de 2003, sobre Zonas de frontera que incluye sus objetivos, definiciones de zonas de frontera, de unidades especiales de desarrollo fronterizo y de zonas de integración fronteriza; régimen de cooperación e integración, régimen económico, aspectos educativos, aspectos administrativos y de recursos.

El artículo 4º de la Ley 191 de 1995 establece los siguientes tipos de fronteras:

a) **Zonas de frontera.** Aquellos municipios, corregimientos especiales de los departamentos fronterizos, colindantes con los límites de la República de Colombia, y aquellos en cuyas actividades económicas y sociales se advierte la influencia directa del fenómeno fronterizo;

b) **Unidades especiales de desarrollo fronterizo.** Aquellos municipios, corregimientos especiales y áreas metropolitanas pertenecientes a las zonas de frontera, en los que se hace indispensable crear condiciones especiales para el desarrollo económico y social mediante la facilitación de la integración con las comunidades fronterizas de los países vecinos, el establecimiento de las actividades productivas, el intercambio de bienes y servicios, y la libre circulación de personas y vehículos, y

c) **Zonas de integración fronteriza.** Aquellas áreas de los departamentos fronterizos cuyas características geográficas, ambientales, culturales y/o socioeconómicas, aconsejen la planeación y la acción conjunta de las autoridades fronterizas, en las que de común acuerdo con el país vecino, se adelantarán las acciones, que convengan para promover su desarrollo y fortalecer el intercambio bilateral e internacional.

Son zonas de fronteras, por ejemplo:

- En el departamento Amazonas: los municipios de Leticia y Puerto Nariño y los corregimientos de la Pedrera, Tarapacá, Puerto Arica, El Encanto y Puerto Alegría.
- En el departamento del Cesar: los municipios de valledupar, Manaure, Cesar, La Paz, San Diego, Agustín Codazzi, Becerril, La Jagua de Ibirico, Curumaní.
- En el departamento de La Guajira: los municipios de Riohacha, Manaure, Uribia, Maicao, Barrancas, Fonseca, San Juan del Cesar, El Molino, Villanueva, Urumita y Hato Nuevo.
- En el departamento de Nariño: los municipios de Pasto, Ipiales, Aldana, Guachucal, Carlosama, Cumbal, Ricaurte, Tumaco.

---

<sup>469</sup> MUÑOZ LAVERDE, Sergio. Constitución Política. Fundación social, 1993.

- En el departamento de Norte de Santander: el área metropolitana de Cúcuta, Tibú, Puerto Santander, Ragonvalia, Herrán, Toledo, Pamplona, Pamplonita, Chinácota, Durama.

#### 4.5.4.4 ORGANIZACIÓN INTERNA DEL TERRITORIO DEL ESTADO COLOMBIANO

##### Evolución

Al analizar la evolución constitucional de la República tuvimos oportunidad de analizar como inicialmente nuestra organización básica fue por provincias y cantones, hasta la constitución de los estados soberanos dentro de los sistemas federales adoptados; luego se dio paso a los departamentos y por su situación especial a las intendencias y comisarías en los llamados territorios nacionales. A continuación analizaremos la situación en relación con la Carta de 1991.

#### La organización territorial con la Carta de 1991

##### 4.5.4.4.1 La Nación

La palabra *nación* proviene del latín *nātio* (derivado de *nāscor*, nacer), que podía significar *nacimiento*. En sentido estricto Nación tiene dos acepciones, una de carácter sociológico relacionado con una cierta homogeneidad de tradiciones, costumbres, lengua, religión y cultura. En este sentido, en Europa, por ejemplo, la Nación le da paso al Estado moderno; en América Latina parece acontecer a la inversa, el estado trata de crear o fortalecer la Nación.

Desde un punto de vista jurídico político la nación es interpretada como una persona jurídica de derecho público en su criterio de unidad política territorial, con facultades y capacidad contractual que se extiende por todo el territorio de la república; por ello se habla por ejemplo de contratos del municipio, del departamento o de la nación. Su ámbito de acción es específico del Derecho Administrativo.

##### 4.5.4.4.2 Las entidades territoriales

###### **Determinación**

El artículo 286 de la Carta dispone:

*Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas.*

*La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley.*

###### **Conversión de intendencias y comisarías en departamentos**

Por virtud del artículo 309, la Carta del 91 erigió en departamento las intendencias de Arauca, Casanare, Putumayo, el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y las comisarías del Amazonas, Guaviare, Guainía, Vaupés y Vichada.

###### **Competencias y autonomía de las entidades territoriales**

ART. 287.—Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

1. Gobernarse por autoridades propias.
2. Ejercer las competencias que les correspondan.

3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
4. Participar en las rentas nacionales.

En relación con el derecho a *ejercer las competencias que les corresponda* es de considerarse que en general son la Constitución y la ley, bajo los parámetros establecidos por la primera, desarrollados por la ley orgánica del ordenamiento territorial, las encargadas de definir tales competencias. Así, a falta de esta última, en principio, los entes territoriales tienen derecho a ejercer las competencias a las que se refiere la Carta. En consecuencia, en ningún caso puede entenderse que la ley pueda reducir a un ámbito mínimo el espacio de autonomía concedido a las entidades territoriales por la Constitución.

El carácter de entidad territorial implica tres niveles de autonomía, de acuerdo con la Carta:

#### **a) Autonomía política**

Esto es, el derecho a gobernarse por autoridades propias, la capacidad de elegir a sus gobernantes (gobernador, asamblea, alcalde, concejales, ediles, personero y contralor),

"Este derecho se ejerce mediante el voto directo de los habitantes del respectivo territorio y de él se deriva la facultad de que gozan las autoridades electas para definir el ejercicio de la autonomía territorial y dentro de los límites del *principio de unidad nacional*, los destinos de la respectiva entidad.

De lo anterior es claro que el Constituyente del 91 buscó mucho más que una mera descentralización administrativa (planteada en la Carta de 1886). En efecto, la elección de las autoridades propias y los mecanismos de participación popular son elementos especiales de la descentralización política que dota a la entidad del derecho, dentro del principio de unidad nacional, de manejar los asuntos que conciernen a su territorio y a su población de manera autónoma. Vale decir, de definir, con criterio político, la viabilidad de asuntos de interés público dentro de los límites del ente territorial.

Las autoridades de las entidades territoriales tiene entonces determinadas atribuciones políticas que en caso de conflicto con otros intereses deben ser tenidas en cuenta, so pena de vulnerar la garantía de la autonomía territorial"<sup>470</sup>.

Una de las figuras más controvertidas del sistema de democracia participativa y relacionada con la autonomía política de las entidades territoriales es la revocatoria del mandato, consagrada en los artículos 40, ordinal 4º y 103 de la Carta Política. Es cierto que la Constitución no dice qué autoridades estarían sujetas a esta figura —sólo hace referencia a la imposición de mandato y al voto programático al referirse a las elecciones de gobernadores y alcaldes en el artículo 259— y bajo qué condiciones, pero también lo es que una de las consecuencias normativas más importantes del artículo 3º es que obliga al intérprete de la Constitución a resolver cualquier duda en favor de la solución que más beneficie los principios de la democracia directa o participativa.

#### **b) Autonomía administrativa**

Consistente en la facultad de manejar los asuntos de su jurisdicción, tales como la

---

<sup>470</sup> C. Const., Sent. C-517, sep. 15/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

organización de los servicios públicos, la administración de sus bienes y la solución de todos los problemas que surjan en desarrollo de sus actividades. Dentro de este sistema jurídico político de organización institucional las Corporaciones de elección popular que rigen la vida de las entidades territoriales tienen carácter administrativo y carecen por tanto de potestad legislativa porque ella está concentrada en el Congreso de la República<sup>471</sup>.

### **c) Autonomía fiscal**

Tal autonomía implica la potestad para fijar tributos, participar en las rentas nacionales y administrar sus recursos.

#### *- Competencia de las entidades territoriales en materia de impuestos*

De acuerdo con la Constitución, los impuestos nacionales deben ser creados por la ley, los departamentales por ordenanzas y los municipales por medio de acuerdos; en consecuencia, los departamentos y municipios se encuentran sujetos al marco legal en la creación de sus tributos propios en virtud del principio de unidad nacional. De otra parte, si bien la Carta de 1991 introduce el concepto de autonomía de las entidades territoriales, consagra los principios rectores del régimen tributario del Estado unitario, a saber: equidad, eficiencia y progresividad (*art. 363*).

La Carta del 91 también consagra el *principio de legalidad de los impuestos*, al señalar que es función de la ley “establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales...” (*art. 150-12*). Así mismo autoriza a las asambleas departamentales y concejos municipales para decretar o votar las contribuciones o tributos fiscales locales, pero siempre conforme a la ley (*arts. 300-4, 313-4 y 338*).

Al igual que durante la vigencia de la Constitución de 1886, la nueva Carta no establece qué elementos debe contener la ley que autorice la imposición fiscal en las entidades territoriales. Aun así, la Corte Constitucional pone presente cómo el artículo 338 de la Constitución señala que las leyes tributarias deben precisar como mínimo el contenido de los tributos, designando los sujetos activo y pasivo, los hechos y las bases gravables y las tarifas de los impuestos. En este sentido, la ley de autorizaciones puede ser general o puede delimitar específicamente el tributo, pero al menos debe contener los límites dentro de los cuales la ordenanza o el acuerdo fijen los contenidos concretos de que habla el artículo 338<sup>472</sup>.

De otra parte, es importante resaltar que además de los departamentos, distritos y municipios, las nuevas entidades territoriales, como los territorios indígenas, las regiones y las provincias, en virtud de lo señalado en el artículo 287 numeral 3, tienen el derecho a establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, aunque no tengan autoridades propias con capacidad constitucional para hacerlo.

La Carta ha creado además importantes mecanismos que fortalecen la autonomía fiscal de las entidades territoriales, lo cual se refleja no sólo en el derecho a administrar los gastos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones dentro de su ámbito territorial, sino en el fortalecimiento de los mecanismos de financiación que ya existían en la Carta anterior a 1991 (*arts. 356, 357, 360 y 361*) y en la introducción de

<sup>471</sup> C. Const., Sent. T-425, jun. 24/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

<sup>472</sup> Cfr. C. Const., Sent. C-4, ene. 14/93. M.P. Ciro Angarita Barón.

nuevos instrumentos para la obtención de recursos fiscales, entre los que se incluyen.<sup>473</sup>

- La facultad de los departamentos y municipios de emitir títulos y bonos de deuda pública (*art. 295*).

- Las entidades territoriales podrán contratar crédito externo, siempre que se haga de conformidad con la ley que regule la materia (*C.P., art. 295*) y sin que el endeudamiento exceda la capacidad de pago de la respectiva entidad (*art. 364*).

- De manera novedosa con respecto al régimen anterior, la Carta señala que sólo los municipios están autorizados para gravar la propiedad inmueble, salvo en lo que se refiere a contribuciones de valorización.

- Como límites expresos a la facultad impositiva del Congreso, la Carta reitera la prohibición de conceder, mediante ley, exenciones o tratamientos preferenciales en relación con los tributos de propiedad de los entes territoriales, y de imponer recargos sobre sus impuestos, salvo en lo que se refiere a la contribución de valorización (*art. 294*).

En consecuencia, “puede el legislador establecer exenciones respecto de tributos nacionales (*arts. 150, num. 12, y 154*), siempre que la correspondiente ley cuente con la iniciativa del gobierno, pero le está vedado hacerlo en relación con los impuestos de las entidades territoriales en cualquier forma. Ello no cabe ni por vía directa, mediante la exclusión de unos contribuyentes que según la regla general de la propia ley estarían obligados a pagar, ni por el mecanismo consistente en enunciar quiénes no son sujetos pasivos del tributo, pues en ambos casos, tratándose de tal clase de impuestos, coarta la autonomía de dichas entidades y vulnera el precepto constitucional”<sup>474</sup>.

- Tampoco puede la ley trasladar a la Nación los impuestos departamentales y municipales, salvo temporalmente en caso de guerra exterior, así como tampoco puede gravar las materias que han sido objeto de gravamen por parte de las autoridades locales. Aclara la Corte que tales impuestos tampoco pueden ser trasladados a las entidades descentralizadas de la nación, ya que ello representaría la facultad de atribuir al ente subalterno posibilidades de las cuales carece el principal.

- la Carta les asigna a los bienes y rentas de propiedad de las entidades territoriales las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares.<sup>475</sup>

En desarrollo de esta atribución constitucional los concejos deben adoptar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales (*art. 313 N° 4*), dictar las normas orgánicas de presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos (*N° 5*)<sup>476</sup>.

#### *Diferencias entre regalías e impuestos*

El artículo 294 de la Carta establece que “La ley no podrá conceder exenciones ni

---

<sup>473</sup> Cfr. C. Const., Sent. C-4, ene. 14/93. M.P. Ciro Angarita Barón.

<sup>474</sup> C. Const., Sent. C-177, abr. 29/96. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>475</sup> Cfr. C. Const., Sent. C-4, ene. 14/93. M.P. Ciro Angarita Barón.

<sup>476</sup> Cfr. C. Const., Sent. C-517, sep. 15/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

*tratamientos preferenciales en relación con los tributos de propiedad de las entidades territoriales*”. La Corte Constitucional ha precisado que las limitaciones y prohibiciones contenidas en este artículo no son aplicables, bajo ninguna circunstancia, a los recursos que las entidades territoriales perciben por concepto de regalías.

En efecto, de acuerdo con la Corte: “La mencionada norma constitucional sólo extiende la prohibición de que ley establezca exenciones o tratamientos preferenciales a los **tributos** de propiedad de las entidades territoriales, categoría fiscal dentro de la cual no se encuentran incluidas las regalías. La Corte tiene establecido que las regalías y los impuestos constituyen conceptos distintos a los que la Constitución Política asigna una naturaleza y unas consecuencias diversas. Sobre este particular, la Corte ha sentado la siguiente doctrina:

“A pesar de tener en ocasiones similitudes ya que implican pagos del particular al Estado, las regalías y los impuestos son figuras diversas, con un fundamento constitucional y una finalidad diferentes. (...) La Carta acoge la concepción de la “regalía-precio”, pues la define como una “contraprestación” que se causa por la explotación de los recursos naturales no renovables de propiedad de la Nación (*C.P., art. 360*). Por ende, las regalías están representadas por aquello que el Estado recibe por conceder un derecho a explotar los recursos naturales no renovables de los cuales es titular (*C.P., art. 332*), debido a que estos recursos existen en cantidad limitada. En cambio, los impuestos, tal y como lo ha señalado en varias ocasiones esta corporación, son cargas económicas que se imponen a los particulares con el fin de financiar los gastos generales del Estado, por lo cual estas obligaciones surgen del poder impositivo del Estado. En ese orden de ideas, las regalías son ingresos públicos pero no tienen naturaleza tributaria, pues no son imposiciones del Estado sino contraprestaciones que el particular debe pagar por la obtención de un derecho, a saber, la posibilidad de explotar un recurso natural no renovable. En este orden de ideas, la relación entre el Estado y el particular es diversa, pues en un caso la persona voluntariamente decide pagar la regalía para obtener un derecho de explotación, mientras que las personas no pueden sustraerse al pago del tributo, si se cumple el hecho impositivo previsto por la ley. La obligación de pagar un impuesto no surge entonces de la celebración de un contrato con el Estado, ni de la concesión de una licencia o permiso de explotación, sino del cumplimiento del hecho previsto por la ley tributaria (*C. Const., Sents. C-221/97 y C-447/98*)”<sup>477</sup>.

#### *- Participación en las rentas nacionales*

La Carta establece un sistema general de participaciones de los departamentos, distritos y municipios que, por sus efectos e implicaciones, ha sido objeto de varias reformas constitucionales en 1993, 2001 y 2007. Tal norma, con sus modificaciones dispone:

ART. 356.— Salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación y de los departamentos, distritos, y municipios. Para efecto de atender los servicios a cargo de éstos y proveer los recursos para financiar adecuadamente su prestación, se crea el sistema general de participaciones de los departamentos, distritos y municipios.

Los distritos tendrán las mismas competencias que los municipios y departamentos para efectos de la distribución del sistema general de participaciones que establezca la ley.

---

<sup>477</sup> C. Const., Sent. C-541, jul. 28/99. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.



Para estos efectos, serán beneficiarias las entidades territoriales indígenas, una vez constituidas. Así mismo, la ley establecerá como beneficiarios a los resguardos indígenas, siempre y cuando éstos no se hayan constituido en entidad territorial indígena. (...).

INC. 4º— Los recursos del sistema general de participaciones de los departamentos, distritos y municipios se destinarán a la financiación de los servicios a su cargo, dándoles prioridad al servicio de salud, los servicios de educación preescolar, primaria, secundaria y media, y servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, garantizando la prestación y la ampliación de coberturas con énfasis en la población pobre.

Teniendo en cuenta los principios de solidaridad, complementariedad y subsidiariedad, la ley señalará los casos en los cuales la Nación podrá concurrir a la financiación de los gastos en los servicios que sean señalados por la ley como de competencia de los departamentos, distritos y municipios.

La ley reglamentará los criterios de distribución del sistema general de participaciones de los departamentos, distritos, y municipios, de acuerdo con las competencias que le asigne a cada una de estas entidades; y contendrá las disposiciones necesarias para poner en operación el sistema general de participaciones de éstas, incorporando principios sobre distribución que tengan en cuenta los siguientes criterios:

- a) Para educación, salud y agua potable y saneamiento básico: población atendida y por atender, reparto entre población urbana y rural, eficiencia administrativa y fiscal, y equidad. En la distribución por entidad territorial de cada uno de los componentes del sistema general de participaciones, se dará prioridad a factores que favorezcan a la población pobre, en los términos que establezca la ley.
- b) Para otros sectores: población, reparto entre población y urbana y rural, eficiencia administrativa y fiscal, y pobreza relativa.

No se podrá descentralizar competencias sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas.

Los recursos del sistema general de participaciones de los departamentos, distritos, y municipios se distribuirán por sectores que defina la ley.

El monto de recursos que se asigne para los sectores de salud y educación, no podrá ser inferior al que se transfería a la expedición del presente acto legislativo a cada uno de estos sectores.

PAR. TRANS.—El Gobierno deberá presentar el proyecto de ley que regule la organización y funcionamiento del sistema general de participaciones de los departamentos, distritos, y municipios, a más tardar el primer mes de sesiones del próximo período legislativo.

Así, la propia Constitución establece el situado fiscal, acompañado de un importante principio según el cual “No se podrán descentralizar responsabilidades sin la previa asignación de recursos fiscales suficientes para atenderlas” (*C.P., art. 356*).

*Capacidad de endeudamiento de las entidades territoriales*

ART. 295.—Las entidades territoriales podrán emitir títulos y bonos de deuda pública, con sujeción a las condiciones del mercado financiero e igualmente contratar crédito externo, todo de conformidad con la ley que regule la materia.

#### **- Límites a la autonomía de las entidades territoriales**

Teniendo en consideración que el nuestro es actualmente un estado centralista, “la autonomía reconocida a las entidades territoriales no debe ser entendida en términos absolutos, pues, el artículo 288 de la Constitución establece que las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales deben ser ejercidas conforme a los principios constitucionales de **coordinación, concurrencia y subsidiariedad**, atendiendo a los lineamientos constitucionales y legales”<sup>478</sup>.

Dispone el artículo:

*ART. 288.—La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales.*

*Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley.*

*Coordinación implica participación eficaz en la toma de decisiones, que es la única forma legítima, en un Estado democrático, de llegar a una regulación entre intereses diversos, así como la mejor manera de ponderar aquellos intereses que sean contradictorios. El principio de coordinación no puede identificarse con el principio de control o tutela.*

*Igualmente, el principio de concurrencia evoca un proceso de participación importante entre los entes autónomos. La concurrencia no puede significar imposición de hecho ni de derecho en el ejercicio de las competencias para la defensa de los intereses respectivos.*

*Es claro que el principio de subsidiariedad está directamente relacionado con el de complementariedad, y en este caso, como en los anteriores, es especialmente importante para su aplicación práctica que el apoyo funcional de un ente territorial a otro sea ejercido de tal forma que no lo suplante en sus funciones o competencias.*

#### **Competencia concurrente en la prestación de los servicios públicos a nivel departamental y municipal.**

En materia de servicios públicos, la Constitución Política, por un lado, defiende en el órgano legislativo del poder central una competencia de regulación normativa por la vía general (*art. 150, num 23 y art. 365*). Por otro lado, los artículos 298, 300-1, 311 y 313-1 de la Constitución confieren en esta materia un poder regulador a las corporaciones públicas de elección popular de los ámbitos departamental y municipal.

Debe tenerse presente que las competencias que la ley confíe a la respectiva entidad territorial deben entenderse circunscritas a lo que la misma ley determine. Los parámetros que la Carta consagra son:

a) La autonomía de que gozan las entidades territoriales para la gestión de sus intereses

---

<sup>478</sup> C. Const., Sent. C-1051, oct. 4/2001. M.P. Jaime Araújo Rentería.

se enmarca dentro de los contornos que a ella fijan la Constitución y la ley (*art. 287*), y b) Conforme lo dispone el artículo 288 *ibídem*, corresponde a la ley establecer los términos en los que, de acuerdo a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, los distintos niveles territoriales ejercerán las competencias que les son atribuidas por la Constitución.

Una interpretación teleológica y sistemática de los anteriores principios constitucionales conduce a esta Corte Constitucional a afirmar que “en el campo de los servicios públicos el Constituyente instituyó una *competencia concurrente* de regulación normativa en cabeza de los niveles central, regional y local, que por su alcance y radio de acción puede caracterizarse así:

a) A la ley le compete establecer por vía general el régimen jurídico de los servicios públicos, esto es, expedir el estatuto básico que defina sus pautas y parámetros generales y que regule los demás aspectos estructurales de los mismos (*C.P., arts. 150-23 y 365*), y

b) Es propio de los departamentos y municipios desarrollar por la vía del reglamento la preceptiva legal y adecuarla a los particulares peculiaridades propias de su ámbito territorial. En otros términos, corresponde a las autoridades de esos niveles ejercer la potestad reglamentaria para dar concreción y especificidad a la normación legal de modo que con sujeción a sus parámetros, dispongan lo conducente a la adecuada y eficiente prestación de los servicios públicos según sean las características de las necesidades locales.

Tal competencia concurrente constituye nítida expresión de la articulación de los dos niveles a partir de los cuales se organiza el Estado. En efecto, de una parte la ley a través de su capacidad reguladora realiza la unidad jurídico-política de la República al fijar las condiciones aplicables por igual en todo el territorio nacional, sin que al hacerlo, desde luego, le sea dable cercenar o desconocer la facultad decisoria de que gozan las instancias regional y local, vale decir, la autonomía para la gestión de sus propios intereses. Por la otra, las autoridades de los niveles departamental y municipal, al ejercer por la vía reglamentaria una facultad normativa complementaria y de desarrollo de la ley, singularizan y adaptan ese contenido normativo a las particulares condiciones de la unidad territorial, con lo cual expresan la diversidad, que de otro lado, se busca satisfacer con esta estructura institucional<sup>479</sup>.

Se aplica el concepto de *subsidiaridad* a las situaciones condicionales que se hacen en segundo lugar y únicamente en el caso de que no apliquen las principales, a las que van atadas. Con respecto al principio de *subsidiariedad* en materia de competencias municipales, la Corte aclaró desde 1992 su significado, al señalar, entre otras cosas, que: “El municipio hará lo que puede hacer por sí mismo, y que únicamente en caso de no poder ejercer determinada función independientemente deberá apelar a niveles superiores, sea el departamento como coordinador, o el nivel central como última instancia, para que colaboren en el ejercicio de esa competencia”<sup>480</sup>.

### **Articulación de los niveles nacional, departamental y municipal**

Para el adecuado funcionamiento del Estado bajo los principios de unidad nacional,

<sup>479</sup> C. Const., Sent. C-517, sep. 15/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

<sup>480</sup> C. Const., Sent. C-517, sep. 15/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

descentralización y autonomía y teniendo en consideración que se pueden y de hecho se presentan conflictos de competencia, la Corte ha precisado unas reglas para la solución de tales conflictos.

### ***Reglas para la solución de los conflictos de competencia entre los niveles***

**“5.1. Primera regla de solución de conflictos.** Cuando se afirma que el interés nacional y los intereses autónomos territoriales son articulables y no enfrentados, se está señalando que no es posible desmembrar la unidad de la república (jurídica, política, física) como solución a la problemática que nace del entrecruzamiento de competencias. Este fenómeno puede dar lugar a la coexistencia de *competencias paralelas*, serán ejercidas independientemente, en sus propios campos, o a un sistema de *competencias compartidas*, que se ejercerán de manera armónica. No obstante, si el entrecruzamiento lleva a contradicciones evidentes, *se privilegiará el interés que concentre el mayor valor social.*

Entre el interés de un ente territorial y el interés general de toda la Nación, mediará el principio de la jerarquía, que evita la indefinición y la contradicción de poderes.

En este orden de ideas, se aceptará como dominante el interés local que tenga una réplica distante en la esfera de lo nacional. Prevalecerá, en principio, el interés general cuando la materia en la que se expresa la contradicción haya sido tratada siempre en el nivel nacional o, siendo materia compartida entre las instancias locales y el poder central, corresponda a aquellas en las cuales el carácter unitario de la república se expresa abiertamente, dejando a los poderes locales competencias residuales condicionadas a lo que se decida y realice en el ámbito nacional.

**5.2. Segunda regla de solución de conflictos.** Si la primera regla hace énfasis en el aspecto que resulta dominante, esta nueva regla se orienta a preservar los extremos de conflicto sin anular la solución anterior.

El primer elemento de la regla hace relación a todo aquello que significa homogeneidad, trátase de políticas económicas, de los derechos básicos reconocidos o de la aplicación de las leyes (igualdad formal ante la ley). Por la vía de reforzar elementos homogéneos se logra la unidad.

Dentro de la técnica de la estandarización se ubican los principios generales de las diversas materias que serán compartidas por los órdenes Nacional, Departamental y Municipal. Las bases de dichas materias, las directrices que señalaran los procedimientos a seguir tendrán origen en las autoridades nacionales, en reconocimiento a su mayor capacidad en términos de recursos humanos, físicos, jurídicos, pero sobre todo, porque esas autoridades nacionales actúan a partir de una perspectiva general. Ninguna administración local puede, en cambio, exhibir una motivación común a todos ni desprenderse de sus condicionantes locales.

Al conferirse a las autoridades centrales de la república el monopolio de la expedición de las bases, los principios y las directrices, se está poniendo en práctica el principio de la igualdad. Esta regla es expresión de tal principio pues enfatiza lo que es común denominar, que se incorpora en reglas de derecho que fijan bases y directrices, sin anular las diferencias. Las bases generales admiten la existencia de excepciones o de modalidades locales. La igualdad consagrada en el artículo 13 no excluye las diferencias sino las discriminaciones, esto es, las distinciones arbitrarias.

El segundo elemento de la regla hace referencia a la diversidad, independientemente de su origen territorial, racial, económico y político. Lo diverso lleva a lo específico y a lo plural y se presenta como el complemento obligado de todo lo que hay de unitario en la vida social.

Aquello que se predica de la pluralidad frente a la unidad, se puede decir de lo específico, de lo provincial, departamental y municipal frente a lo nacional, de lo microeconómico frente a lo macroeconómico. No se concibe ya a la unidad, a lo nacional, como lo único que existe o que tiene relevancia. Sin embargo se debe reconocer a lo unitario-homogéneo el valor aglutinante que lo distingue de la posición de los demás extractos. Además, lo nacional, que como se vio tiene el monopolio de lo general y abstracto, está a cargo de materias que no podrían tenerse por un agregado de lo local. La dirección de las relaciones internacionales y el manejo de la banca central, son ejemplos que sirven para ilustrar el aserto.

Lo unitario, superior por su alcance, por ser la integración sustancial de los diferentes elementos y comprender materias sólo a él reservadas no puede comprimir hasta la extinción el derecho de lo autónomo a expresarse en el manejo de sus propios asuntos, o de lo diverso a hacer valer su diferencia sacudiéndose de la homogeneidad, o de lo específico a seguir un curso y un desarrollo que sin negar las pautas generales pueda crear un ámbito propio. Estas son las ideas que se encarnan en los artículos 7º, 10, 16, 18, 19, 70 inciso 2º, 71, 75 inciso 2º, 79 inciso 2º de la Carta Política, que bien pueden considerarse como manifestaciones de la diversidad cuya supervivencia constituye aplicación del principio de la prohibición del vaciamiento de competencias, que de manera general se concibe como el límite del elemento dominante que no podrá serlo hasta el punto de anular la autonomía y coartar sus legítimas expresiones.

**5.3. Tercera regla de solución de conflictos.** Los principios expuestos (jerarquía, prohibición de vaciamiento de competencia), tienen una especial trascendencia en materias económicas, una de cuyas expresiones se mezcla en este proceso con la malla territorial. La tercera regla de solución pone de presente que en materias económicas se intensifica el alcance y peso de lo unitario. A *contrario sensu* las debilidades del elemento autónomo se exacerban cuando se trata de lo económico.

En el ámbito económico el principio de la unidad es esencial para evitar la desintegración y la disfuncionalidad del sistema. La administración de recursos escasos requiere de un manejo coherente y de una visión que sobrepase el corto plazo. En materia económica, como se vio, existe una tendencia cohesionante muy fuerte, más exactamente, una necesidad de unicidad muy marcada. De ahí que el principio de la jerarquía será también el que tenga aplicación preferencial.

**5.4. Cuarta regla de solución de conflictos.** Esta regla se ocupa de la delimitación de competencias en función del interés económico y territorial subyacentes. A cada esfera de acción económica corresponderá una competencia. De este modo será nacional la competencia para imponer tributos a todos los habitantes del territorio, o la competencia para suscribir contratos de empréstito para aliviar un déficit fiscal nacional. Será departamental la competencia para contratar las obras de acueducto que sirven a tres de sus municipios. La competencia que se asigne, siguiendo esta metodología, deberá ser exclusiva en lo posible<sup>481</sup>.

---

<sup>481</sup> C. Const., Sent. C-478, ago. 6/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

#### 4.5.4.4.2.1 EL DEPARTAMENTO

Se considera como departamento cada una de las partes en que se divide un territorio (departamento de Caldas), aunque también se considera como tal una subdivisión de la administración pública (Departamento Administrativo de Seguridad). De todos modos, es una forma de organización para efectos de una mejor administración. Territorialmente hablando, los departamentos no son la única posibilidad de organización territorial; también se puede tratar de provincias, regiones, cantones, soviets o lander.

En Colombia, en 1886 los antiguos estados soberanos se transformaron en departamentos y la organización política pasó de federal a unitaria; de esta forma, los departamentos se convierten en pieza clave de la descentralización administrativa. El nombre hace referencia, como en Francia, a divisiones internas territoriales<sup>482</sup>.

Territorialmente hablando, un departamento es una entidad integrada por una porción del territorio colombiano en la cual existen varios municipios. El departamento presenta ciertas características especiales para su gestión administrativa que serán estudiadas en el acápite de la función administrativa.

La división política actual de Colombia comprende los siguientes departamentos:

Denominación	Área KM <sup>2</sup>	Capital
1. Amazonas	109.665	Leticia
2. Antioquia	63.612	Medellín
3. Atlántico	3.388	Barranquilla
4. Arauca	23.812	Arauca
5. Bolívar	25.978	Cartagena
6. Boyacá	23.189	Tunja
7. Caldas	7.888	Manizales
8. Caquetá	88.685	Florencia
9. Casanare	44.640	Yopal
10. Cauca	29.308	Popayán
11. Cesar	22.905	Valledupar
12. Córdoba	25.020	Montería
13. Cundinamarca	24.210	Bogotá
14. Chocó	46.530	Quibdó
15. La Guajira	20.848	Riohacha
16. Guainía	75.288	Puerto Inírida
17. Guaviare	42.327	San José del Guaviare
18. Huila	19.890	Neiva
19. Magdalena	23.188	Santa Marta
20. Meta	85.635	Villavicencio
21. Nariño	33.268	Pasto
22. Norte de Santander	22.367	Cúcuta
23. Putumayo	24.885	Mocoa
24. Quindío	1.845	Armenia
25. Risaralda	4.140	Pereira
26. San Andrés, Providencia y Santa Catalina	52.5	San Andrés
27. Santander	30.537	Bucaramanga
28. Sucre	10.917	Sincelejo
29. Tolima	23.582	Ibagué

<sup>482</sup> Cfr. VIDAL PERDOMO, op. cit., p. 207.

30. Valle del Cauca	22.140	Cali
31. Vaupés	54.135	Mitú
32. Vichada	100.242	Puerto Carreño

Fuente: Instituto Geográfico Agustín Codazzi. Diccionario Geográfico de Colombia, Tomo I, 3A ed., 1996.

### Categorización presupuestal de los departamentos

En desarrollo del artículo 302 de la Constitución Política, teniendo en cuenta su capacidad de gestión administrativa y fiscal y de acuerdo con su población e ingresos corrientes de libre destinación, la Ley 617 de 2000 establece la siguiente categorización para los departamentos:

Categoría	Población requerida	Ingresos corrientes de libre destinación anuales - SMLM
<b>Especial</b>	2.000.000 hab.	Superiores 600.000
<b>Primera</b>	entre 700.001 y 2.000.000	Desde 170.001 y hasta 600.000.
<b>Segunda</b>	Entre 390.001 y 700.000	Desde 122.001 y hasta 170.000
<b>Tercera</b>	Entre 100.001 y 390.000	Desde 60.001 y hasta 122.000
<b>Cuarta</b>	Igual o inferior 100.000	iguales o inferiores a 60.000

De acuerdo con la misma Ley 617/00, los gobernadores determinarán anualmente, mediante decreto expedido antes del 31 de octubre, la categoría en la que se encuentra clasificado para el año siguiente, el respectivo departamento. Para determinar la categoría, el decreto tendrá como base las certificaciones que expida el Contralor General de la República sobre los ingresos corrientes de libre destinación recaudados efectivamente en la vigencia anterior y sobre la relación porcentual entre los gastos de funcionamiento y los ingresos corrientes de libre destinación de la vigencia inmediatamente anterior, junto con la certificación que expida el DANE, sobre población para el año anterior.

Cuando en el primer semestre del año siguiente al que se evalúa para la categorización, el departamento demuestre que ha enervado las condiciones para disminuir de categoría, se calificará en la que acredite en dicho semestre, de acuerdo al procedimiento establecido anteriormente y teniendo en cuenta la capacidad fiscal<sup>483</sup>.

### Formación de nuevos departamentos

El Congreso Nacional puede decretar la formación de nuevos departamentos, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en la ley orgánica del ordenamiento territorial y una vez verificados los procedimientos, estudios y consulta popular dispuestos por esta Constitución. (C.P., art. 297).

### Autonomía administrativa y de planeación de los departamentos

Los departamentos tienen autonomía para la administración de los asuntos seccionales y la planificación y promoción del desarrollo económico y social dentro de su territorio en los términos establecidos por la Constitución (C.P., art. 298).

Los departamentos, entonces, ejercen los siguientes tipos de funciones:

a) Administrativas,

<sup>483</sup> El Decreto 192 de 2001 reglamentario de la Ley 617 de 2000, establece que para efectos de tal ley se entiende por "capacidad fiscal" de una entidad territorial, la posibilidad real de financiar la totalidad de sus gastos de funcionamiento con sus ingresos corrientes de libre destinación, dejando excedentes que le permitan atender otras obligaciones corrientes acumuladas y financiar al menos parcialmente la inversión pública autónoma.

- b) de coordinación,
- c) de complementariedad de la acción municipal,
- d) de intermediación entre la Nación y los municipios y
- e) de prestación de los servicios que determinen la Constitución y las leyes.

La Constitución delega en la ley la reglamentación de lo relacionado con el ejercicio de estas atribuciones.

### **Capacidades y competencias legales especiales a los departamentos**

ART. 302.—La ley podrá establecer para uno o varios departamentos diversas capacidades y competencias de gestión administrativa y fiscal distintas a las señaladas para ellos en la Constitución, en atención a la necesidad de mejorar la administración o la prestación de los servicios públicos de acuerdo con su población, recursos económicos y naturales y circunstancias sociales, culturales y ecológicas.

En desarrollo de lo anterior, la ley podrá delegar, a uno o varios departamentos, atribuciones propias de los organismos o entidades públicas nacionales.

### **Las autoridades departamentales**

De acuerdo con el artículo 303 de la Carta, en cada uno de los departamentos habrá un **gobernador** que será jefe de la administración seccional y representante legal del departamento; el gobernador será agente del Presidente de la República para el mantenimiento del orden público y para la ejecución de la política económica general, así como para aquellos asuntos que mediante convenios la Nación acuerde con el departamento.

Igualmente expresa la Carta que en cada departamento habrá una corporación administrativa de elección popular que se denominará **asamblea departamental** (Art. 299). Adicionalmente la ley dispone toda una estructura administrativa especial para el departamento.

## **4.5.4.4.2 LAS REGIONES ADMINISTRATIVAS Y DE PLANIFICACIÓN**

### **Teoría general**

Frente a los sistemas federal o centralizado surge otra posibilidad de organización territorial denominada estado regional. En el lenguaje económico región tiene el sentido de “un área geográfica de cierta homogeneidad que se debe tomar en cuenta para el desarrollo económico y la conservación de los recursos naturales; sobre dicha unidad geográfico-económica se pueden establecer organizaciones administrativas para la planificación y el desarrollo”<sup>484</sup>.

Con la Carta de 1886 las propuestas federalistas fueron quedando rezagadas pero botaron en cambio “embriones de organización regional para la planificación y el desarrollo, en principio, con la creación de unidades supra-departamentales”<sup>485</sup>.

En la década de los 50 se crea la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca (CVC). Aquí el concepto regional tiene connotaciones económicas pero no políticas. Esta tendencia, establecida especialmente para la protección y conservación de los recursos naturales requería de una autorización constitucional, lo que se logra con las reformas de

---

<sup>484</sup> Cfr. VIDAL. Op. Cit., p. 210.

<sup>485</sup> Cfr. VIDAL. Op. cit., p. 211.



1959 y 1968. Los entes jurídicos que resultaron de estas experiencias del movimiento hacia la regionalización fueron clasificados como establecimientos públicos nacionales que representaban la descentralización por servicios y en la mayor parte de los casos coincidían con los límites de los departamentos<sup>486</sup>.

En 1985 una ley introdujo la figura de “regiones económicas” como se conocían en Francia en la década de los 60. Se dio así lugar en Colombia a una cierta organización administrativa a través de lo que se conoce como los Corpes y fueron tomadas como divisiones de la planificación nacional y no como entes político administrativos (como en Italia o España).. Las corporaciones autónomas regionales y los Corpes (Consejo Regionales de política Económica y Social) han sido la manifestación de la regionalización económico administrativa.

Las regiones ya como entidades territoriales se originan en la Carta de 1991 (*especialmente en los artículos 306 y 307*). “La propuesta fue patrocinada por los miembros de la Asamblea Constituyente oriundos de los departamentos de la Costa Atlántica, pero no se admitió la tesis extrema de la desaparición de los departamentos. El resultado fue que las regiones deberán coexistir con los departamentos y depender de ellos y que la constitución no creó las regiones como entidades territoriales, pero en su artículo 286 estableció que “la ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y a las provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la Ley”.

De acuerdo con la Carta:

ART. 306.—Dos o más departamentos podrán constituirse en regiones administrativas y de planificación, con personería jurídica, autonomía y patrimonio propio. Su objeto principal será el desarrollo económico y social del respectivo territorio.

#### **Condiciones, atribuciones, órganos y recursos de las regiones**

ART. 307.—La respectiva ley orgánica, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial, establecerá las condiciones para solicitar la conversión de la región en entidad territorial. La decisión tomada por el Congreso se someterá en cada caso a referendo de los ciudadanos de los departamentos interesados.

La misma ley establecerá las atribuciones, los órganos de administración, y los recursos de las regiones y su participación en el manejo de los ingresos provenientes del fondo nacional de regalías. Igualmente definirá los principios para la adopción del estatuto especial de cada región.

#### **4.5.4.4.2.3 LAS CORPORACIONES AUTÓNOMAS REGIONALES**

Se trata de una entidad corporativa de carácter público, creada por la constitución o la ley e integrada por entidades territoriales que constituyen geográficamente un ecosistema o conforman una unidad geopolítica, biogeográfica o hidro-geográfica, o para administrar dentro del área de su jurisdicción el medio ambiente y los recursos naturales renovables, y para propender por su desarrollo sostenible<sup>487</sup>.

#### **Corporaciones autónomas regionales que comprendan más de un departamento**

---

<sup>486</sup> Cfr. VIDAL. Op. cit., p. 211.

<sup>487</sup> MADRID MALO. Diccionario ... p. 77.

Cuando se presente esta situación y en relación con su creación, considera la Corte Constitucional que “(...) éstas no puedan ser objeto de creación por parte de las asambleas departamentales (*art. 300-7*), ni menos aún, por parte de los concejos municipales (*art. 313-6*), toda vez que, (...), la Carta Política no faculta para que una ordenanza o un acuerdo superen sus límites espaciales y tengan influencia jurídica y política sobre otro ente territorial. Pretender lo contrario significaría desconocer el principio de legalidad contenido en los artículos 6º y 121 superiores, por cuanto —se reitera— no existe norma alguna que específicamente faculte a las asambleas para celebrar convenios interdepartamentales o a los concejos para hacerlo a nivel intermunicipal que permitan la creación de este tipo de entidades públicas con jurisdicción regional. Esta es una de las varias razones —como enseguida se explicará— por las cuales esta corporación considera que sólo la ley, por mandato del constituyente, puede crear las corporaciones autónomas regionales, que se extiendan al territorio de más de un departamento. Lo anterior no obsta para que las asambleas o los concejos (*C.P., arts. 300-2 y 313-6*) puedan crear establecimientos públicos —que no corporaciones autónomas regionales— con el fin de velar por un desarrollo sostenible en su departamento o municipio, y colaborar así, en forma loable, con el propósito nacional de preservar y conservar el ambiente; para ello, deben estas entidades articular sus competencias con la de las entidades públicas respectivas de carácter nacional”<sup>488</sup>.

Esta posición, sin embargo está sujeta a precisiones adicionales relacionadas con el trámite, pues en salvamento de voto, algunos magistrados de la Corte manifestaron que para la creación de corporaciones autónomas regionales el Congreso no puede legislar por vía específica. En efecto, consideran que “El artículo 150, numeral 7º de la Constitución estatuye que al Congreso corresponde, por medio de leyes, “reglamentar la creación y funcionamiento de las corporaciones autónomas regionales dentro de un régimen de autonomía”.

A diferencia de lo que en la misma disposición se encuentra para los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, cuya creación sí compete de manera expresa al Congreso de la República, el constituyente le atribuyó una función bien distinta en cuanto las corporaciones autónomas regionales, a las que no incluyó dentro de la categoría de los establecimientos públicos: la de **reglamentar** su creación y funcionamiento. Se trata de una norma especialmente aplicable a esos organismos y, puesto que toca con asignación de atribuciones constitucionales, es de interpretación estricta sin que ello signifique desconocer la cláusula general de competencia.

A nuestro juicio, los términos usados por la Constitución no pueden ser más claros; de ellos surge, sin mayores complicaciones, que el Congreso tiene a su cargo la responsabilidad de dictar las leyes que, por vía general, dispongan las reglas pertinentes a la creación y funcionamiento de tales entidades.

La creación es, entonces, un acto que estará a cargo de aquel organismo al que la ley designe. Este, al proferirlo, deberá someterse a los requisitos, trámites y condicionamientos que el legislador en cumplimiento de su función de regulación general, haya dispuesto (...).

---

<sup>488</sup> C. Const., Sent. C-423, sep. 29/94. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Lo que sí resulta evidente es que ni el Congreso ni organismo alguno está hoy autorizado para crear corporaciones autónomas regionales sin haberse dictado con anterioridad la ley que reglamente la creación y funcionamiento de las mismas, pues al hacerlo estaría pretermitiendo una exigencia constitucional expresa (...).

4. La sentencia de la cual discrepamos señala, sin sustentarlo, que “con la promulgación de la Constitución de 1991, las corporaciones autónomas regionales mantuvieron su condición de establecimientos públicos”.

Eso no está demostrado. No lo dice la Constitución, como sí lo hacía la precedente, ni la Corte elabora razonamiento alguno que permita deducir tal afirmación de la perceptiva constitucional.

Ante el silencio de la Carta, corresponde al legislador —según resulta del mismo artículo 150, numeral 7º— definir la naturaleza jurídica de los aludidos organismos (...).

Pensamos que la mínima consecuencia del régimen de autonomía dispuesto por la Constitución para las corporaciones autónomas regionales es la de reconocerles una naturaleza jurídica propia y distinta de la prevista para otras entidades descentralizadas.

Por otra parte, no se ve cómo podría conciliarse el concepto de establecimiento público nacional, proveniente de la **voluntad unilateral** del centro de la organización del Estado, expresada en la ley, con la **voluntad asociativa** entre entidades territoriales, a partir de la cual deberían surgir las corporaciones autónomas regionales según la filosofía de la Constitución de 1991.

4. Las ideas que exponemos en este salvamento de voto no son incompatibles con el sentido de la cláusula general de competencia en materia legislativa, que reside en el Congreso. Otra cosa es afirmar la necesidad de que este se someta a los expresos lineamientos y requisitos establecidos de manera directa por la Constitución, en este caso el de no proceder a legislar por vía específica (creando una corporación) sino con arreglo a normas legislativas previas y generales<sup>489</sup>.

#### **Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena**

ART. 331.—Crease la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena encargada de la recuperación de la navegación, de la actividad portuaria, la adecuación y la conservación de tierras, la generación y distribución de energía y el aprovechamiento y preservación del ambiente, los recursos ictiológicos y demás recursos naturales renovables.

La ley determinará su organización y fuentes de financiación, y definirá en favor de los municipios ribereños un tratamiento especial en la asignación de regalías y en la participación que les corresponda en los ingresos corrientes de la Nación.

La Ley 161 de 1994 reglamentó la corporación Autónoma Regional del Río Grande de Magdalena. Por su parte los estatutos se adoptaron mediante el Decreto 790 de 1995.

#### **4.5.4.4.2.4 EL MUNICIPIO**

---

<sup>489</sup> Salv. de Voto, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, C. Const., Sent. C-423, sep. 29/94.

### ¿Qué es?

Entre los antiguos romanos el municipio era una ciudad libre que se gobernaba por sus propias leyes y cuyos vecinos podían lograr los privilegios y disfrutar de los derechos de la ciudad de Roma (Del Santo Diccionario p. 597). Modernamente puede definirse como “persona de derecho público, constituida por una comunidad humana, asentada en un territorio determinado, que administra sus propios y particulares intereses y que depende siempre, en mayor o menor grado, de una entidad pública superior”<sup>490</sup>.

El municipio es la entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado. El régimen municipal en Colombia ha tenido varias reformas importantes, incluso antes de la Carta de 1991. La reforma de 1968 previó las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios y las juntas administradoras locales pero que tuvieron en su momento poco desarrollo. El proyecto de reforma del 77 declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia también incluía aspectos relacionados con la reforma municipal.

Al municipio le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes (*C.P., art. 311*).

Esta norma constitucional ha tenido hasta la fecha el siguiente desarrollo legal:

— Ley 136 de 1994. Régimen municipal: principios sobre la organización y el funcionamiento de los municipios, requisitos para su creación, estructura y funcionamiento de los concejos, comunas y corregimientos, participación ciudadana, asociación de municipios, control fiscal y personeros municipales.

— Ley 388 de 1997. Tiene como finalidad ejercer su autonomía, promover el ordenamiento del territorio, el uso equitativo y racional del suelo, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural localizado en su ámbito territorial y la prevención de desastres en asentamientos de alto riesgo, así como la ejecución de acciones urbanísticas eficientes. Modificada por la Ley 902 de 2004.

### Número de municipios

Colombia posee 1120 municipios, incluidos los 10 Distritos que se cuentan como Municipios. Cada municipio posee una cabecera municipal, la cual es una población que suele llevar el mismo nombre del municipio y funciona como su capital. Existen otros tipos de poblaciones que no tienen estatus de municipio sino que dependen de estos. Estos tipos de poblaciones son los corregimientos, las inspecciones de policía, los caseríos y los sitios.

La zona rural de un municipio se divide en veredas y sus zonas urbanas (cabecera municipal, corregimientos, etc.) se dividen en barrios. Algunas cabeceras grandes (ciudades) pueden estar divididas en comunas o localidades.

### Creación de municipios

La creación de municipios es competencia de las asambleas departamentales, por medio de ordenanzas, crear y suprimir municipios, con sujeción a los requisitos que señale la ley (*C.N., art. 300-6 de 1991*).

---

<sup>490</sup> ELGUERA Citado por DEL SANTO, Diccionario p. 597.

De acuerdo con la Ley 136/94 en su artículo 8 (*Modificado. L. 617/2000, art. 15*) para que una porción del territorio de un departamento pueda ser erigida en municipio se necesita que concurren las siguientes condiciones:

1. Que el área del municipio propuesto tenga identidad, atendidas las características naturales, sociales, económicas y culturales.
2. Que cuente por lo menos con catorce mil (14.000) habitantes y que el municipio o municipios de los cuales se pretende segregar no disminuya su población por debajo de este límite señalado, según certificación del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE.
3. Que el municipio propuesto garantice, por lo menos, ingresos corrientes de libre destinación anuales equivalentes a cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales vigentes, durante un período no inferior a cuatro (4) años.
4. Previamente a la presentación del proyecto de *ordenanza* por la cual se cree un municipio el órgano departamental de planeación, de acuerdo con la metodología elaborada por el Departamento Nacional de Planeación debe elaborar el respectivo estudio, sobre la conveniencia económica y social de la iniciativa y la viabilidad de la nueva entidad, teniendo en cuenta sus posibilidades económicas, de infraestructura y su identificación como área de desarrollo. Con base en dicho estudio, el órgano departamental de planeación deberá expedir concepto sobre la viabilidad de crear o no el municipio, debiendo pronunciarse sobre la conveniencia de la medida para el municipio o los municipios de los cuales se segregaría el nuevo.

En ningún caso podrá crearse un municipio que sustraiga más de la tercera parte del territorio del municipio o municipios de los cuales se segrega. De forma previa a la sanción de la ordenanza de creación del municipio, el tribunal contencioso administrativo ejercerá control automático previo sobre la legalidad de la misma. Si el proyecto no se encontrare ajustado a la ley no podrá sancionarse.

PAR. 1º—El respectivo proyecto de ordenanza podrá ser presentado a iniciativa del gobernador, de los miembros de la asamblea departamental o por iniciativa popular, de conformidad con la ley. Sin embargo, el gobernador estará obligado a presentarlo cuando por medio de consulta popular así lo decida la mayoría de los ciudadanos residentes en el respectivo territorio.

Cuando no hubiere precedido la consulta popular a la ordenanza que apruebe la creación de un nuevo municipio, una vez ésta se expida será sometida a referéndum en el que participen los ciudadanos del respectivo territorio. El referéndum deberá realizarse en un plazo máximo de (6) seis meses, contados a partir de la fecha de sanción de la ordenanza. Si el proyecto de ordenanza fuere negado, se archivará y una nueva iniciativa en el mismo sentido sólo podrá presentarse tres (3) años después.

PAR. 2º—Se podrán crear municipios sin el lleno del requisito poblacional exigido en el numeral segundo del presente artículo cuando, de conformidad con la certificación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el municipio que se vaya a crear garantice ingresos corrientes de libre destinación superiores a ocho mil (8.000) salarios mínimos mensuales vigentes.

PAR. 3º—El Ministerio del Interior llevará un registro sobre los municipios que se creen. Para tal efecto, el gobernador del respectivo departamento, una vez sea surtido el trámite de creación de un municipio, remitirá copia de la ordenanza y sus anexos a la dirección general unidad administrativa especial para el desarrollo institucional de los entes territoriales del Ministerio del Interior.

### **Ordenamiento del territorio municipal**

- **Concepto.** El ordenamiento del territorio municipal y distrital comprende un conjunto de acciones político-administrativas y de planificación física concertadas, emprendidas por los municipios o distritos y áreas metropolitanas, en ejercicio de la función pública que les compete, dentro de los límites fijados por la Constitución y las leyes, en orden a disponer de instrumentos eficientes para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción y regular la utilización, transformación y ocupación del espacio, de acuerdo con las estrategias de desarrollo socioeconómico y en armonía con el medio ambiente y las tradiciones históricas y culturales (*L. 388/97, Art. 5*).

- **Objeto.** El ordenamiento del territorio municipal y distrital tiene por objeto complementar la planificación económica y social con la dimensión territorial, racionalizar las intervenciones sobre el territorio y orientar su desarrollo y aprovechamiento sostenible, mediante:

1. La definición de las estrategias territoriales de uso, ocupación y manejo del suelo, en función de los objetivos económicos, sociales, urbanísticos y ambientales.
2. El diseño y adopción de los instrumentos y procedimientos de gestión y actuación que permitan ejecutar actuaciones urbanas integrales y articular las actuaciones sectoriales que afectan la estructura del territorio municipal o distrital.
3. La definición de los programas y proyectos que concretan estos propósitos. El ordenamiento del territorio municipal y distrital se hará tomando en consideración las relaciones intermunicipales, metropolitanas y regionales; deberá atender las condiciones de diversidad étnica y cultural, reconociendo el pluralismo y el respeto a la diferencia; e incorporará instrumentos que permitan regular las dinámicas de transformación territorial de manera que se optimice la utilización de los recursos naturales y humanos para el logro de condiciones de vida dignas para la población actual y las generaciones futuras. (*L. 388/97, Art. 6*).

### **Régimen legal del municipio**

El régimen municipal estará definido por lo dispuesto en la Constitución Política, por lo establecido en la ley. Para el caso la Ley 136 de 1994 (*art. 2*) establece las siguientes disposiciones:

- a) En materia de la distribución de competencias con la Nación y las entidades territoriales, y los regímenes de planeación y presupuestal, por las correspondientes leyes orgánicas, de conformidad por lo dispuesto en los artículos 288, 342 y 352 de la Constitución Política;
- b) En relación con las instituciones y mecanismos de participación ciudadana a nivel municipal, por lo dispuesto en la respectiva ley estatutaria, de acuerdo con lo previsto en los artículos 103 y 152 de la Constitución Política;
- c) En lo concerniente con su endeudamiento interno y externo, y sujeto a la capacidad de endeudamiento del municipio, de conformidad con la ley y de acuerdo con el literal a) del

numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política.

En lo relativo a los regímenes salariales y prestacionales de sus empleados públicos, por las normas generales que dicte el congreso y las disposiciones que en desarrollo de ellas expida el gobierno, los trabajadores oficiales por las normas vigentes de contratación colectiva y las mínimas del régimen de prestaciones sociales que dicte el congreso de conformidad con lo dispuesto en los literales e) y f) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, y

d) En relación con los regímenes de distribución de recursos entre la Nación y los municipios, de los tributos propios de éstos, de los servicios públicos a su cargo, del personal, del régimen contractual y del control interno y electoral, se sujetarán a las normas especiales que se dicten sobre dichas materias de acuerdo con lo dispuesto, entre otros, por los artículos 125 y transitorio 21, 152 literal c), 269, 313 numeral 4º, 356, 357, 365 y transitorio 48 de la Constitución Política.

En resumen, en materia municipal, además de las atribuciones políticas la Constitución señala, entre otras, las siguientes competencias: prestar los servicios públicos que determine la ley; construir las obras que demande el progreso local; ordenar el desarrollo de su territorio; promover la participación comunitaria, y promover el mejoramiento social y cultural de sus habitantes (*art. 311 C.N.*)<sup>491</sup>.

De acuerdo con lo anterior es posible afirmar que las autoridades municipales tienen la atribución política de decidir cuales son las obras que demanda el progreso social y cuales no, así como cuales son las medidas que llevan a promover la participación comunitaria y el mejoramiento social y cultural. Si en la evaluación de conveniencia de determinadas medidas, el interés del municipio se enfrenta a un interés departamental o nacional, la tarea será, en virtud de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, resolver el conflicto en cada caso concreto."<sup>492</sup>

### **Determinantes de los planes de ordenamiento territorial**

De acuerdo con la Ley 388/97, artículo 10, en la elaboración y adopción de sus planes de ordenamiento territorial los municipios y distritos deberán tener en cuenta las siguientes determinantes, que constituyen normas de superior jerarquía, en sus propios ámbitos de competencia, de acuerdo con la Constitución y las leyes:

1. Las relacionadas con la conservación y protección del medio ambiente, los recursos naturales y la prevención de amenazas y riesgos naturales, así:

a) Las directrices, normas y reglamentos expedidos en ejercicio de sus respectivas facultades legales, por las entidades del sistema nacional ambiental, en los aspectos relacionados con el ordenamiento espacial del territorio, de acuerdo con la Ley 99 de 1993 y el Código de Recursos Naturales, tales como las limitaciones derivadas del estatuto de zonificación de uso adecuado del territorio y las regulaciones nacionales sobre uso del suelo en lo concerniente exclusivamente a sus aspectos ambientales;

b) Las regulaciones sobre conservación, preservación, uso y manejo del medio ambiente y de los recursos naturales renovables, en las zonas marinas y costeras; las disposiciones producidas por la Corporación Autónoma Regional o la autoridad ambiental de la respectiva jurisdicción, en cuanto a la reserva, alindamiento, administración o sustracción

<sup>491</sup> C. Const., Sent. C-517, sep. 15/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

<sup>492</sup> C. Const., Sent. C-517, sep. 15/92. M.P. Ciro Angarita Barón.



de los distritos de manejo integrado, los distritos de conservación de suelos, las reservas forestales y parques naturales de carácter regional; las normas y directrices para el manejo de las cuencas hidrográficas expedidas por la Corporación Autónoma Regional o la autoridad ambiental de la respectiva jurisdicción; y las directrices y normas expedidas por las autoridades ambientales para la conservación de las áreas de especial importancia ecosistémica;

c) Las disposiciones que reglamentan el uso y funcionamiento de las áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales y las reservas forestales nacionales, y

d) Las políticas, directrices y regulaciones sobre prevención de amenazas y riesgos naturales, el señalamiento y localización de las áreas de riesgo para asentamientos humanos, así como las estrategias de manejo de zonas expuestas a amenazas y riesgos naturales.

2. Las políticas, directrices y regulaciones sobre conservación, preservación y uso de las áreas e inmuebles consideradas como patrimonio cultural de la Nación y de los departamentos, incluyendo el histórico, artístico y arquitectónico, de conformidad con la legislación correspondiente.

3. El señalamiento y localización de las infraestructuras básicas relativas a la red vial nacional y regional, puertos y aeropuertos, sistemas de abastecimiento de agua, saneamiento y suministro de energía, así como las directrices de ordenamientos para sus áreas de influencia.

4. Los componentes de ordenamiento territorial de los planes integrales de desarrollo metropolitano, en cuanto se refieran a hechos metropolitanos, así como las normas generales que establezcan los objetivos y criterios definidos por las áreas metropolitanas en los asuntos de ordenamiento del territorio municipal, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 128 de 1994 y la presente ley.

### **Facultad de los municipios en materia de gravámenes sobre propiedad inmueble**

Establece la Carta en su artículo 317 que sólo los municipios podrán gravar la propiedad inmueble. Lo anterior no obsta para que otras entidades impongan contribución de valorización.

La ley destinará un porcentaje de estos tributos, que no podrá exceder del promedio de las sobretasas existentes, a las entidades encargadas del manejo y conservación del ambiente y de los recursos naturales renovables, de acuerdo con los planes de desarrollo de los municipios del área de su jurisdicción.

### ***Alcances de tal facultad***

La Corte Constitucional considera que “la norma constitucional invocada consagra a la vez una garantía para los contribuyentes, en el sentido de que su derecho de propiedad, en cuanto a inmuebles se refiere, no será objeto de varios y simultáneos gravámenes por parte de distintas entidades territoriales, y una forma adicional de protección a los municipios, cuyas rentas se derivan en buena parte de impuestos como el predial, con el fin de reservar para ellos tan importante fuente de ingresos, dentro de la concepción descentralista de la Carta Política. Es por ello que constitucionalmente se erige a los municipios en únicos y exclusivos sujetos activos de todo gravamen sobre la propiedad inmueble.

Tal reserva, sin embargo, está referida de manera exclusiva a la propiedad en cuanto ésta sea el objeto del gravamen, es decir, implica la prohibición para la Nación, para los



departamentos y para las demás entidades territoriales de introducir tributos que recaigan de manera directa y específica sobre el bien inmueble del cual una persona sea dueña.

Pero la propiedad no puede confundirse, como objeto de imposición, con los rendimientos que obtenga el propietario por la valorización del inmueble —pues la misma Constitución declara que ésta podrá ser gravada por entes distintos de los municipios—, ni tampoco con los derivados de la venta o enajenación de aquél, ni con los actos jurídicos que se celebren en relación con el predio. Por eso, el impuesto de valorización, el que recaiga sobre la utilidad por la enajenación del bien una vez transcurrido cierto lapso desde su adquisición, el de ganancias ocasionales dentro de las condiciones que fije el legislador, o el que tenga como hecho gravable la celebración de ciertos actos jurídicos respecto del bien, para mencionar tan sólo algunas variables tributarias que aluden a inmuebles, no son tributos que recaigan sobre la propiedad raíz en sí misma, esto es, que impliquen para el contribuyente la obligación de pagar algo al Estado por el hecho de ser propietario de un bien de esa categoría.

Lo que se grava (...) puede diferenciarse perfectamente de la propiedad aunque se relacione con ella. Así, en lo concerniente a valorización, el objeto de tributo es el incremento patrimonial y no la circunstancia de ser propietario; lo mismo acontece en los casos de utilidades, rentas y ganancias ocasionales producidas con motivo de la enajenación del bien, en los cuales se parte del supuesto de que el propietario ha dejado de serlo, percibiendo entonces un rendimiento susceptible de gravamen; y, de la misma manera, los actos jurídicos sobre inmuebles causan impuestos en cuanto tales, al punto que sólo se recaudan en el momento de otorgar la correspondiente escritura pública o de efectuar el registro<sup>493</sup>.

### Categorías de distritos o municipios

La Carta dispone que la ley puede establecer categorías de municipios de acuerdo con su población, recursos fiscales, importancia económica y situación geográfica, y señalar distinto régimen para su organización, gobierno y administración (*art. 320*). En efecto, la Ley 136 de 1994 estableció que los distritos y municipios se clasificarán atendiendo su población e ingresos corrientes de libre destinación, así:

Categoría	Requisito poblacional	Ingresos corrientes de libre destinación anuales - SMLM
<b>Especial</b>	Igual o superior a 500.001	Superiores a 400.000
<b>Primera</b>	Entre 100.001 y 500.000	Superiores a 100.000 y hasta 400.000
<b>Segunda</b>	Entre 50.001 y 100.000	Entre 50.000 y hasta 100.000
<b>Tercera</b>	entre 30.001 y 50.000	superiores 30.000 y hasta 50.000
<b>Cuarta</b>	entre 20.001 y 30.000	superiores 25.000 y hasta 30.000
<b>Quinta</b>	entre 10.001 y 20.000	superiores 15.000 y hasta 25.000
<b>Sexta</b>	igual o inferior a 10.000	no superiores a 15.000

<sup>493</sup> Sent. C-275, jun. 20/96. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Los alcaldes determinarán anualmente, mediante decreto expedido antes del treinta y uno (31) de octubre, la categoría en la que se encuentra clasificado para el año siguiente, el respectivo distrito o municipio.

Para determinar la categoría, el decreto tendrá como base las certificaciones que expida el Contralor General de la República sobre los ingresos corrientes de libre destinación recaudados efectivamente en la vigencia anterior y sobre la relación porcentual entre los gastos de funcionamiento y los ingresos corrientes de libre destinación de la vigencia inmediatamente anterior, y la certificación que expida el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, sobre población para el año anterior. (L. 135/94, art. 6, Par. 5 y L. 617 de 2000, art. 2)

Los **municipios de frontera** con población superior a setenta mil (70.000) habitantes, por su condición estratégica, se clasificarán como mínimo en la cuarta categoría, en ningún caso los gastos de funcionamiento de dichos municipios podrán superar el ciento por ciento de sus ingresos corrientes de libre destinación. (L. 135/94, art. 6, Par. 7 y L. 617 de 2000, art. 2)

Los municipios colindantes con el Distrito Capital, con población superior a trescientos mil uno (300.001) habitantes, se clasificarán en segunda categoría. (L. 135/94, art. 6, Par. 7 y L. 617 de 2000, art. 2)

### **División de municipios y zonas rurales**

ART. 318.—Con el fin de mejorar la prestación de los servicios y asegurar la participación de la ciudadanía en el manejo de los asuntos públicos de carácter local, los concejos podrán dividir sus municipios en *comunas* cuando se trate de áreas urbanas, y en *corregimientos* en el caso de las zonas rurales.

En cada una de las comunas o corregimientos habrá una *junta administradora local* de elección popular, integrada por el número de miembros que determine la ley, que tendrá las siguientes funciones:

1. Participar en la elaboración de los planes y programas municipales de desarrollo económico y social y de obras públicas.
2. Vigilar y controlar la prestación de los servicios municipales en su comuna o corregimiento y las inversiones que se realicen con recursos públicos.
3. Formular propuestas de inversión ante las autoridades nacionales, departamentales y municipales encargadas de la elaboración de los respectivos planes de inversión.
4. Distribuir las partidas globales que les asigne el presupuesto municipal.
5. Ejercer las funciones que les deleguen el concejo y otras autoridades locales. Las asambleas departamentales podrán organizar juntas administradoras para el cumplimiento de las funciones que les señale el acto de su creación en el territorio que este mismo determine.

### **Autoridades municipales**

De acuerdo con la carta en cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio (*art. 314*); también habrá una corporación político-administrativa elegida popularmente para períodos de cuatro (4) años que se denominará concejo municipal (*art. 314*). Sus funciones serán tratadas al analizar la actividad administrativa del estado y la dinámica de las autoridades administrativas

#### 4.5.4.4.2.5 LAS PROVINCIAS

Hemos tenido oportunidad de resaltar como originariamente la organización territorial del virreinato de la Nueva Grada incluía la institución de las provincias que poco a poco fueron desapareciendo como entidades administrativas en la organización territorial de la república. El concepto sigue siendo de uso en otros estados; en Argentina, por ejemplo, las provincias son unidades autónomas integradas en el estado federal, en España ocupan el lugar intermedio entre el estado y el municipio.

La Carta de 1991 las contempla como posibilidad de alianza entre municipios y dispone en su artículo 321 lo siguiente:

“Las provincias se constituyen con municipios o territorios indígenas circunvecinos, pertenecientes a un mismo departamento, para que cumpla funciones delegadas por entidades nacionales o departamentales o asignadas por la ley o por las autoridades de los municipios a ella integrados.

Las provincias serán creadas por ordenanza, a iniciativa del gobernador, de los alcaldes de los respectivos municipios o del número de ciudadanos que determine la ley. La ley puede darle el carácter de unidad territorial.

Para el ingreso a una provincia ya constituida deberá realizarse una consulta popular en los municipios interesados.

El departamento y los municipios aportarán a las provincias el porcentaje de sus ingresos corrientes que determinen la asamblea y los concejos respectivos”.

#### 4.5.4.4.2.6 LAS ÁREAS METROPOLITANAS

Consisten en entidades administrativas por medio de la cual se organizan dos o mas municipios con ciertas afinidades. Se pueden establecer una vez cumplidas ciertas formalidades. La Constitución las reglamenta así:

ART. 319.—Cuando dos o más municipios tengan relaciones económicas, sociales y físicas, que den al conjunto características de un área metropolitana, podrán organizarse como entidad administrativa encargada de programar y coordinar el desarrollo armónico e integrado del territorio colocado bajo su autoridad; racionalizar la prestación de los servicios públicos a cargo de quienes la integran y, si es el caso, prestar en común algunos de ellos; y ejecutar obras de interés metropolitano.

La ley de ordenamiento territorial adoptará para las áreas metropolitanas un régimen administrativo y fiscal de carácter especial; garantizará que en sus órganos de administración tengan adecuada participación las respectivas autoridades municipales; y señalará la forma de convocar y realizar las consultas populares que decidan la vinculación de los municipios.

Cumplida la consulta popular, los respectivos alcaldes y los concejos municipales protocolizarán la conformación del área y definirán sus atribuciones, financiación y autoridades, de acuerdo con la ley.

Las áreas metropolitanas podrán convertirse en distritos conforme a la ley.

—**Objeto.** Las áreas metropolitanas son entidades administrativas formadas por un conjunto de dos o más municipios integrados alrededor de un municipio núcleo o metrópoli, vinculados entre sí por estrechas relaciones de orden físico, económico y social, que para la programación y coordinación de su desarrollo y para la racional

prestación de sus servicios públicos requiere una administración coordinada. (L.O.128/94, art. 1º).

—**Naturaleza jurídica.** Las áreas metropolitanas están dotadas de personalidad jurídica de derecho público, autonomía administrativa, patrimonio propio, autoridades y régimen especial. (L.O.128/94, art. 2º).

—**Jurisdicción y domicilio.** La jurisdicción del área metropolitana comprenderá el territorio de los municipios que la conforman. Tendrá como sede el municipio que sea capital del departamento, el cual se denominará municipio núcleo. Cuando entre los municipios que conforman el área no exista capital del departamento, el municipio sede será aquel con mayor número de habitantes. (L.O.128/94, art. 3º).

—**Funciones.** Son funciones de las áreas metropolitanas, entre otras, las siguientes:

1. Programar y coordinar el desarrollo armónico e integrado del territorio colocado bajo su jurisdicción.
2. Racionalizar la prestación de los servicios públicos a cargo de los municipios que la integran, y si es el caso, prestar en común alguno de ellos.
3. Ejecutar obras de interés metropolitano. (L.O.128/94, art. 4º).

—**Órganos de dirección y administración.** La dirección y administración del área metropolitana estará a cargo de una junta metropolitana, un alcalde metropolitano, un gerente y las unidades técnicas que según sus estatutos, fueron indispensables para el cumplimiento de sus funciones. (L.O.128/94, art. 7º).

### **Requisitos para llevar a cabo la vinculación de nuevos municipios al área metropolitana**

"De acuerdo con lo dispuesto por el inciso segundo del párrafo primero del artículo 5º de la Ley 128 de 1994, en concordancia con el numeral 1º del mismo artículo, tienen iniciativa para proponer la anexión de uno o más municipios a un área metropolitana ya existente, las siguientes personas:

- a) Los alcaldes de los municipios interesados;
- b) La tercera parte de los concejales de dichos municipios;
- c) El cinco por ciento (5%) de los ciudadanos que integran el censo electoral totalizado de los mismos municipios;
- d) El gobernador del departamento correspondiente, y
- e) La junta metropolitana, según decisión adoptada por mayoría absoluta.

"2.2. En el caso de la iniciativa del pueblo para proponer la anexión, el porcentaje del censo electoral que se requiere para ello, es el cinco por ciento (5%) del censo electoral total de cada uno de los municipios interesados en anexarse al área metropolitana.

En cuanto al procedimiento para la consulta popular, es el establecido en los artículos 51 a 54 de la Ley 134 de 1994.

Las normas de la Ley 134 de 1994 (arts. 10 a 27) relativas a los promotores, voceros, formularios oficiales, recolección de apoyos, verificación, plazo y certificación, se refieren expresamente a los mecanismos de iniciativa popular legislativa y normativa ante las corporaciones públicas y de solicitud de referendo, definidos en los artículos 2º y 3º de la ley, no al de iniciativa popular para la anexión de municipios a áreas metropolitanas.

"2.3. Como de acuerdo con el inciso primero del párrafo primero del artículo 5º de la Ley 128 de 1994, la anexión de municipios a un área metropolitana ya constituida, se

hace mediante el mecanismo de la consulta popular, es necesario cumplir los requisitos establecidos para ésta a nivel municipal, de manera concreta los indicados en el inciso segundo del artículo 53 de la Ley 134 de 1994, y en consecuencia, se requiere el concepto sobre la conveniencia de la consulta por parte de los concejos de los municipios interesados en la anexión.

“2.4. Igualmente se requiere, con base en las citadas normas, el concepto del tribunal contencioso administrativo competente sobre la constitucionalidad del texto de la consulta.

“2.6. Conforme a la norma citada, que es especial y por ende prevalece sobre el artículo 55 de la Ley 134 de 1994, la aprobación de la anexión se produce por mayoría absoluta de votos en cada uno de los municipios interesados en la anexión, siempre y cuando haya concurrido a la consulta no menos de la cuarta parte de la población registrada en el respectivo censo electoral”<sup>494</sup>.

En la actualidad existen las siguientes áreas metropolitanas:

Área Metropolitana de Barranquilla  
Área Metropolitana de Bucaramanga  
Área Metropolitana del Valle de Aburrá  
Área Metropolitana de Cúcuta  
Área Metropolitana de Bogotá  
Área Metropolitana de Cali  
Área Metropolitana de Valledupar  
Área Metropolitana de Centro Occidente

#### **4.5.4.4.2.7 LOS DISTRITOS**

Son entidades territoriales creadas por la propia constitución con un régimen especial en materias política, fiscal y administrativa. Colombia posee diez distritos, estos seis últimos creados en la Finalización de Legislatura del Congreso Colombiano del 2007:

Distrito Capital de Bogotá  
Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla  
Distrito especial, turístico y cultural de Cartagena  
Distrito especial, turístico e histórico de Santa Marta  
Distrito histórico y cultural de Tunja  
Distrito especial ecoturístico, histórico y universitario de Popayán  
Distrito especial turístico y fronterizo de Cúcuta  
Distrito especial, industrial, portuario, biodiverso y ecoturístico de Buenaventura  
Distrito especial portuario de Turbo  
Distrito especial, industrial, portuario, biodiverso y ecoturístico de Tumaco.

#### **Del régimen especial de Bogotá, Distrito Capital**

De acuerdo con el artículo 322 de la Carta. Modificado por el Acto Legislativo 1 de 2000 (art. 1º): Bogotá, Capital de la República y del departamento de Cundinamarca, se organiza como Distrito Capital. Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.

---

<sup>494</sup> C.E., S. de Consulta. Conc.3765, dic. 11/96. M.P. César Hoyos Salazar.

Con base en las normas generales que establezca la ley, el concejo a iniciativa del alcalde, dividirá el territorio distrital en localidades, de acuerdo con las características sociales de sus habitantes, y hará el correspondiente reparto de competencias y funciones administrativas.

A las autoridades distritales corresponderá garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad y la eficiente prestación de los servicios a cargo del distrito; a las locales, la gestión de los asuntos propios de su territorio.

El estatuto orgánico de Bogotá, D.C., se encuentra contenido en el Decreto 1421 de 1993.

### **Área metropolitana de Bogotá**

ART. 325.—Con el fin de garantizar la ejecución de planes y programas de desarrollo integral y la prestación oportuna y eficiente de los servicios a su cargo, dentro de las condiciones que fijen la Constitución y la ley, el Distrito Capital podrá conformar un área metropolitana con los municipios circunvecinos y una región con otras entidades territoriales de carácter departamental.

### **Incorporación de municipios vecinos al Distrito Capital**

ART. 326.—Los municipios circunvecinos podrán incorporarse al Distrito Capital si así lo determinan los ciudadanos que residan en ellos mediante votación que tendrá lugar cuando el concejo distrital haya manifestado su acuerdo con esta vinculación. Si ésta ocurre, al antiguo municipio se le aplicarán las normas constitucionales y legales vigentes para las demás localidades que conformen el Distrito Capital.

### **Barranquilla Distrito Especial Industrial y Portuario**

Por medio del Acto Legislativo 01/93 (*art. 1*) “La ciudad de Barranquilla se organiza como distrito especial, industrial y portuario.

El distrito abarcará además la comprensión territorial del barrio de Las Flores de esta misma ciudad, el corregimiento de La Playa del municipio de Puerto Colombia y el tajamar occidental de Bocas de Ceniza en el río Magdalena, sector ciénaga de Mayorquín, en el departamento del Atlántico.

Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución y las leyes especiales que para el efecto se dicten, y en lo no dispuesto en ellas, las disposiciones vigentes para los municipios”.

### **Distrito Especial, Turístico y Cultural de Cartagena de Indias; Distrito Especial, Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta y Barranquilla; y Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturismo Buenaventura y Tumaco**

El artículo 328 de la Carta (*Modificado. A.L. 2/2007, art. 2º*) establece que “El Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, el Distrito Turístico, Cultural e histórico de Santa Marta y Barranquilla conservarán su régimen y carácter, y se organiza a Buenaventura y Tumaco como distrito especial, industrial, portuario, biodiverso y ecoturismo.

PAR.—Los distritos especiales de Cartagena, Barranquilla y Santa Marta, no recibirán por ninguna circunstancia, menores ingresos por el sistema general de participaciones o por cualquier otra causa, que los recibidos el primero de enero de 2007

## **Desarrollo legal**

Mediante la Ley 768 de 2002 se reglamenta esta norma constitucional así:

—**Objeto.** La presente ley consagra las normas que integran el estatuto político, administrativo y fiscal de los distritos especiales de Barranquilla, Cartagena de Indias y Santa Marta; su objeto es dotar a éstos de las facultades, instrumentos y recursos que les permitan cumplir las funciones y prestar los servicios a su cargo; promover el desarrollo integral de su territorio para contribuir al mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes, a partir del aprovechamiento de sus recursos y ventajas derivadas de las características, condiciones y circunstancias especiales que presentan éstos, considerados en particular. (*L. 768/02, art. 1*).

—**Régimen aplicable.** Los distritos especiales de Barranquilla, Cartagena de Indias y Santa Marta, son entidades territoriales organizadas de conformidad con lo previsto en la Constitución Política, que se encuentran sujetos a un régimen especial autorizado por la propia Carta Política, en virtud del cual sus órganos y autoridades gozan de facultades especiales diferentes a las contempladas dentro del régimen ordinario aplicable a los demás municipios del país, así como del que rige para las otras entidades territoriales establecidas dentro de la estructura político administrativa del Estado colombiano.

En todo caso las disposiciones de carácter especial prevalecerán sobre las de carácter general que integran el régimen ordinario de los municipios y/o de los otros entes territoriales; pero en aquellos eventos no regulados por las normas especiales o que no se hubieren remitido expresamente a las disposiciones aplicables a alguno de los otros tipos de entidades territoriales previstas en la Constitución Política y la ley, ni a las que está sujeto el Distrito Capital de Bogotá, éstos se sujetarán a las disposiciones previstas para los municipios. (*L. 768/02, art. 2*).

De acuerdo con la L. 768/2002 (*art. 47*), el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias cumplirá el papel de sede alterna de la Presidencia de la República y del Ministerio de Relaciones Exteriores, exclusivamente para los efectos protocolarios y para la recepción de delegaciones e invitados especiales del exterior.

### **4.5.4.4.2.8 LAS LOCALIDADES**

División del territorio de los distritos hecha por iniciativa de los alcaldes, de acuerdo con las características de sus habitantes.

La Ley 768 de 2002 (*art. 3º*) establece que los distritos especiales estarán divididos en localidades, definidas como divisiones administrativas con homogeneidad relativa desde el punto de vista geográfico, cultural, social y económico.

#### **Alcaldes locales**

Cada localidad tendrá un alcalde local, que será nombrado por el alcalde mayor de terna elaborada por la correspondiente junta administradora local, en asamblea pública, citada por el alcalde mayor y que deberá tener quórum con no menos del ochenta por ciento (80%) de sus miembros. (*L. 768/2002, art. 5*).

Para ser alcalde local se debe cumplir con los requisitos que la ley exige para desempeñar el cargo de alcalde mayor. El concejo distrital reglamentará sus funciones y asignación salarial. Su período será el del alcalde mayor y el costo de estas asignaciones



salariales será cubierto por los recursos propios del Distrito.

#### **4.5.4.4.3 LAS ENTIDADES TERRITORIALES INDÍGENAS**

Los *resguardos* son instituciones organizativas de origen español por medio de la cual las autoridades coloniales adjudicaban cierta porción de tierra a una comunidad indígena, para que los indios la trabajaran como regalía comunal. Los pocos resguardos hoy subsistentes son declarados por la Constitución como predios de propiedad colectiva e inalienables, imprescriptibles e inembargables. Es la ley la encargada de definir las relaciones entre el resguardo y la entidad territorial en la que este se integra.<sup>495</sup>

*ART. 329.—La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial.*

*Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.*

*La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.*

*PAR.—En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo.*

Esta norma constitucional tuvo desarrollo legal mediante la Ley 21 de 1991, por medio de la cual se aprobó el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra 1989. Dispone tal convenio en su artículo 14 que:

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

#### **Los gobiernos de los territorios indígenas**

Dispone el artículo 330 de la Carta que de conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro

---

<sup>495</sup> Cfr. Madrd Malo, 290.



de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

Las normas reglamentarias (*D. 1320 /98*) establecen el procedimiento para la celebración de la consulta previa con las comunidades indígenas o negras cuando se adelanten proyectos o actividades que involucren el medio ambiente y/o los recursos naturales dentro de los territorios de dichas comunidades.

Por su parte la Ley 505/99 (*art. 16*) establece que los resguardos, reservas, parcialidades y comunidades indígenas que se encuentran en la zona rural del país se eximen de estratificación, en razón de que están amparados por un fuero y un sistema normativo propio.

### **Autonomía política de los pueblos indígenas**

Como pone de presente la Corte Constitucional, "(...) además de la autonomía administrativa, presupuestal y financiera de que gozan las comunidades indígenas dentro de sus territorios, también se les reconoce la autonomía política, lo que se traduce en la elección de sus propias autoridades, la cual debe ejercerse dentro de los estrictos parámetros señalados por el mismo texto constitucional, es decir, de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley, de forma que se asegure la unidad nacional.

A su vez, el artículo 3º de la Ley 89 de 1990 dispone que: "En todos los lugares en que se encuentre establecida una parcialidad de indígenas habrá un pequeño cabildo nombrado por estos conforme a sus costumbres. El período de duración de dicho cabildo será de un año, de 1º de enero a 31 de diciembre. Para tomar posesión de sus puestos no necesitan los miembros del cabildo de otra formalidad que la de ser reconocidos por la parcialidad ante el cabildo cesante y a presencia del alcalde del distrito...".

En el plano del derecho internacional, el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, ratificado por nuestro país mediante la Ley 21 de 1991, se refiere a la autonomía de las comunidades indígenas y el reconocimiento de los derechos fundamentales constitucionales en sus territorios, como límite al principio de diversidad étnica, al reconocer la aspiración de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, así como su desarrollo económico y social, manteniendo y fortaleciendo sus identidades, lenguas y religiones<sup>496</sup>.

Es así como el citado instrumento internacional dispone que los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática "con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad", acción que deberá incluir medidas tendientes a promover la plena efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales, respetando su identidad social, y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones (*art. 2º, lit. b*); también deberán adoptar medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados (*art. 4º, num. 1º*); igualmente los estados partes deben respetar la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos

---

<sup>496</sup> Ver Sentencia T-379 de 2003, M.P. Clara Inés Varga Hernández.

pueblos (*art. 5º, lit. b*)); establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin (*art. 6º, lit. c*)).

Particularmente el convenio garantiza el derecho de las comunidades indígenas a “decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural” (*art. 7º, num. 1º*).

Igualmente dispone que “al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario, garantizando a dichos pueblos el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias”, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (*art. 8º, nums. 1º y 2º*).

En Sentencia SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, esta corporación advirtió que, el Estado está obligado, a un mismo tiempo, a garantizar los derechos de todas las personas en su calidad de ciudadanas y a reconocer las diferencias y necesidades particulares que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales específicos. En esa labor de equilibrio, el Estado debe cuidarse de imponer alguna particular concepción del mundo pues atentaría contra el principio pluralista y contra la igualdad de todas las culturas. Sobre el particular afirmó: “frente a la disyuntiva antes anotada, la Carta Política colombiana ha preferido una posición intermedia, toda vez que no opta por un universalismo extremo, pero tampoco se inclina por un relativismo cultural incondicional”.

Así pues, puede concluirse que la autonomía de que gozan las comunidades indígenas cumple una importante función instrumental, puesto que les permite tomar parte activa en la definición de su propio destino, haciendo igualmente efectivos sus derechos fundamentales, como sujeto colectivo, con miras a fortalecer y preservar su integridad y diversidad étnica y cultural<sup>497</sup>.

#### 4.5.4.4 LA APROPIACIÓN TERRITORIAL CON LA CARTA DE 1991

##### La propiedad

Es un derecho de jerarquía constitucional y a la vez un mecanismo de carácter económico, político y jurídico para la distribución de la tierra. Consiste en la facultad de gozar y disponer de una cosa y de reclamar la devolución de ella si está en poder de otro. Existen diversos tipos de propiedad no necesariamente referidos a la tierra. Hablamos a sí de propiedad mueble e inmueble, Propiedad colectiva o individual, propiedad horizontal, propiedad minera, propiedad rural o urbana; pero también de propiedad intelectual, propiedad industrial, literaria o fiduciaria.

La propiedad o dominio sobre la tierra puede ser de dos tipos: **público** o **privado**. De acuerdo con la Carta, son inalienables, imprescriptibles e inembargables los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de los grupos étnicos, las tierras

---

<sup>497</sup> C. Const., Sent. T-603, jun. 9/ 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

de resguardo, las cosas que constituyen el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley.

Por disposición del artículo 332 de la Carta el estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.

La Constitución garantiza la propiedad privada y los demás derechos reales adquiridos con arreglo a las leyes civiles, derechos que no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. La propiedad es una función social que implica obligaciones. A ella es inherente una función ecológica. Por motivos de interés público o utilidad social definidos por el legislador puede haber expropiación. También compete al estado, por sentencia judicial, declara extinguido el dominio de bienes mal habidos. La pena confiscatoria está prohibida. (Arts. 34, 63, 58-66, 72, 102, 310 y 329).

### **Baldíos**

Son porciones del territorio nacional que no han sido objeto de apropiación particular con título legítimo, y hacen parte de aquellos bienes fiscales adjudicables cuyo dominio pertenece a la República. Corresponde al congreso dictar las leyes sobre apropiación, adjudicación y recuperación de tierras baldías. (C.P. art. 150- 18)<sup>498</sup>.

## **4.5.5 LAS FUNCIONES DEL ESTADO**

### **Clasificación**

Existen diversos criterios y parámetros para hacer estas clasificaciones sobre las funciones del estado; desde un punto de vista se pueden tomar como referencia los órganos del poder público que tienen ciertas funciones específicas; desde otro, podemos hablar de funciones a nivel interno y de funciones a nivel internacional.

#### **4.5.5.1 La función pública**

Bajo el título de *función pública* (Tit. V, cap. 2), se presentan en la Carta los principios fundamentales y reglas básicas que se impone al ejercicio de las funciones a cargo de los servidores públicos. La Constitución presenta en el título de la función pública el conjunto de regímenes de administración laboral aplicables a las personas que prestan sus servicios al Estado. “La Constitución de 1991 trata de la función pública dentro de una concepción realmente novedosa y de proyecciones que rompen la tradición jurídica del país pues, cuando de función pública se hablaba, se concretaba el concepto a la función ejecutiva o administrativa. La preocupación de los constituyentes con esta normativa que se dispersa a lo largo del articulado de la Carta era el afán de moralizar”.<sup>499</sup>

Dentro de una concepción amplia puede decirse que la función pública es el régimen que regula las relaciones jurídicas del estado con los particulares, en lo atinente a las funciones a cargo del estado y a la prestación de los servicios que le asignan la Constitución y la ley. SÁCHICA la concibe como “el ejercicio de los poderes públicos por los titulares de la respectiva función, dentro del marco constitucional y legal, en orden a obtener el cumplimiento de los fines del estado”<sup>500</sup>.

---

<sup>498</sup> Madrid-Malo. Op. cit., p. 43.

<sup>499</sup> OSSA ARBELÁEZ Jaime. Derecho Administrativo Sancionador, Legis, Bogotá, 1999. p. 41.

<sup>500</sup> SÁCHICA, Luis Carlos. Aproximación crítica a la Constitución de 1991. Cámara de Comercio de Bogotá, 1972, p. 20.

Esta forma de entender la función pública engloba la extensa noción de Estado Social de Derecho, como protagonista del servicio a la comunidad, irradia el estudio de los servicios públicos, las calidades y requisitos para desempeñar los cargos y abarca por tanto, el ejercicio del poder mismo.

“La función pública se manifiesta por la voluntad del *órgano-institución* y se ejecuta por el funcionario público que la exterioriza. De ahí que los administrativistas hablen de de *órganos-personas* como vinculados a los *órganos-institución*. Los funcionarios públicos son *órganos personas* u *órganos individuos* que utiliza el Estado para el cumplimiento de los fines señalados en la Carta fundamental.

Los *órganos-personas*, para el desempeño de sus actividades públicas, deben tener funciones detalladas en la ley o el reglamento (*art. 122*); no pueden ejercer funciones distintas a las que les señalen la Constitución o la Ley (*art. 121*); es decir que todo el régimen de competencias está reglado en cualquier Estado de Derecho.

Pero esas competencias también tienen un sentido diferente en el moderno constitucionalismo ya que “están dirigidas hacia nuevas fórmulas dinámicas diseñadas en la Carta del 91 y con orientaciones claramente demarcadas en la participación democrática ejercida por la comunidad; la prestación de los servicios públicos por particulares; la variación de los criterios de control; las innovaciones de figuras de control; la estructura de los colegios profesionales con posibilidad de intervenir en las funciones públicas; los jueces de paz; las jurisdicciones indígenas; en fin, la *participación* en la configuración, ejercicio y control del poder político”<sup>501</sup>.

“Estos son apenas unos pocos enunciados de la manera como el concepto ha evolucionado la concepción del estado en una reorientación de tal magnitud que bien puede decirse, como algunos lo han pregonado, que ha entrado en crisis la tridivisión del poder y la concepción de servicios públicos sólo a cargo del Estado”<sup>502</sup>. El desarrollo completo de este tema constituye uno de los elementos fundamentales del Derecho Administrativo, de modo que aquí presentamos sólo sus aspectos constitucionales fundamentales. La función administrativa será estudiada más adelante.

De acuerdo con la Ley 909 de 2004 ejercen función pública básicamente los empleados de carrera administrativa y los empleados de libre nombramiento y remoción, sin excluir otras posibilidades. Entre ellos se incluyen los empleados de la rama ejecutiva tanto del orden nacional como del orden territorial; de la rama legislativa, los miembros del Congreso y algunos de sus empleados; en la rama judicial los magistrados, jueces fiscales, auxiliares de la justicia y particulares que transitoriamente ejerzan funciones públicas; en los organismos de control, los contralores, el auditor general y los empleados de la auditoría, los procuradores, Defensor del Pueblo y delegados, personeros municipales, y en la organización electoral, entre otros, los miembros del Consejo Nacional Electoral, los registradores y empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil, y además, los empleados de los organismos que administran recursos parafiscales<sup>503</sup>.

---

<sup>501</sup> OSSA. Op. cit., p. 43.

<sup>502</sup> Ibidem. p. 43.

<sup>503</sup> Véase el estudio adelantado por la ESAP en 1996, encomendada a los profesores Juan Manuel Charry y Mauricio Fajardo.

A la función pública, en principio, se ingresa por elección o por nombramiento. La elección a su vez puede ser de dos tipos, *popular*, en el caso de las corporaciones públicas como el senado o la Cámara, la Asamblea departamental, el Consejo municipal, el presidente, los gobernadores o los alcaldes, entre otros. También puede tratarse de una elección colegiada no popular como en el caso del Fiscal, el Procurador, el Contralor, los personeros, los magistrados de la Corte Constitucional, entre otros.

Para el acceso por nombramiento se requiere, como su nombre lo indica, ser nombrado por autoridad competente; comprobar que se poseen las calidades para el cargo y tener presente que no habrá empleo que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento (C.P., art. 122). Entre los requisitos también se incluyen el declarar bajo juramento el monto de bienes y rentas, certificado sobre inexistencia o inhabilitación disciplinaria por destitución o condena por ciertos delitos. Además se establecen ciertos requisitos específicos según se trate del nivel al que se vincula la persona: directivo, ejecutivo, asesor, profesional o técnico o asistencial.

Los nombramientos a su vez pueden ser de carácter ordinario, en período de prueba para los empleos de carrera administrativa, previo concurso; por ascenso para empleados escalafonados o por nombramiento en provisionalidad, por necesidades del servicio. Con la expedición de la Ley 909 de 2004 se trata de terminar con el sistema de la provisionalidad.

En síntesis, el ejercicio de la función pública se desenvuelve bajo las siguientes características<sup>504</sup>:

- a) Está al servicio del estado y de la comunidad,
- b) Ejerce sus funciones en la forma prevista en la Constitución la ley y el reglamento,
- c) No puede desarrollar funciones distintas las previstas en la constitución y en la ley,  
y
- d) Su responsabilidad se determina por la ley.

### **Función pública y carrera**

De acuerdo con la Carta, artículo 125:

Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar

---

<sup>504</sup> YOUNES, Diego. Derecho Constitucional Colombiano, p. 300.

tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual éste fue elegido.

### Prohibiciones e incompatibilidades de la función pública

De acuerdo con Younes se cuentan entre ellas<sup>505</sup>:

- Prohibición de nepotismo. Se denomina a sí al vicio de las autoridades nominadoras de nombrar a sus parientes en los empleos públicos. El art. 126 de la carta establece claras prohibiciones.

- Prohibiciones en materia de contratación.- Ningún servidor público puede celebrar contratos con entidades públicas, y

- Prohibición del ejercicio simultáneo de empleos públicos: Ningún servidor público puede recibir más de una asignación proveniente del tesoro público, salvo las excepciones legales.

### Función pública e inhabilidades de los funcionarios públicos

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado: "(...) las inhabilidades "son defectos, impedimentos o prohibiciones para ser nombrado o elegido en un cargo o empleo y para ocuparlo"<sup>506</sup>, por lo que constituyen una limitación al derecho fundamental de acceso a los cargos públicos (C.N. art. 40). Por estas razones, esas restricciones solamente se aplican están expresamente reguladas en la constitución o en la ley y, en consecuencia, no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas. De hecho, aunque si bien es cierto, en principio, todos los ciudadanos gozan de la garantía de acceso a la función pública, no es menos cierto que este derecho no es absoluto y puede ser limitado por el constituyente o por el legislador cuando se trata de preservar los principios de moralidad, transparencia e imparcialidad de la función administrativa y de garantizar el derecho de igualdad de oportunidades (C.N. arts 209 y 13). De consiguiente, solamente puede restringirse el derecho de acceso a la función pública si la ley y la Constitución señalan en forma expresa las inhabilidades para ser elegido o nombrado en un determinado empleo público y en los precisos términos de la norma que se trate. Así las cosas, se entiende que los regímenes de excepción, más entratándose de aquellos referidos a la limitación del ejercicio de los derechos políticos, son por esencia taxativos, de manera que el fallador solo podrá considerar en su juicio, los que previamente ha consagrado el legislador"<sup>507</sup>.

### Régimen disciplinario del servidor público

Como consecuencia de las responsabilidades que se derivan de la función pública y de las actividades de los servidores públicos se ha establecido todo un sistema de procedimientos y sanciones a las infracciones relacionadas que se conoce como Código Disciplinario Único.

### Particulares y función pública

---

<sup>505</sup> YOUNES, idem. p. 302.

<sup>506</sup> Sentencia del 2 de agosto de 2002, expediente 2852. En el mismo sentido, sentencias del 6 de mayo de 1999, expediente 2233 y del 11 de marzo de 1999, expediente 1847.

<sup>507</sup> C.E., Sec. Quinta, Sent. ago. 25/2005. Exp. 3635. M.P. Darío Quiñones Pinilla.

Los particulares también pueden ejercer funciones públicas en forma permanente o transitoria; tal es el caso de los notarios o los jurados. En efecto, “no todas las relaciones de servicios personales con la administración quedan cubiertas con los conceptos de servidores públicos. Hay quienes forman parte del grupo de colaboradores externos a la administración y quienes tienen ciertas cargas ciudadanas que también ejercen funciones públicas sin ser funcionarios públicos.

#### **4.5.5.2 FUNCIONES DEL ESTADO A NIVEL INTERNACIONAL**

El Estado tiene sus objetivos y finalidades a nivel interno, para con la población que lo integra, pero lo que se presenta en la realidad actualmente es una serie de estados que se distribuyen el territorio y la población del planeta. En esta medida se integra un grupo de estados que también tiene que relacionarse y a veces enfrentarse. En esta medida los estados son sujetos que integran la llamada comunidad internacional y también son sujetos del derecho internacional.

##### **4.5.5.2.1 Las relaciones internacionales y las soberanías nacionales**

Como bien sostiene la Corte Constitucional: “En el mundo moderno y contemporáneo, el equilibrio jurídico internacional parte del supuesto de que los órdenes internos de los Estados no son absolutos, ya que así como existe un interés general en el seno de cada uno de ellos, igualmente hay un interés general internacional, fundado en el bien común universal. Es este interés el que busca realizarse mediante los pactos o tratados que se celebran en virtud del ejercicio de la soberanía, como atributo propio de cada uno de los Estados; el compromiso internacional es, así, un acto de soberanía del Estado que se vincula, es decir, se trata de la expresión de la voluntad independiente de cada Estado que pretende comprometerse como ente jurídico en el plano internacional.

El orden jurídico internacional es el resultado de la expresión de la voluntad de las naciones, y así como en el seno de éstas debe primar el interés general sobre el interés particular, es lógico que en el plano internacional la expresión del acuerdo de voluntades entre los Estados prevalezca sobre el orden interno de uno de los que se han comprometido en particular, de suerte que no se invierta el sentido de los valores jurídicos que establecen que la parte se ordena al todo; es el todo el que da estabilidad a la parte. Es esto lo que explica la razón por la cual se requiere que la soberanía de un Estado tenga que ser reconocida por otros Estados y que este reconocimiento deba considerarse dentro de los elementos constitutivos del Estado, ya que sin él no llega a adquirir un carácter que lo habilite para ejercer derechos y contraer compromisos frente a la comunidad internacional. Es justamente este reconocimiento el que le garantiza su condición de sujeto de derecho internacional, en cuanto su capacidad de ejercicio en el plano internacional se ve avalada por sus iguales.(...).

El poder del Estado no es, pues, en el ámbito de la comunidad internacional, ilimitado, sino que está sometido a los compromisos contraídos a la luz de las normas del derecho internacional, el cual presenta, entre otras particularidades las siguientes:

(...) El Estado en relación con otros Estados no tiene poder ilimitado, tal como podría creerse de acuerdo con la teoría absolutista de la soberanía, porque está obligado por el derecho internacional y un poder ilimitado no puede ser sujeto de obligaciones internacionales. Esta posición ha sido sostenida por los grandes internacionalistas: fue la explicada por Vitoria y Suárez, pasando por Verdross, Duguit, Barthélemy, entre otros, hasta hoy. El poder del Estado es independiente del poder de los otros Estados y está subordinado en el campo de sus relaciones con ellos, únicamente a las normas del derecho internacional.



La soberanía del Estado implica una facultad de autodeterminación limitada, por el derecho internacional, en el orden positivo, en cuanto a su relación con otros Estados, lo cual no contradice la potestad interna que el Estado tiene sobre sus súbditos. Es, pues, una soberanía subordinada por el derecho internacional en el aspecto externo, pero que es suprema en el orden interno. Son dos aspectos diferentes. Es decir, se refiere a la supremacía del orden estatal en el interior, y su subordinación al derecho internacional en el exterior, sin que esto implique la negación del principio del *ius gentium* relativo a la autodeterminación de los pueblos (...).

La racionalidad del derecho es la que exige pues que el orden interno no vulnere el orden internacional, pues sería el precedente para que la unilateralidad se proclamara con argumentos que podrían ser de fuerza y no de razón, es decir, de “capricho” y no de consenso. Por eso es que existen deberes y derechos eminentemente racionales —y en su extensión, universales—, por lo que las diversas sociedades civiles, organizadas bajo la forma de Estado cada una de ellas, se hallan unidas entre sí por pactos que las vinculan en un ideal común objetivo. La base de todo el orden internacional, el fundamento de su construcción y progreso, no es otro distinto al respeto por el consenso, es decir el principio *pacta sunt servanda*, manifestación de la recta razón<sup>508</sup>.

#### 4.5.5.2.2 Postulados fundamentales del ejercicio de competencias del estado a nivel internacional

La doctrina jurídica contemporánea, al estudiar los principios rectores del ejercicio de las competencias del estado en derecho internacional, distingue tres postulados fundamentales: el de la *independencia*, el de la *igualdad* y el de la *abstención*.<sup>509</sup>

Con arreglo al *principio de independencia*, el Estado tiene una competencia exclusiva, autónoma y plena. Esto significa que en ese territorio se impone por la autoridad estatal el monopolio de la fuerza armada, de la administración de justicia y de la organización y el funcionamiento de los servicios públicos.

En virtud del *principio de igualdad*, el estado no puede ser sometido a una regla a la cual no haya dado aceptación por lo menos tácita, ya que todas las comunidades estatales tienen la capacidad de ostentar idénticos derechos y deberes.

Por último, según el *principio de abstención*, todo estado debe evitar cualquier forma de injerencia en los asuntos internos de los demás y tiene prohibida la intervención que no se apoye en un justo título.

Las relaciones diplomáticas son las que sostienen los miembros de la comunidad internacional para armonizar sus intereses y conciliar sus divergencias, ajustándose a las reglas de la moral, la cortesía y el derecho internacional es. Éste último cumple una función doble: determina el ámbito de validez de las competencias de los estados y fija las obligaciones impuestas a cada uno de ellos en el ejercicio de sus potestades soberanas<sup>510</sup>.

En cuanto a las relaciones comerciales, son las desarrolladas desde la edad media, con fines protectores, informativos y mercantiles, a través de la institución consular. En la

<sup>508</sup> C. Const., Sent. C-276, jul. 22/93. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>509</sup> Cfr. BARROS JARPA. Manual de Derecho Internacional Público. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1964, p. 169 a 186.

<sup>510</sup> MADRID MALO. El presidente .... p. 190.



actualidad los cónsules actúan principalmente en interés del comercio, la industria y la navegación del país que los envía, pero también desempeñan funciones de registro civil y notariado.

#### **4.5.5.2.3 Objetivos y fundamentos de las relaciones exteriores de Colombia**

Nuestra Carta trata el tema de las relaciones internacionales al reglamentar distintos aspectos tanto de los derechos como de la organización del Estado y sus funciones.

Tenemos así que el Preámbulo misma manifiesta que uno de los propósitos de nuestra organización política es el compromiso de “*impulsar la integración de la comunidad latinoamericana*”.

Un desarrollo posterior de este objetivo se plantea en el artículo 227 de la Carta sobre promoción de la integración internacional, al disponer que el Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano

El artículo 9 que hace parte de los principios fundamentales dispone que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en: a) la soberanía nacional, b) el respeto a la autodeterminación de los pueblos y c) el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. También manifiesta que la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe.

El artículo 226, por su parte, manifiesta que el Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.

#### **4.5.5.2.4 El ejercicio del derecho de legación**

Aunque desde el siglo XVIII empezó a institucionalizarse la vieja costumbre de intercambiar legados y embajadores, sólo en 1815, al suscribirse el Acuerdo de Viena, se hizo la primera regulación convencional del manejo de las relaciones internacionales por medio de representantes acreditados. El derecho de legación es el que un Estado ejerce para enviar agentes diplomáticos a otro sujeto de derecho internacional, o para recibir los que desde el extranjero les son enviados. En el primer caso hablamos de *derecho de legación activo*; en el segundo, de *derecho de legación pasivo*.

Los agentes diplomáticos enviados por Colombia son los órganos exteriores de las relaciones internacionales del país, actúan, por consiguiente, bajo la dirección del Presidente de la República y del Ministro de Relaciones Exteriores, son los órganos centrales de la diplomacia colombiana. Corresponde a los agentes diplomáticos de Colombia, entre otras funciones, representar el gobierno ante los estados y organismos internacionales en los cuales se hallen acreditados, negociar con arreglo a las instrucciones gubernamentales los instrumentos de derecho internacional que el país determine celebrar, e informar al poder central sobre los asuntos de interés para la dirección de nuestra política exterior<sup>511</sup>.

---

<sup>511</sup> Cfr. MADRID-MALO, El presidente... p.193.

#### 4.5.5.2.5 Los tratados internacionales

Un tratado es un acuerdo de voluntades celebrado entre sujetos de derecho internacional. Para denominarlos se usan términos variados: convención, convenio, pacto, protocolo, concordato, *modus vivendi*, arreglo, acuerdo, etc. Según el número de partes que intervienen en él, un tratado puede ser bilateral o plurilateral (también llamado multilateral o colectivo). Se habla también de tratados de límites, tratados de paz (*art. 189-6 y 212*), tratados de derechos humanos (*Arts. 44, 53, 93, 94, 164, 214-2 y 241-10*), tratados de integración (*150-16 y 227*), tratados de nacionalidad (*arts. 96-2, b) y c)*), tratados económicos (*art. 224*).

Con arreglo a la constitución los tratados son celebrados y ratificados por el Presidente de la república, su aprobación se hace por ley del Congreso y su control judicial de constitucionalidad está a cargo de la Corte Constitucional.

#### **Niveles de órdenes que rigen el derecho de los tratados en Colombia**

Dos niveles de órdenes rigen el Derecho de los tratados en Colombia: las reglas del derecho interno de nivel constitucional (*preámbulo, arts. 100, 101, 150.16, 164, 189.2, 224 a 227 y 241.10*) y los principios del derecho Internacional (*art. 9º, ibíd.*) en relación con el derecho de los tratados aceptado por Colombia y previstos en las dos conferencias llevadas a cabo en Viena en 1969, los cuales abarcan tres fases bien delimitadas: la negociación, la firma y la ratificación, propias de la conclusión del tratado en sentido formal<sup>512</sup>.

#### **Procedimiento para la validez en Colombia de los tratados internacionales**

ART. 224.—Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso. Sin embargo, el Presidente de la República podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan. En este caso tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente, deberá enviarse al Congreso para su aprobación. Si el Congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado.

La jurisprudencia constitucional colombiana califica los tratados como actos complejos, no solo porque están sometidos a disposiciones internacionales y constitucionales, sino porque en su desarrollo, que se cumple en diversas etapas, como la negociación, firma, aprobación y ratificación o adhesión, intervienen diferentes órganos del Estado.

Para el tratadista Enrique Gaviria Liévano, el sistema de la concertación y entrada en vigencia de los tratados internacionales está sujeto al régimen interno de cada Estado, y en Colombia, comprende los siguientes momentos: “1) negociación, 2) firma, 3) aprobación, 4) ratificación, y 5) promulgación del tratado respectivo en el Diario Oficial”<sup>513</sup>.

En efecto y de acuerdo con la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado: “el procedimiento para la elaboración de los tratados constituye un acto complejo en el que participan las tres ramas del poder público en el siguiente orden: la celebración, que corresponde al Presidente de la República en ejercicio de la competencia constitucional de dirigir las relaciones internacionales (*art. 189.2*); la aprobación o improbación de los tratados que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho

<sup>512</sup> Cfr. C.E., Sec. Tercera, Auto. jul. 6/2006. Rad. 25000232700020050172501. M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>513</sup> GAVIRIA LIÉVANO. Derecho Internacional Público. Quinta Edición. Editorial Temis, pág. 313.

internacional, que compete al Congreso de la República (*art. 150.16*); una vez sancionada la ley aprobatoria del tratado, dentro de los seis días siguientes, la Corte Constitucional decide definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben (*art. 241.10*). Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno puede efectuar el canje de notas, en caso contrario no son ratificados o adheridos.

Es claro que la declaratoria de exequibilidad del tratado y de la ley aprobatoria, es requisito *sine qua non* para que el Presidente pueda ratificarlo, al punto que la declaratoria de inconstitucionalidad impide que pueda realizar el canje de notas. Dice el artículo 241 numeral 10 de la Carta: (...).

“Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República solo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva”.

El proceso anterior se modifica respecto de cierto tipo de convenios, sin perjuicio de que todos los pasos deban cumplirse para alcanzar su perfeccionamiento. Son estos, los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales que así lo dispongan; al efecto, el artículo 224 superior, habilita al jefe del Estado a darles aplicación provisional, una vez lo cual, deben enviarse al Congreso para aprobación, si este los imprueba se suspende su aplicación, pues, en todo caso, constituye requisito de validez de los tratados la aprobación por el congreso.

En conclusión, el trámite de los tratados por parte del Estado colombiano comprende: la celebración por parte del gobierno; la aprobación que corresponde al Congreso, la decisión de exequibilidad por parte de la Corte Constitucional y la ratificación que hace el Presidente de la República como culminación del proceso. Adicionalmente, la Ley 7ª de 1944 exige la promulgación del tratado mediante decreto ejecutivo, una vez ha quedado perfeccionado. Prevé el artículo 2º:

*“Tan pronto como sea perfeccionado el vínculo internacional que ligue a Colombia por medio de un tratado, convenio, convención, etc., el órgano ejecutivo dictará un decreto de promulgación, en el cual quedará insertado el texto del tratado o convenio en referencia, y en su caso, el texto de las reservas que el gobierno quiera formular o mantener en el momento del depósito de ratificaciones”.*

Así mismo, según la citada ley, los tratados se consideran vigentes como leyes internas, una vez son perfeccionados por el gobierno, mediante el canje de ratificaciones o el depósito de los instrumentos de ratificación. Señala el artículo 1º.

Los tratados, convenios, convenciones, acuerdos, arreglos u otros actos internacionales aprobados por el Congreso, de conformidad con los artículos 69 y 116 de la Constitución, —hoy 189.2 y 150.16— no se considerarán vigentes como leyes internas, mientras no hayan sido perfeccionados por el gobierno en su carácter de tales, mediante el canje de ratificaciones o el depósito de los instrumentos de ratificación, u otra formalidad equivalente; a menos que la ley aprobatoria expresamente determine que sean tenidas por ley nacional las disposiciones de dicho tratado, convenio, convención, etc. En este último caso, la caducidad del tratado como ley internacional para Colombia, no implicará la caducidad de sus disposiciones como ley nacional. (...)”<sup>514</sup>.

---

<sup>514</sup> Cfr. C.E., S. de Consulta. Conc.1583. agosto 26/2004. M.P. Gloria Duque Hernández.

La complejidad en el perfeccionamiento de los tratados permite distinguir de manera general, dos etapas en su perfeccionamiento: La primera que comprende la iniciativa, los acuerdos y negociaciones y la firma o suscripción del tratado según las circunstancias, como hecho previo a su entrada en vigencia en un determinado Estado; paso este último (firma o signatura) que no ocurre cuando el convenio ya negociado por otros sujetos internacionales, ha sido definido en su texto y un nuevo Estado simplemente se adhiere a él. Y la segunda etapa, que comprende actos como la aprobación, ratificación, canje o adhesión, que concluyen el trámite del acto y su consecuente obligatoriedad para las partes<sup>515</sup>.

#### *- Celebración de los tratados*

ART. 189.—Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...). 2. Dirigir las relaciones internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso.

#### *- Aprobación de los tratados*

ART. 150.—Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...). 16. Aprobar o improbar los tratados que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.

Según lo dispuesto en el artículo 204 del reglamento del Congreso, los proyectos de ley aprobatorios de tratados internacionales se tramitan por el procedimiento legislativo ordinario o común, con las especificidades establecidas en la Carta (sobre la iniciación del trámite de la ley en el Senado de la República, C.N., art. 154) y en el reglamento sobre la posibilidad del presentar propuestas de no aprobación, de aplazamiento o de reserva respecto de tratados y convenios internacionales (*L. 5ª/92, art. 217*). En relación con esta posibilidad, en la Sentencia C-227 de 1993, M.P. Jorge Arango Mejía, la Corte señaló que durante el trámite de un proyecto de ley que aprueba el tratado, pueden presentarse propuestas de no aprobación, de aplazamiento o de reserva respecto de tratados y convenios internacionales.

#### ***- Facultades del Congreso en el trámite de aprobación de los tratados***

La Corte Constitucional ha estudiado detenidamente la situación y ha manifestado en su jurisprudencia lo siguiente:

“En general, la doctrina internacional ha distinguido entre las reservas y las declaraciones; por medio de las primeras, conocidas también como reservas propiamente dichas o de exclusión de cláusulas, los Estados buscan evitar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado, señalando explícitamente que no se sienten obligados por ellas; por medio de las segundas, a las que algunos doctrinantes denominan reservas impropias o interpretativas, los Estados no excluyen las cláusulas pero declaran —como señala Anzilotti— que “aceptan determinadas condiciones solamente dentro de ciertos límites o con ciertas modalidades, atribuyéndoles un sentido determinado y no otro”<sup>516</sup>. Y

<sup>515</sup> Cfr. C.Const. Sent. C-563 de 1992.

<sup>516</sup> Cita de la Corte: Anzilotti D. *Corso di Diritto Internazionale*. 4ª Ed. Padova, 1955 citado por M. Díez de Velasco. *Instituciones de Derecho internacional Público*. (7ª Ed.) Madrid: Tecnos, 1985. Tomo I pág. 120).

lo cierto es que en la práctica internacional, los Estados usan de manera bastante corriente la distinción entre reservas y declaraciones al celebrar los tratados: así, cuando explícitamente quieren excluir ciertas cláusulas o modificar ciertos efectos del tratado hablan de reservas; cuando, consideran que simplemente están precisando el alcance del tratado o de alguno de sus artículos utilizan la denominación de declaración.

Esto ha llevado a un debate doctrinal entre quienes consideran que las reservas y las declaraciones son jurídicamente diferentes, y quienes conceptúan que, por el contrario, son fenómenos similares existiendo entre ellos más una diferencia de grado que de naturaleza. Ese debate tiene importancia en el ámbito internacional, puesto que hay tratados que no admiten reservas pero sí pueden admitir declaraciones. Además la reserva, por estar referida a la celebración del tratado, requiere para su validez aceptación expresa o tácita de las otras partes, mientras que la pura declaración interpretativa, por estar más referida al ámbito de la interpretación opera como declaración unilateral.

La Corte Constitucional colombiana no tiene por qué decidir ese debate a nivel del derecho internacional; pero sin lugar a dudas considera que para el derecho constitucional colombiano y para determinar las facultades del Congreso, al aprobar los tratados es más adecuada la tesis que confiere una naturaleza jurídica similar a las reservas y a las declaraciones, por las siguientes dos razones.

De un lado, porque la Convención de Viena de los tratados 1969, aprobada por Colombia por la Ley 32 de 1985 define una reserva como “una declaración unilateral, **cualquiera que sea su enunciado o denominación**, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado” (*art. 2º lit. d*), subrayado de la Corte). Ahora bien, es obvio que una declaración, en la medida en que precisa cuál es el sentido de una disposición según el Estado colombiano, tiene como objeto señalar que Colombia no se obliga a respetar esas cláusulas si se les atribuye otro sentido; por eso la declaración potencialmente modifica los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado, por lo cual es asimilable a una reserva, conforme a la definición de la Convención de Viena. La diferencia es entonces de grado: en la reserva propiamente dicha o de exclusión de cláusulas, Colombia explícitamente señala que ciertas disposiciones no le son aplicables; en la declaración o reserva interpretativa, Colombia indica que se obliga a respetar el tratado o ciertos artículos sólo si son interpretados de determinada manera, que es la que Colombia considera correcta. Pero la Corte considera que desde el punto de vista del derecho constitucional colombiano ambas caben dentro de la denominación genérica de reservas prevista por el ordinal 10 del artículo 241 de la Constitución y por el artículo 217 del reglamento del Congreso, puesto que son declaraciones que condicionan la aceptación del tratado por nuestro país y delimitan así el compromiso del Estado colombiano (...).

Por todo lo anterior, y reiterando el criterio expuesto en la Sentencia C-227 de 1993, la Corte Constitucional, considera que también el Congreso puede hacer declaraciones interpretativas al aprobar un tratado, puesto que es obvio que si puede excluir ciertas disposiciones (reserva propiamente dicha) puede también aceptar ciertas cláusulas pero condicionadas a una determinada interpretación (declaraciones o reservas interpretativas).

Sin embargo, la Corte precisa que el Congreso puede ejercer esa facultad y siempre y cuando esas declaraciones no equivalgan a una verdadera modificación del texto del

tratado, puesto que en tal evento el legislativo estaría invadiendo la órbita de acción del ejecutivo. En efecto, si el Congreso, al aprobar un tratado, efectúa una declaración que en vez de precisar el sentido de una cláusula o restringir su alcance, por el contrario, lo amplía o lo desborda, en realidad estaría modificando los términos del tratado. No se tratarían entonces de declaraciones sino de enmiendas al texto del tratado que con razón están prohibidas por el reglamento del Congreso (*L. 5ª/92, art. 217*). En tal evento el Congreso estaría violando la Constitución, puesto que es al gobierno a quien compete dirigir las relaciones internacionales y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados y convenios que se someterán a la aprobación del Congreso (*C.N., art. 189, ord. 2º*).

Por eso, al estudiar las reservas y declaraciones, la Corte analizará en su momento si ellas desbordan o no el texto del tratado al punto de equivaler a enmiendas, puesto que si eso ocurre deberá declararlas inexecutable<sup>517</sup>.

### **Control de constitucionalidad de los tratados**

ART. 241.—A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...).

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

Según la Sentencia C-468 de 1997<sup>518</sup>, las características de dicho control son las siguientes:

“Este control constitucional de los tratados internacionales se caracteriza porque es previo al perfeccionamiento del tratado, pero posterior a la aprobación del Congreso y a la sanción gubernamental; es automático, por cuanto no está supeditado a la presentación en debida forma de una acción ciudadana sino que la ley debe ser enviada directamente por el Presidente de la República dentro de los seis días siguientes a la sanción gubernamental; es integral, en la medida en que la Corte debe analizar el aspecto formal y material de la ley y el tratado, confrontándolos con todo el texto constitucional; tiene fuerza de cosa juzgada, pues la Corte debe “decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueban” (*C.N., art. 241-10*), lo que excluye la revisión posterior por vía de acción pública de inconstitucionalidad; y, finalmente, es una condición sine qua non para la ratificación del correspondiente acuerdo; esto es, para que el respectivo convenio pueda surgir como acto jurídico en el ámbito internacional”.

---

<sup>517</sup> C. Const., Sent. C-176, abr. 12/94. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>518</sup> C. Const. Sent. C-468 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Esta doctrina ha sido ampliamente reiterada por esta corporación. Ver entre muchas otras, las sentencias C-378 de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-682 de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz; C-400 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-924 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

En otras de sus sentencias recuerda la Corte que “Ese control de constitucionalidad tiene también una función preventiva, pues su finalidad es garantizar tanto la supremacía de la Constitución como el cumplimiento de los compromisos internacionales del Estado colombiano. De ahí que sea automático y general, puesto que se predica de todas las leyes aprobatorias de tratados adoptadas por el Congreso, sin necesidad de demanda ciudadana.

En cuanto al *control por vicios de procedimiento* que la Corte ejerce sobre los tratados internacionales y las leyes que los aprueban, según lo prescrito en el artículo 241 numeral 10 superior este se dirige a verificar el trámite seguido durante la negociación y firma del tratado —esto es, el examen de la validez de la representación del Estado colombiano en los procesos de negociación y celebración del instrumento y la competencia de los funcionarios intervinientes— así como la formación de la ley aprobatoria en el Congreso y la debida sanción presidencial del proyecto correspondiente.

En cuanto al *examen de fondo*, este consiste en juzgar las disposiciones del texto del tratado internacional que se revisa y el de su ley aprobatoria, respecto de la totalidad de las disposiciones del ordenamiento superior, para determinar si las primeras se ajustan o no a la Constitución Política, independientemente de consideraciones de conveniencia y oportunidad, las cuales son extrañas al examen que le compete efectuar a la Corte Constitucional.

Dada la naturaleza especial de las leyes aprobatorias de tratados públicos, el legislador no puede alterar el contenido de estos introduciendo nuevas cláusulas ya que su función consiste en aprobar o improbar la totalidad del tratado. Si el tratado es multilateral, es posible hacer declaraciones interpretativas, y, a menos que estén expresamente prohibidas, también se pueden introducir reservas que no afecten el objeto y fin del tratado<sup>519</sup>.

### **Perfeccionamiento de los tratados – la ratificación**

“La celebración o conclusión de un tratado puede ser definida como “el acto único o el conjunto de actos a través del cual o de los cuales un sujeto de derecho internacional manifiesta su consentimiento por obligarse por un tratado”<sup>520</sup>.

#### **- Perfeccionamiento**

En los Estados de derecho modernos la aprobación del tratado se encomienda al órgano legislativo; posteriormente viene la ratificación, que es un acto soberano del ejecutivo. En el caso de los tratados multilaterales el procedimiento incluye, además, la posibilidad de la adhesión al tratado por parte de los Estados que no han sido originalmente signatarios del mismo. En cuanto a la ratificación o a la adhesión, su régimen jurídico se inspira en un principio fundamental: la autoridad competente se determina por el derecho público interno del Estado interesado. La práctica internacional contemporánea es muy clara a este respecto, y los propios tratados multilaterales, con leves diferencias de forma, afirman el principio de que la ratificación se realizará de acuerdo con los procedimientos constitucionales vigentes en cada uno de los Estados signatarios<sup>521</sup>.

#### **- Ratificación**

<sup>519</sup> C. Const., Sent., C-120, feb. 17/2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>520</sup> DE LA GUARDIA, Ernesto y DELPECH, Marcelo, “El Derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969”, Buenos Aires, edit. La ley, 1970, pág. 193.

<sup>521</sup> C. Const., Sent. C-276, jul. 22/93. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

En el caso de Colombia el procedimiento establecido prevé la ratificación por parte del Gobierno Nacional, por ser el órgano estatal previsto del llamado “*treaty making power*”. La ratificación es pues un acto soberano y discrecional del Presidente de la República como jefe del Estado y director de las relaciones internacionales. Puede inclusive darse el caso de que el Presidente de la República se abstenga de ratificar un tratado que haya sido aprobado por el Congreso Nacional. (Así ocurrió por ejemplo con el concordato de 1942 —el llamado concordato Echandía-Maglione, el cual no obstante haber sido aprobado por el Congreso, mediante la Ley 50 de ese año, no fue ratificado por el gobierno y en consecuencia no entró en vigencia). El paso siguiente a la ratificación es el canje de instrumentos, o, en el caso de los tratados multinacionales, el depósito de la ratificación, el cual concluye con la firma del acta correspondiente, momento a partir del cual los Estados quedan jurídicamente obligados entre sí<sup>522</sup>.

#### **- Concepto y alcance de la ratificación en el derecho internacional de los tratados**

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (C.E., S. de Consulta. Conc.1583. agosto 26/2004. M.P. Gloria Duque Hernández) hace una síntesis del tema así:

El concepto de ratificación en el derecho internacional, tiene un alcance técnico, como es el de significar la manifestación del consentimiento del Estado de obligarse por un tratado, que se realiza mediante el canje o adhesión al acuerdo, por acto facultativo del Presidente de la República, como director de las relaciones internacionales.

En efecto, la Ley 32 de 1985 por la cual se aprobó la “Convención de Viena sobre el derecho de los tratados”, define el concepto “ratificación”, así:

“b) Se entiende por “ratificación”, aceptación, “aprobación” y “adhesión”, según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado” (art. 1º)<sup>523</sup>.

Según el tratadista Luis Fernando Álvarez Londoño, el efecto jurídico de la ratificación consiste en el “compromiso del Estado de llegar a ser parte en el tratado. Es decir, la norma fundamental para que un tratado entre en vigor, está dada por la forma y en la fecha que el mismo tratado disponga o los Estados negociadores lo determinen”<sup>524</sup>.

A su vez, el artículo 24 de la Ley 32 de 1985, se refiere a la entrada en vigor de los tratados estableciendo dos reglas generales, en primer lugar, la forma en la que el mismo tratado establezca o acuerden los Estados negociadores y, a falta de ellos, cuando se obtenga el consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado. Señala la norma:

1. Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores.

---

<sup>522</sup> C. Const., Sent. C-276, jul. 22/93. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>523</sup> La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, aprobada mediante la Ley 406 de 1997, declaradas exequibles en Sentencia C-400 de 1998, trae las siguientes definiciones: “b) Se entiende por “ratificación” el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado; b ter) se entiende por “aceptación”, “aprobación” y “adhesión”, según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado o una organización internacional hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado” (art. 1º).

<sup>524</sup> ÁLVAREZ LONDOÑO, Luis Fernando, SJ. Derecho Internacional Público. 2ª edición. Pontificia Universidad Javeriana, p. 105.



2. A falta de tal disposición o acuerdo, el tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado.

(...)"

Y, según el artículo 1.g. *ibídem*:

"Se entiende por "parte" un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor".

El profesor Marco Gerardo Monroy Cabra, señala que "Un tratado entra en vigor en la forma y fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores. A falta de disposición concreta del tratado o de otro acuerdo, el tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado. Es una presunción justificada por la práctica internacional..."<sup>525</sup>.

Para la doctrina internacional, "La entrada en vigor constituye la fase final del proceso de celebración de los tratados, tras producirse en el ámbito internacional la constancia del consentimiento de los Estados negociadores en obligarse por un tratado. A partir de entonces el Estado comienza a obligarse por un tratado. Es el momento en el cual el tratado comienza a obligar a las partes, a producir efectos jurídicos entre ellas, debiendo ser cumplido de buena fe"<sup>526</sup>.

Es decir, el Estado colombiano solo puede legítimamente obligarse a nivel internacional, una vez cumplido el trámite de ratificación, que compete privativamente al Presidente de la República, como jefe de Estado y director de las relaciones internacionales, quien en ejercicio de sus atribuciones, define el momento en que el tratado debe surtir efectos y obligar a Colombia.

La jurisprudencia constitucional reitera que la ratificación es un acto soberano y discrecional del Presidente de la República y que es de su arbitrio la ratificación o no de un tratado, si lo considera inconveniente a los intereses actuales del país, inoportuno o inútil. En el fallo C-276/93 se lee: (...).

Y en el fallo C-246 de 1999, expresa:

"Un tratado, aunque haya sido encontrado exequible por la Corte Constitucional, puede no ser ratificado por el Presidente, por considerar que, no obstante su sujeción ya definida a los mandatos constitucionales, es inconveniente para los intereses actuales del país, inoportuno o inútil; o que, por compromisos internacionales ya contraídos por Colombia con otros Estados o entidades de derecho internacional, no cabe perfeccionarlo por ser contrario a ellos o por obstaculizar o dificultar el conjunto de las relaciones internacionales. Y ello porque la sentencia de constitucionalidad **autoriza** al jefe del Estado a formalizar internacionalmente el tratado **pero no lo obliga a hacerlo**. Es del resorte presidencial la decisión respectiva, la cual supone la evaluación, entre otros aspectos, de la compatibilidad entre los distintos compromisos internacionales... (negrillas del texto). (...).

De conformidad con lo dicho se refrenda el principio constitucional de que la dirección de las relaciones internacionales, la iniciativa para celebrar tratados y convenios y para determinar y asegurar el modo y las condiciones para su cumplimiento, es cuestión que

<sup>525</sup> MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho Internacional Público. Editorial Temis S.A. 1995, p. 63.

<sup>526</sup> GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. y otros. Curso de Derecho Internacional Público. Editorial Civitas S.A. Sexta Edición, p. 207.

competete privativamente al Presidente de la República (*arts. 150.16 y 189.2*). Por consiguiente, no le es permitido a esta Corte, sin que invada el ámbito de las atribuciones presidenciales en la materia, declarar presuntos incumplimientos por el gobierno a tratados o convenios internacionales vigentes, ni mucho menos indicarle la conducta que deba observar en tales circunstancias<sup>527</sup>.

#### **- Reservas a los tratados**

El artículo 19 de la Convención de 1969 sobre derecho de los tratados dice: “Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos: a) que la reserva esté prohibida por el tratado; b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trata (...)”. En la práctica las soluciones convencionales son diversas: ciertos tratados prohíben cualquier tipo de reservas (como la Convención de Montego Bay de 1982 sobre el derecho del mar o las convenciones de Nueva York y Río de Janeiro sobre diversidad biológica y cambios climáticos); otros autorizan las reservas sobre ciertas disposiciones únicamente (*por ej. el art. 42 de la Convención sobre refugiados de 1951*) y algunos excluyen ciertas categorías de reservas (*como el art. 64 de la Convención europea de derechos humanos que prohíbe las reservas de carácter vago*). De manera general, una reserva expresamente permitida por las cláusulas finales del tratado no requiere ser aprobada o aceptada por los demás Estados (*art. 20, par. 1º de las convenciones de Viena de 1909 y 1986*).

#### **Carácter obligatorio de los tratados**

“Una vez perfeccionado, el tratado internacional establece, por definición, una regla de conducta obligatoria para los Estados signatarios, plasmada en el principio *pacta sunt servanda*, que es un principio de seguridad, de justicia y de moral internacionales. Este principio ha sido reconocido por toda la comunidad internacional contemporánea y consagrado, entre otros, en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, de la cual es signataria Colombia, en el artículo 17 de la Carta de la Organización de Estados Americanos, OEA, y desde luego, —y sobre todo—, por la Convención de Viena de 1969, más conocida como “Tratado de los Tratados”, aprobada por Colombia a través de la Ley 32 de 1985.

El artículo 26 de la Convención de Viena que fue codificado y aceptado por la unanimidad de los Estados signatarios, dispone: “*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*”. De esta manera, establece la convención el principio de la buena fe para la ejecución de los tratados, por parte de los Estados que se comprometen a través de ellos. El deber de cumplir las obligaciones de buena fe está, además, enunciado en el artículo 2º, parágrafo 2º de la Carta de la ONU.(...).

Sobre la justificación del principio de la fuerza obligatoria de los tratados, se han dado diversas teorías, tanto de índole jurídica como política. Algunos autores se apoyan en la voluntad de las partes contratantes (teoría alemana de la autolimitación y de la *vereinbarung*, es decir, de la voluntad colectiva de los Estados); se asimila a lo que ocurre en el campo del derecho privado con los contratos, que una vez perfeccionados, como se sabe, obligan a las partes y no pueden quebrantarse de manera unilateral, lo cual constituiría su violación. Otros se fundan en una regla jurídica preexistente: la regla *pacta sunt servanda*. Cabe preguntarse si es posible que exista un fundamento puramente

---

<sup>527</sup> C.E., S. de Consulta. Conc.1583. agosto 26/2004. M.P. Gloria Duque Hernández.

jurídico al carácter obligatorio de los tratados. Importantes autores contemporáneos fundan la validez de los tratados en consideraciones de índole moral, o en el derecho objetivo, o en las necesidades de la vida política o, en fin, en las exigencias de la vida internacional; es decir, en razones que podrían calificarse de extrajurídicas. Para el internacionalista Charles Rousseau<sup>528</sup>, en definitiva el fundamento de la validez de los tratados, al igual que el fundamento del derecho, es exterior al derecho positivo y queda por ello fuera del campo de la investigación de los juristas.

El carácter obligatorio de los tratados ya perfeccionados y puestos en vigencia, para los Estados que son parte de ellos, es pues, incuestionable a la luz de los principios del derecho internacional. Cabe preguntarse qué sucedería en el caso en que un tratado perfeccionado con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991 resultara en contradicción con alguno o algunos de los preceptos de ésta. En tal caso es al Gobierno Nacional, concretamente al Presidente de la República y a su Ministro de Relaciones Exteriores, a quienes corresponderá en primera instancia la solución al problema. Para ello disponen de mecanismos idóneos consagrados en la misma Constitución y en el derecho internacional, cuales son por ejemplo, la renegociación del tratado, o su reforma, o según el caso si se trata de tratados multilaterales, su denuncia. No es, en todo caso, a la Corte Constitucional a la que compete la solución del problema, lo cual sólo podría hacer por la vía de la demanda ciudadana, que está excluida del ordenamiento constitucional vigente, o del control oficioso sobre el tratado, que tampoco está previsto sino bajo la modalidad de un control previo, al tenor del artículo 241, numeral 10, control que sólo opera, en consecuencia, para los tratados que sean perfeccionados con posterioridad a la promulgación de la Constitución de 1991. En todo caso, tratándose de una corporación cuya competencia recae tan solo dentro del ámbito nacional, no puede ella entrar a tomar decisiones sobre compromisos adquiridos por el Estado colombiano en el ámbito internacional<sup>529</sup>.

## **De algunos tratados en especial**

### ***Valor de los tratados internacionales sobre derechos humanos***

ART. 93.—Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia

Dispone la Carta que los niños gozaran de los derechos consagrados en los tratados internacionales ratificados por Colombia (*art. 44*), que los convenios del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna (*art. 53*) que el Congreso dará prioridad al trámite de los proyectos de ley aprobatorios de los tratados sobre derechos humanos que sean sometidos a su consideración por el Gobierno (*art. 164*) y que durante los estados de excepción no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales y que en todos los casos se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario (*art. 214*)

## **Tratados sobre derechos humanos y bloque de constitucionalidad**

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

<sup>528</sup> Cita de la Corte: Derecho Internacional Público, Ed. Ariel, Barcelona, 1957, pág. 37.

<sup>529</sup> C. Const., Sent. C-276, jul. 22/93. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

"También hacen parte integrante y principal del bloque de constitucionalidad los tratados internacionales que consagran derechos humanos intangibles, es decir, cuya conculcación está prohibida durante los estados de excepción; así como también integran el bloque, de conformidad con el artículo 214 de la Constitución Política, los convenios sobre derecho internacional humanitario, como es el caso de los convenios de Ginebra (*Sent. C-225 de 1995*).

Por vía de una aplicación extensiva del inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, la Corte ha admitido que incluso aquellos tratados internacionales que establecen derechos humanos que pueden ser limitados durante los estados de excepción —tal es el caso del derecho a la libertad de movimiento— forman parte del bloque de constitucionalidad, aunque sólo lo llagan como instrumentos de interpretación de los derechos en ellos consagrados.

Así, por ejemplo, mediante Sentencia T-483 de 1999 la Corte Constitucional sostuvo que aunque el derecho a la libre circulación puede ser restringido durante los estados de excepción, dicha restricción debe estar encaminada a “hacer prevalecer valiosos intereses públicos y los derechos y libertades de las personas”. En vista de que ésta era la interpretación que “debía dársele al derecho a la libertad de movilización de conformidad con las normas de derecho internacional que lo consagran, la Corte adujo que tales instrumentos internacionales debían entenderse incorporados al bloque de constitucionalidad como herramientas hermenéuticas para juzgar la legitimidad de la normatividad interna.

Así entonces, sostuvo que “según el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución, los derechos y deberes consagrados en ésta se interpretarán, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, agregando: “Ello significa, que para efectos de interpretar los referidos derechos las normas de los tratados en referencia tienen carácter prevalente en el orden interno, formando por lo tanto parte del bloque de constitucionalidad, como lo ha reconocido la Corte en diferentes pronunciamientos” (*Sent. T-483/99*)<sup>530</sup>.

### **El principio *pro homine***

La evolución jurisprudencial del principio *pro homine* -artículo 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- indica lo siguiente:

"Este principio, denominado también Cláusula de Favorabilidad en la Interpretación de los Derechos Humanos, el cual ha sido desarrollado por la Comisión Interamericana<sup>531</sup> y por la Corte Constitucional, en cuya jurisprudencia se explica que:

"El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e

---

<sup>530</sup> C. Const., Sent. C-67, feb. 4/2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>531</sup> Cuando la Corte Interamericana ha explicitado el alcance del principio *pro homine* en relación con las restricciones de los derechos humanos, ha expresado que “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo” Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, del 13 de noviembre de 1985, Serie A, Nº 5, párrafo 46.

inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”(T-284/06)

Tiene total aplicación en del derecho interno pues así lo dispone el artículo 93 de la Constitución Política y por ello, a él están sujetos las autoridades y para el caso objeto del sub juvide, el Ministerio Público en ejercicio de la función que también la Carta le ha encomendado de “vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas” (art. 118)<sup>532</sup>.

### **Derecho Internacional Humanitario**

Es una rama del derecho internacional constituida por normas que se aplican a los conflictos armados ya sea de carácter internacional o interno, con el propósito de dar solución a los problemas humanitarios ocasionados por la guerra.

Las disposiciones de este ordenamiento regulan la conducción de las hostilidades, limitando los métodos y medios bélicos empleados por las partes en contienda y protegen a las personas y a los bienes afectados.

#### **- Valor de los principios del derecho internacional humanitario en el orden interno**

“La Constitución colombiana limita expresamente la competencia de las instancias creadoras y aplicadoras del derecho, en beneficio de la obligatoriedad plena de los principios del derecho internacional humanitario. Los expertos en derecho constitucional —defensores por lo general de la teoría dualista en materia de relaciones entre derecho interno y derecho internacional— suelen presentar objeciones a esta idea de limitación del derecho nacional, en vista de que la obligatoriedad de estas normas supraconstitucionales, cuya contingencia escapa a los poderes públicos nacionales, violaría el postulado de la soberanía nacional. Frente a semejante temor es preciso hacer algunas aclaraciones:

En primer lugar, la idea de soberanía nacional no puede ser entendida hoy bajo los estrictos y precisos límites concebidos por la teoría constitucional clásica. La interconexión económica y cultural, el surgimiento de problemas nacionales cuya solución sólo es posible en el ámbito planetario y la consolidación de una axiología internacional, han puesto en evidencia la imposibilidad de hacer practicable la idea decimonónica de soberanía nacional. En su lugar, ha sido necesario adoptar una concepción más flexible y más adecuada a los tiempos que corren, que proteja el núcleo de libertad estatal propio de la autodeterminación, sin que ello implique un desconocimiento de reglas y de principios de aceptación universal. Sólo de esta manera puede lograrse el respeto de una moral internacional mínima que mejore la convivencia y el entendimiento y que garantice el futuro inexorablemente común e interdependiente de la humanidad. La paz mundial y la subsistencia planetaria están en juego.

En segundo lugar, es necesario desvirtuar la idea según la cual los compromisos constitucionales con los valores y los principios, son declaraciones programáticas que sólo poseen obligatoriedad jurídica en la medida en que tenga lugar su desarrollo en reglas de aplicación directa e inmediata. De acuerdo con esto, la referencia constitucional

---

<sup>532</sup> CSJ, Cas. Penal. Sent. jul. 31/2007. Rad. 31972. M.P. Mauro Solarte Portilla.

a los principios del derecho internacional humanitario tendría este carácter de obligatoriedad en sentido débil. Se trataría de una tímida recomendación, no de una norma jurídica. Frente a este tema, y en contra de la opinión descrita, la Sala Primera de revisión de tutela dijo lo siguiente:

“Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de ser normas dotadas de valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa. En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial”.

Según esto, la diferencia entre principios y reglas o normas constitucionales no proviene de su obligatoriedad jurídica sino de su forma de aplicación: mientras los primeros requieren de una mediatización fáctica o normativa para su aplicación, las segundas son aplicables directamente. Más aún, el establecimiento de principios obedece, en el estado social de derecho, a la voluntad constituyente de otorgar una mayor protección a los valores constitucionales. Esta mayor protección tiene lugar por el hecho de que el principio se irradia a toda la organización político-jurídica y, en consecuencia, está garantizado en la aplicación de todas las reglas de aplicación directa<sup>533</sup>.

El Convenio de Ginebra III (*aprobado por la L.5/60*) en su artículo 2, dispone:

ART. 2º—Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente convenio se aplicará, en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las altas partes contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra.El convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una alta parte contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar.

Si una de las potencias en conflicto no es parte en el presente convenio, las potencias que son partes en el mismo estarán, sin embargo, obligadas por él en sus relaciones recíprocas. Estarán, además, obligadas por el convenio con respecto a dicha potencia, si ésta acepta y aplica sus disposiciones.

Ley 599 de 2000 Código Penal. En el título II del libro segundo, contempla los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, tales como: -Homicidio en persona protegida. -Lesiones en persona protegida. -Tortura en persona protegida. -Acceso carnal violento en persona protegida. -Actos sexuales violentos en persona protegida. -Prostitución forzada o esclavitud sexual; utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. -Perfidia. -Actos de terrorismo. -Actos de barbarie. -Tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida. -Actos de discriminación racial. -Toma de rehenes. -Detención ilegal y privación del debido

---

<sup>533</sup> C. Const., Sent. C-574, oct. 28/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

proceso. -Constreñimiento a apoyo bélico. -Despojo en el campo de batalla. -Omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria. -Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias. -Destrucción y apropiación de bienes protegidos. -Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario. -Destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto. -Ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas. -Represalias. -Deportación. -Expulsión. -Traslado o desplazamiento forzado de población civil. -Atentados a la subsistencia y devastación. -Omisión de medidas de protección a la población civil. -Reclutamiento ilícito. -Exacción o contribuciones arbitrarias y Destrucción del medio ambiente.

#### **Seguimiento a los convenios internacionales suscritos por Colombia**

El Gobierno Nacional a través de la cancillería presentará anualmente a las comisiones segundas de relaciones exteriores de senado y cámara dentro de los primeros treinta días calendario posteriores a cada período legislativo un informe pormenorizado acerca de cómo se están cumpliendo y desarrollando los Convenios Internacionales vigentes suscritos por Colombia con otros Estados y con organismos multilaterales. (L. 424/98 (art. 1º y L. 947/2005. art. 1).

#### **4.5.5.2.6 La función jurisdiccional y las relaciones internacionales**

##### **Principios para el ejercicio de la jurisdicción de los Estados y el derecho internacional**

La Corte constitucional ha manifestado sobre este tema lo siguiente: “El tema del ámbito de aplicación territorial o extraterritorial de la ley, se subsume generalmente en el tópico más amplio de las formas de ejercicio de la jurisdicción estatal. Al ser una de las manifestaciones esenciales de la soberanía, que consiste en prescribir normas y aplicarlas a personas, cosas o situaciones específicas, la jurisdicción se relaciona directamente con los límites impuestos al poder de las naciones, por lo cual se encuentra sometida de entrada al imperio del derecho internacional.

Existe un debate doctrinal considerable, sobre las relaciones entre el ejercicio de la jurisdicción y el derecho internacional: hay quienes dicen que aquél es un hecho histórico-político que encuentra en las normas internacionales una serie de límites y prohibiciones, mientras que otros afirman que la jurisdicción, de hecho, es conferida por tales normas. Haciendo a un lado esta discusión, lo cierto es que hoy en día se han consolidado ciertas reglas a las cuales se debe someter la práctica jurisdiccional de los Estados, a riesgo de comprometer su responsabilidad. Estas reglas, verdaderos principios de derecho internacional cuya fuerza vinculante se deriva de su carácter de normas consuetudinarias, son obligatorias para Colombia, por las razones expuestas en la parte general de este fallo; es imperativo, entonces, efectuar una presentación somera de su contenido, que — dicho sea de paso— se refleja nítidamente en el ordenamiento criminal colombiano, y que lejos de pugnar con los preceptos constitucionales, los desarrolla. (...)”<sup>534</sup>.

Los principios en cuestión, enunciados por la Corte son los siguientes:

**a) El principio de territorialidad**, fundamento esencial de la soberanía, de acuerdo con el cual cada Estado puede prescribir y aplicar normas dentro de su respectivo territorio, por ser este su “natural” ámbito espacial de validez. Forman parte integral de este

<sup>534</sup> C. Const., Sent. C-1189, sep. 13/2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

principio, las reglas de “territorialidad subjetiva” (según la cual el Estado puede asumir jurisdicción sobre actos que se iniciaron en su territorio pero culminaron en el de otro Estado) y “territorialidad objetiva” (en virtud de la cual cada Estado puede aplicar sus normas a actos que se iniciaron por fuera de su territorio, pero culminaron o tuvieron efectos sustanciales y directos dentro de él; la aceptación de este subprincipio en particular ha sido objeto de alguna controversia, en especial por el debate reciente en torno a la ley “*Helms-Burton*”).

Por su solidez e importancia, se puede considerar al principio de territorialidad como la regla general a aplicar, y a los demás principios como sus excepciones, puesto que legitiman el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción. Estos últimos operan en un doble sentido: por una parte, permiten que un Estado determinado imponga sus leyes a personas, situaciones o cosas que no se encuentran dentro de su territorio; y por otra, obligan al mismo Estado a aceptar que, en ciertos casos, se apliquen las leyes extraterritoriales de naciones extranjeras a personas, situaciones o cosas que se encuentran u ocurren dentro de su territorio:

**b) El principio de nacionalidad**, en virtud del cual el Estado puede asumir jurisdicción sobre sus propios ciudadanos, donde quiera que éstos se encuentren. Este principio tiene dos manifestaciones: el de “nacionalidad activa”, que habilita al Estado para dictar normas de conducta de obligatoria observancia para sus nacionales, así estén en el exterior, y el de “nacionalidad pasiva”, según el cual el Estado puede ejercer jurisdicción sobre personas, actos o cosas que lesionen los intereses de uno de sus nacionales en territorio extranjero —principio este que no goza de aceptación unánime, pero sí general. Tomando como ejemplo a Colombia, se verá que por virtud de la nacionalidad activa, un ciudadano que se encuentre en territorio foráneo se encuentra sujeto a la ley penal colombiana, y al mismo tiempo, los extranjeros que estén en territorio colombiano se encuentran sujetos, para ciertos efectos, a la ley penal de sus naciones de origen —sin perjuicio del deber de ambos, nacionales y extranjeros, de observar cabalmente la ley del territorio donde se encuentran—;

**c) El principio real o de protección** que faculta a los Estados para ejercer jurisdicción sobre personas, actos o situaciones que, si bien se encuentran o se generan en el exterior, lesionan bienes jurídicos que son de importancia crucial para su existencia y su soberanía, como la seguridad nacional, la salud pública, la fe pública, el régimen constitucional, etc.

**d) El principio de jurisdicción universal**, que atribuye a todos los Estados del mundo la facultad de asumir competencia sobre quienes cometan ciertos delitos que han sido especialmente condenados por la comunidad internacional, tales como el genocidio, la tortura o el terrorismo, siempre que tales personas se encuentren en su territorio nacional, aunque el hecho no haya sido cometido allí. Este principio, cuyo carácter consuetudinario no ha recibido general aceptación, ha sido, no obstante, consagrado expresamente en varios convenios internacionales que vinculan a Colombia, como las convenciones contra la tortura, contra el genocidio, contra el *apartheid* y contra el tráfico ilícito de estupefacientes; por ello, puede afirmarse que, en este punto del desarrollo del derecho internacional, el principio de jurisdicción universal opera cuando consta en un tratado.

Es importante, tomando en consideración las afirmaciones de la demanda y de algunos intervinientes, efectuar dos precisiones sobre este principio de jurisdicción universal. La primera, es que se trata, en esencia, de un mecanismo de cooperación internacional en la lucha contra ciertas actividades repudiadas por la sociedad de naciones que, en esta



medida, coexiste con las competencias jurisdiccionales ordinarias de los Estados, sin imponerse sobre ellas; así se dice expresamente en los múltiples tratados en los cuales se consagra. La segunda, es que no debe confundirse este principio, que habla de una jurisdicción universal de los Estados, con la jurisdicción de la recientemente creada Corte Penal Internacional; se trata de dos manifestaciones diferentes de la colaboración internacional contra el crimen, que si bien resultan complementarios, no participan de la misma naturaleza, por cuanto la Corte, una vez entre en funcionamiento, será un organismo con jurisdicción independiente de la de sus Estados partes, y con una órbita de competencia autónoma y distinta de la de aquéllos.

Habiendo finalizado la enumeración de los principios, debe también precisarse que, en íntima conexidad con el tema de la jurisdicción estatal, pero sin confundirse con él, está el de las inmunidades jurisdiccionales consagradas por el derecho internacional. Éstas, como su nombre lo indica, buscan prevenir que se aplique, sobre una determinada persona o situación, la jurisdicción de un Estado que, de no ser por las calidades de tal persona o situación, podría normalmente asumir competencia; así, constituyen excepciones especiales al principio de la territorialidad. Son, en lo esencial, dos: la inmunidad jurisdiccional de los Estados —según la cual éstos no podrán ser llamados a comparecer frente a los tribunales de una nación extranjera que pretenda enjuiciar sus actos soberanos—, y la inmunidad de los agentes diplomáticos y consulares —conforme a la cual dichos agentes no estarán sometidos, en lo tocante a sus funciones, dependencias y propiedades, a la ley del Estado donde laboran, sino a la de su Estado de origen. Como es lógico, se han impuesto claros límites sobre la operancia de estas inmunidades; pero lo importante, es que los dos tipos reseñados constan en tratados que vinculan a Colombia (*la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, aprobada mediante Ley 6ª de 1972, y la Convención de Viena sobre relaciones consulares, ratificada mediante Ley 17 de 1971*), y que además se nutren, en gran parte, de normas consuetudinarias<sup>535</sup>.

## La extradición

### - *Noción de extradición*

De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia: "La noción de extradición no corresponde a la de un proceso judicial en el que se someta a juicio la conducta del requerido, sino a un mecanismo de cooperación internacional cuyo objeto es impedir la evasión a la justicia por parte de quien habiendo ejecutado conductas delictivas en territorio extranjero se oculta en el nacional en cuya jurisdicción obviamente carecen de competencia las autoridades que lo reclaman y así responda personalmente por los cargos que le son imputados y por los cuales se le convocó a juicio criminal, o cumpla la condena que le haya sido impuesta, es claro que por ello no hay lugar en desarrollo de su trámite a cuestionamientos referidos a la validez o mérito probatorios sobre la ocurrencia del hecho, el lugar de su realización, la forma de participación o el grado de responsabilidad del encausado, ni sobre la normatividad que prohíbe y sanciona el hecho delictivo o la calificación jurídica realizada y tampoco en relación con la competencia del órgano judicial del país solicitante, o la validez del trámite en el cual se le acusa, pues tales aspectos conciernen al exclusivo y excluyente ámbito de las autoridades judiciales del Estado requirente, de modo que su planteamiento y controversia debe hacerse al interior del respectivo proceso por medio de los mecanismos que la legislación de allí tenga previstos"<sup>536</sup>.

<sup>535</sup> C. Const., Sent. C-1189, sep. 13/2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>536</sup> CSJ, Cas. Penal. Sent. nov. 3/2004. Exp. 22072. M.P. Alfredo Gómez Quintero.

El Acto Legislativo 1 de 1997 (art. 1) modificó el artículo 35 constitucional y dispuso sobre el tema:

La extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto con la ley.

Además, la extradición de los colombianos por nacimiento se concederá por delitos cometidos en el exterior, considerados como tales en la legislación penal colombiana. (La ley reglamentará la materia).

La extradición no procederá por delitos políticos.

No procederá la extradición cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación de la presente norma.

Es de anotar que la expresión entre paréntesis fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en sentencia C-543, octubre 1º de 1998, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz, no obstante, como lo indica la Corte, el legislador no pierde esa facultad constitucional, pues el fallo ha declarado la inexecutableidad exclusivamente por vicios de forma, única posibilidad de revisión constitucional sobre los actos legislativos.

Esta disposición encuentra concordancia en otras de derecho internacional y de derecho interno.

Las normas internacionales concordantes incluyen:

— Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Ley 70 de 1986, artículo 3º.

— Convenciones multilaterales de extradición: Tratado multilateral de extradición de la VII Conferencia Internacional Americana, Ley 74 de 1935; Acuerdo multilateral de extradición del Primer Congreso Boliviano, Ley 26 de 1913.

— Convenciones bilaterales de extradición: Colombia ha celebrado este tipo de convenciones, entre otros con Argentina, Bélgica, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, El Salvador, España, Estados Unidos de América, Francia, Gran Bretaña, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá,

A nivel interno, el Código penal dispone:

ART. 18.—**Extradición.** La extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto, con la ley.

Además, la extradición de los colombianos por nacimiento se concederá por delitos cometidos en el exterior, considerados como tales en la legislación penal colombiana.

La extradición no procederá por delitos políticos.

No procederá la extradición cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación del Acto Legislativo 01 de 1997.

### **Derecho de asilo**

De acuerdo con la carta, se reconoce el derecho de asilo en los términos previstos en la ley. (c.P., art. 36).

#### **- Derecho de asilo por delitos políticos**

“Los extranjeros por delitos políticos o de opinión no podrán ser extraditados. Y se les reconoce el derecho de asilo, con aparente prescindencia del derecho internacional, “en los términos previstos en la ley”, aunque en las convenciones internacionales de la Habana (1928) y de Caracas (1954), Colombia ha aceptado tanto el asilo diplomático como el territorial (*arts. 35, inc. 2º y 36*)”<sup>537</sup>.

El derecho de asilo o amparo internacional tiene como fuente el derecho de gentes, consagrado en convenciones internacionales y no en instrumentos legales de orden interno. Por eso, cuando la Constitución en el artículo comentado remite a la ley, se refiere más expresamente a las leyes aprobatorias de tratados o convenciones internacionales y no a la mera reglamentación interna. Vale la pena señalar que la Carta consagra al asilo dentro del capítulo de los derechos fundamentales. Ahora bien, el ejercicio de este derecho queda sometido a las leyes aprobatorias de tratados internacionales, no siendo por lo tanto un derecho subjetivo de aplicación inmediata<sup>538</sup>.

### **La Corte Penal Internacional**

El Acto Legislativo 2 de 2001, por medio del cual se adicionó un párrafo al artículo 93 de la Carta, estableció que “El Estado colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de plenipotenciarios de la Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”.

La Ley 742 de 2002 aprobó el **Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional**, hecho en Roma, el día 17 de julio de 1998.

El Gobierno Nacional al momento de depositar el instrumento de ratificación, formuló las siguientes declaraciones:

“1. Ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma Sobre el ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional impide la concesión de amnistías, indultos o perdones judiciales por delitos políticos por parte del Estado colombiano, siempre y cuando dicha concesión se efectúe de conformidad con la Constitución Política y los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia.

Colombia declara que las normas de este estatuto deben ser aplicadas e interpretadas de manera concordante con las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario y, en consecuencia, nada de lo dispuesto en el estatuto afecta los derechos y obligaciones consagrados en las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, en especial las señaladas en el artículo 3º común a los cuatro convenios de Ginebra y en los Protocolos I y II a estos convenios.

Así mismo si llegara a darse el caso de que un colombiano haya de ser investigado y enjuiciado por la Corte Penal Internacional, procede la interpretación y aplicación del

<sup>537</sup> HENAO HIDRÓN, Javier. Panorama del Derecho Constitucional Colombiano, 8ª edición, Editorial Temis, 1992; pág. 218.

<sup>538</sup> Cfr. Constitución Política de Colombia, Legis, obra comentada, comentario al art. 36.

Estatuto de Roma, de ser apropiado, de conformidad con los principios y normas que integran el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

2. Colombia, respecto de los artículos 61, párrafo 2º, literal b) y 67 párrafo 1º, literal d), declara que siempre será en interés de la justicia que a los nacionales colombianos les sea garantizado plenamente el derecho de defensa, en especial el derecho a ser asistido por un abogado durante las etapas de investigación y juzgamiento por parte de la Corte Penal Internacional.

3. Colombia respecto del artículo 17, párrafo 3º, declara que las “otras razones” a que se refiere el citado artículo a fin de determinar la incapacidad del Estado para investigar o enjuiciar un asunto, se refieren a la ausencia evidente de condiciones objetivas necesarias para llevar a cabo el juicio.

4. Colombia teniendo en cuenta que el ámbito del Estatuto de Roma se limita exclusivamente al ejercicio de la competencia complementaria atribuida a la Corte Penal Internacional y a la cooperación de las autoridades nacionales con ésta, declara que ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma modifican el derecho interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas en ejercicio de las competencias nacionales que le son propias dentro del territorio de la República de Colombia.

5. El Gobierno de Colombia haciendo uso de la facultad consagrada en el artículo 124 del estatuto y sujeto a las condiciones establecidas en el mismo, declara que no acepta la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8º cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por nacionales colombianos o en territorio colombiano.

6. De conformidad con lo señalado en el artículo 87 párrafo 1º literal a) y párrafo 2º primer inciso del mismo artículo, el Gobierno de Colombia declara que las solicitudes de cooperación o asistencia se tramitan por vía diplomática las cuales deberán estar en el idioma español o acompañadas de una traducción a este idioma”.

#### **4.5.5.2.7 La Comisión Asesora de Relaciones Exteriores**

ART. 225.—La comisión asesora de relaciones exteriores, cuya composición será determinada por la ley, es cuerpo consultivo del Presidente de la República.

#### ***Integración de la Comisión***

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley 68/93 y la Ley 955/05 (*art 1*), la Comisión Asesora de Relaciones exteriores estará integrada por:

1. Los ex presidentes de la República elegidos por voto popular.
  2. Doce miembros elegidos de los integrantes de las comisiones segundas constitucionales así: tres (3) por el Senado pleno con sus respectivos suplentes y tres (3) por el pleno de la Cámara de Representantes con sus respectivos suplentes.
  3. Dos miembros designados por el Presidente de la República.
- Los miembros elegidos por el Congreso Nacional y los designados por el Presidente de la República tendrán su respectivo suplente.  
Vicepresidente de la República asistirá con voz a las reuniones de la comisión.

#### **Funciones**

La comisión asesora de relaciones exteriores es cuerpo consultivo del Presidente de la República. En tal carácter, estudiará los asuntos que este someta a su consideración, entre otros, los siguientes temas (*L. 68/93, art. 3*):

1. Política internacional de Colombia.
2. Negociaciones diplomáticas y celebración de tratados públicos.
3. Seguridad exterior de la República.
4. Límites terrestres y marítimos, espacio aéreo, mar territorial y zona contigua y plataforma continental.
5. Reglamentación de la carrera diplomática y consular.
6. Proyectos de ley sobre materias propias del ramo de relaciones exteriores.

Cuando haya negociaciones internacionales en curso y el gobierno lo considere pertinente, este procederá a informar a la comisión asesora de relaciones exteriores sobre el particular.

#### **4.5.5.2.8 Colombia y las organizaciones internacionales**

Colombia es miembro de las siguientes organizaciones internacionales, entre otras:

— **Organización de las Naciones Unidas, ONU.** Colombia es miembro originario de la organización puesto que aprobó su ingreso mediante la Ley 13 de 1945 y depositó el instrumento de ratificación ante el gobierno de los Estados Unidos el 5 de noviembre del mismo año. La Carta entró en vigor el 25 de octubre de 1945.

— **Organización de los Estados Americanos, OEA.** La IX Conferencia Panamericana (Bogotá, 1948) creó la organización con base en los principios de Chapultepec. La Carta de Bogotá, firmada el 2 de mayo de 1948 entró en vigor desde el 13 de diciembre de 1951. La III Conferencia interamericana extraordinaria (Buenos Aires, febrero de 1967) aprobó el Protocolo de reforma de Buenos Aires, en vigor desde el 27 de febrero de 1970.

— **Asociación Latinoamericana de Integración - Aladi.** Tratado de Montevideo 1980, aprobado mediante Ley 45 de 1981.

— **Pacto de Integración Subregional Andino,** suscrito el 26 de mayo de 1969 en Bogotá, por plenipotenciarios debidamente autorizados por los gobiernos de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Colombia y Chile, ratificaron el Acuerdo el 8 de septiembre de 1969, este entró en vigor el 16 de octubre de 1969, fecha en la cual la tercera aprobación, correspondiente al Perú fue recibida en la secretaría de la ALALC. El acuerdo subregional fue modificado por el Protocolo de Quito de 1987, aprobado en Colombia mediante la Ley 60 de 1987. Entrada en vigor mayo 25 de 1988.

— **Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura - Unesco.** La Constitución fue aprobada en Londres el día 16 de noviembre de 1945 y modificada por la Conferencia General en varias de sus reuniones. Colombia es Estado Miembro de la Unesco desde octubre 31 de 1947.

#### **El Parlamento Andino**

Es una asamblea parlamentaria de los países que integran el Grupo Andino. La ley puede establecer elecciones directas para su constitución. Los mismo dispone la Carta en relación con el Parlamento Latinoamericano (*art. 227*).

En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 227 de la Constitución Política de Colombia, los ciudadanos elegirán en forma directa y mediante sufragio universal y secreto cinco (5) representantes de Colombia al Parlamento Andino. (L. 1157/2007, art. 1).

—**De las calidades.** Para ser elegido al Parlamento Andino en representación de Colombia se requieren las mismas condiciones que se exigen para ser elegido Senador de la República. (L. 1157/2007, art. 3).

—**Fecha de elecciones y período.** Hasta tanto la Comunidad Andina establezca un régimen electoral uniforme, las elecciones para los representantes por Colombia al Parlamento Andino se realizará el mismo día en que se efectúen las elecciones generales de Congreso Colombiano. El período será institucional y será el mismo que para senadores y representantes. (L. 1157/2007, art. 8).

#### 4.5.5.3 FUNCIONES DEL ESTADO A NIVEL INTERNO

##### Las ramas del poder público y sus funciones

No existe realmente una división tajante de actividades y funciones de la órbita estatal pues hoy no se habla de poderes al estilo Locke y Montesquieu, sino de ramas de un mismo poder. En realidad Montesquieu estableció fue una triada de funciones: legislativa, ejecutiva y jurisdiccional; además, de acuerdo con la Carta, “los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines” (art. 113).

Tradicionalmente se habla de una triada de funciones; sin embargo el moderno constitucionalismo agrega otras, entre las que se incluyen la función constituyente, las funciones de control y la función electoral, clave para el sistema democrático.

En Colombia, Vidal Perdomo (*derecho Administrativo, Cali 1977, 5ª ed., pag. 271*) considera que la denominación de función ejecutiva es estrecha para señalar las funciones del jefe del estado, pues esta función se refiere básicamente a la ejecución de las leyes, y que resulta igualmente estrecha la denominación de función administrativa, pues muchas de las atribuciones de ese funcionario rebasan la actividad simplemente administrativa por lo cual propone que se le llame función gubernativa, que comprendería los actos de gobierno y los actos de administración.

De todos modos, y de acuerdo con Gustavo Humberto Rodríguez, “la función legislativa es normativa, objetiva, general; la jurisdiccional emite decisiones sobre casos controvertidos; la administrativa realiza en forma concreta y práctica los cometidos legislados para atender a las necesidades públicas. Mientras que la legislativa crea el derecho, la jurisdiccional mantiene un orden jurídico y la administrativa realiza los fines del estado”<sup>539</sup>.

Hechas estas distinciones se deben señalar dos caracteres comunes a las varias funciones estatales:

- a) Tienen separación orgánica pero actúan en colaboración funcional, y
- b) Cada órgano o rama tiene una función preferente, pero también realiza las otras funciones, ocasionalmente.

---

<sup>539</sup> RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto. Derecho administrativo, Teoría General., Bogotá, Temis. p. 24.

En este sentido podemos aproximarnos a las funciones del Estado bajo los siguientes parámetros: Función constituyente, función legislativa, función administrativa, función judicial, funciones de control, y funciones electorales.

Puede sostenerse entonces que los órganos que integran el estado colombiano desempeñan en alguna medida todas estas funciones, aunque con prevalencia especial de una de ellas. Así la función constituyente puede incluir acciones tanto de los ciudadanos, como del congreso, del ejecutivo, de la rama judicial y de los organismos de control, al igual que la actividad de los organismos electorales.

#### 4.5.5.3.1 La función constituyente

Ya habíamos analizado el tema al estudiar la creación y reforma de una Carta Constitucional. Recordemos sólo que se habla de constituyente primario y constituyente derivado. En relación con este último, al Congreso competen facultades de reforma constitucional. Su evolución ha sido:

**Carta de 1821.** El Congreso quedó facultado para resolver cualquier duda sobre la interpretación de la Constitución. Se le dio competencia igualmente para reformarla.

**Carta de 1830.** Se le dieron facultades al Congreso para reformar la Constitución, sin que pudiera variar los principios básicos de un Gobierno republicano, popular, representativo, alternativo y responsable.

**Carta de 1863.** En cuanto a la reforma de la Constitución se exigió que ella debería ser ratificada por el voto unánime del Senado de Plenipotenciarios, teniendo un voto cada Estado o que también podría reformarse por una convención convocada para el efecto por el Congreso, a solicitud de la totalidad de las legislaturas de los Estados y compuesta de igual número de diputados por cada Estado.

**Carta de 1886.** El Congreso tenía con la facultad exclusiva para reformar la Constitución

La **Carta del 91** establece que puede ser reformada por el pueblo mediante referendo. Igualmente lo puede hacer el Congreso o una asamblea constituyente.

Los proyectos de acto legislativo pueden ser presentados por el Gobierno o un número especial de miembros del Congreso, los diputados y los concejales y los ciudadanos en un número equivalente al menos al cinco por ciento del censo electoral vigente.

#### Reforma y sustitución constitucional - Diferencias

La Corte Constitucional en su jurisprudencia trata los llamados límites competenciales en este tema. En efecto, en el sentir de la Corte: "(...) un poder de reforma sin límites competenciales elimina también la distinción básica entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado o de reforma. Y es que el acto del constituyente primario trasciende la mera "adopción" verbal o escrita de la Constitución pues, a partir de tal manifestación —sea compleja o sencilla—, se define la estructura del poder estatal, las relaciones entre el Estado y el resto de la sociedad, los deberes estatales y los derechos y deberes de los particulares, los mecanismos de solución de conflictos, y la manera de proteger dicho esquema adoptado. En este orden de ideas, se entiende que el poder constituido (que incluye el poder de reforma de la Constitución), únicamente tiene

existencia a partir del hecho constituyente y en los términos definidos por las decisiones fundamentales tomadas por el poder constituyente.

El constituyente derivado no tiene entonces competencia para destruir la Constitución. El acto constituyente establece el orden jurídico y por ello, cualquier poder de reforma que el constituyente reconozca únicamente se limita a una revisión. El poder de reforma, que es poder constituido, no está, por lo tanto, autorizado, para la derogación o sustitución de la Constitución de la cual deriva su competencia. El poder constituido no puede, en otras palabras, arrogarse funciones propias del poder constituyente, y por ello no puede llevar a cabo una sustitución de la Constitución, no solo por cuanto se estaría erigiendo en poder constituyente originario sino además porque estaría minando las bases de su propia competencia. (...). Conforme a lo anterior, la Corte concluye que aunque la Constitución de 1991 no establece expresamente ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites. El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad<sup>540</sup>.

### La reforma constitucional por vía de acto legislativo

#### **Requisitos constitucionales y reglamentarios para su trámite**

La Corte, en la Sentencia C-222 de 1997, enuncia ciertas características peculiares que deben ser tenidas en cuenta al verificarse los requisitos del trámite de los actos legislativos, tales como las que a continuación sucintamente se enuncian, mención que según se dispuso en la Sentencia C-543 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz, no es taxativa sino enunciativa.

— En cuanto atañe a la iniciativa, es decir a la facultad de presentar proyectos de actos legislativos, las normas constitucionales enuncian taxativamente a sus titulares (C.P., arts. 375 y 237-4, 155, 376 y 378). El artículo 223 de la Ley 5ª de 1992, acoge precisamente al mandato constitucional especial y lo reitera, en los mismos términos.

— La publicación oficial exigida en el artículo 157-1 de la Constitución es aplicable al trámite de los proyectos de acto legislativo y, en consecuencia, respecto de ella tiene lugar lo contemplado en el artículo 144 de la Ley 5ª de 1992, según el cual, recibido un proyecto, se ordenará por la secretaría su publicación en la "Gaceta del Congreso" y se repartirá por el Presidente a la comisión permanente respectiva (L. 3ª/92, art. 2º), en desarrollo de lo previsto en la C.P. (art. 142, inc. 2º).

En materia de publicaciones hay que añadir, que para los proyectos de acto legislativo debe llevarse a cabo la consagrada en el artículo 375 de la Constitución, que corre a cargo del gobierno y que, por tanto, debe hacerse en el Diario Oficial una vez terminado el primer período de sesiones en que se discute y antes de comenzar el segundo.

— Las reglas previstas en el reglamento del Congreso para radicación de los proyectos y designación de ponente o ponentes son plenamente aplicables a los proyectos de acto legislativo (L. 5ª/92, arts. 149 y 150).

— Según el último inciso del artículo 160 de la Constitución, todo proyecto de ley o de acto legislativo deberá tener informe de ponencia en la respectiva comisión encargada de tramitarlo y deberá dársele el curso correspondiente.

---

<sup>540</sup> C. Const., Sent. C-551, jul. 9/2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.



— En cuanto a las reglas contempladas en los artículos 158 y 169 de la Constitución, y 148 de la Ley 5ª de 1992, sobre unidad de materia, ésta, en el caso de los actos legislativos, está dada por el asunto predominante del que ellos se ocupan, que no es otro que la reforma de determinados títulos, capítulos o artículos de la Constitución, o la adición a ella con disposiciones que no están incorporadas en la Carta pero que se pretende incluir en su preceptiva.

— No es aplicable a los proyectos de acto legislativo la acumulación de proyectos, a no ser que ella tenga lugar antes del primer debate en la primera vuelta, es decir, sin que ninguno de los proyectos acumulados haya sido todavía discutido ni aprobado en ninguna instancia. De lo contrario, se añadiría a un proyecto aprobado lo dispuesto en otro que no ha sufrido debate, lo cual sería inconstitucional, por violación del artículo 375, C.P.

— En cuanto a los proyectos de acto legislativo, la posibilidad de sesiones conjuntas no ha sido prevista por la Carta. Por lo tanto, son inaplicables al trámite de reformas constitucionales, los artículos 169 a 173 del reglamento del Congreso, válidos únicamente para los proyectos de ley allí contemplados.

— Tampoco es propio del procedimiento relativo a reformas de la Constitución el artículo 163 de la Carta, sobre la solicitud de trámite de urgencia del proyecto, pues implicaría una injerencia del ejecutivo en la libre y autónoma decisión del Congreso, precipitando la votación de actos legislativos que por sus mismas características, sólo el propio Congreso, dentro de la Constitución y el reglamento, debe resolver cuándo y con qué prioridad aprueba.

— La obligatoriedad de los ocho debates para los proyectos de acto legislativo excluye también las denominadas "constancias", dejadas en el curso de la primera vuelta, generalmente al finalizar ésta, con el pretexto de cumplir la norma que consagra el inciso final del artículo 375 de la Constitución, a cuyo tenor en el segundo período sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero. La presentación aludida en la norma superior, a las iniciativas debatidas en el primer período, no puede ser entendida con el alcance de la sola formulación de una propuesta de reforma, menos todavía si ella emana de un solo congresista y no de los diez que exige la Constitución.

— También se aplica a los actos legislativos el artículo 160 de la Constitución que estatuye, que entre el primero y el segundo debate deberá mediar un lapso no inferior a ocho días, y que entre la aprobación del proyecto en una de las cámaras y la iniciación del debate en la otra, deberán transcurrir por lo menos, quince días.

— El artículo 157-4 de la Constitución, exige que para que un proyecto sea ley debe haber obtenido la sanción del gobierno. Esta posibilidad no se da en el caso de los actos legislativos pues el artículo 375, específico de las reformas constitucionales, no supedita su entrada en vigencia a la sanción del ejecutivo, ni autoriza a este para objetarlas.

— El artículo 160 de la Constitución, también es aplicable al trámite de los actos legislativos, en cuanto establece que durante el segundo debate cada cámara "podrá introducir al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que juzgue necesarias", por cuanto es inherente a la función legislativa, la atribución de modificar y aún suprimir, total o parcialmente, el texto sometido a la consideración de las cámaras, pues tanto los proyectos de ley como de actos legislativos se llevan al Congreso de la República

precisamente para que este debata acerca del contenido, examine en profundidad el alcance y los propósitos de la propuesta y adopte de manera autónoma su decisión. Por lo tanto, también es aplicable al trámite de los actos legislativos el artículo 154 de la constitución que señala, que respecto de las iniciativas exclusivas del gobierno, las cámaras podrán introducir cuanta modificación estimen pertinente. Tampoco las comisiones permanentes de Senado y Cámara están vinculadas por el texto elaborado por los autores del proyecto.

— El artículo 161 de la Constitución, que contempla la posibilidad de conciliar las posibles discrepancias, entre lo resuelto por una de las cámaras y lo aprobado en otra, también es aplicable a los actos legislativos pues obedece justamente a la facultad de una y otra para cambiar, según el análisis efectuado, los textos originales del proyecto.

— La Constitución exige en el artículo 375, para los actos legislativos un total de ocho debates, que deben darse completos e integrales para que lo aprobado tenga validez. En la Sentencia C-222 de 1997 se otorgó gran importancia al concepto "debate", que en manera alguna equivale a votación, bien que ésta se produzca por el conocido "pupitrazo" o por medio electrónico, o en cualquiera de las formas convencionales admitidas para establecer cuál es la voluntad de los congresistas en torno a determinado asunto. La votación no es cosa distinta que la conclusión del debate, sobre la base de la discusión — esencial a él— y sobre el supuesto de la suficiente ilustración en el seno de la respectiva comisión o cámara. Igualmente se precisa, que el debate exige deliberación, previa a la votación e indispensable para llegar a ella, lo que justamente se halla implícito en la distinción entre los quórum, deliberatorio y decisorio, plasmada en el artículo 145 de la Carta.

Se indicó, que también las normas de los artículos 157, 158, 159, 164 y 185 de la Ley 5ª de 1992, por expresa remisión del artículo 227 *Ibidem*, no sólo son compatibles con el trámite de las reformas constitucionales sino adecuadas a él a *fortiori*, y por lo tanto deben ser atendidas de manera estricta.

Además se indicó, que debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 5ª artículo 43-4, en cuanto al papel de los presidentes de las comisiones y de las cámaras en la conducción de los debates, teniendo en cuenta lo previsto en la Constitución y la ley para el ejercicio de sus funciones, las que, salvo en cuanto a sus propios votos, deben ser totalmente imparciales y brindar iguales garantías a todos los miembros de las correspondiente célula congresional. Igualmente debe darse aplicación a lo previsto en el artículo 149 de la Constitución, relativo a la falta de validez de las reuniones del congreso que, con el propósito de ejercer funciones propias de la rama legislativa, se efectúe por fuera de las condiciones constitucionales.

Algo muy importante, derivado de la exigencia constitucional de un cierto número de debates —cuatro para las leyes (C.P., art. 107) y ocho para los actos legislativos (C.P., art. 375)— es el imperativo de llevarlos a cabo, es decir, de agotarlos en su totalidad para que pueda entenderse que lo hecho es válido, de modo tal que, si llegare a faltar uno de los debates exigidos, o si se surtiere sin los requisitos propios del mismo, según la Carta Política o el reglamento, queda viciado de inconstitucionalidad todo el trámite y así habrá de declararlo la Corte en ejercicio de su función de control"<sup>541</sup>.

## Reformas sometidas a referendo

---

<sup>541</sup> C. Const., Sent. C-208, mar.10/2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

ART. 377.—Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del acto legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral.

### **Sujetos y Órganos vinculados con la función constituyente**

De los análisis que preceden resultan que en el ejercicio de esta función intervienen el pueblo, el Congreso, el Gobierno, órganos de la rama judicial (especialmente la Corte Constitucional) y órganos de control.

En relación con este proceso constituyente la Corte Constitucional desempeña importantes funciones, establecidas en la Carta así:

ART. 241.—A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá entre otras, las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación. (...).

PAR.—Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto

### **Límites a la declaratoria de inconstitucionalidad de actos reformativos de la Constitución**

ART. 379.—Los actos legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título.

La acción pública contra estos actos sólo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2º.

## **4.5.5.3.2 La función legislativa y el Congreso de la República**

### **Importancia y dinámicas**

La crisis del absolutismo por sus abusos de poder condujo a las organizaciones políticas al reconocimiento de la importancia de la ley, establecida bajo parámetros democráticos, como mecanismo apropiado para organizar, garantizar y controlar el orden social. Históricamente primero surgió la ley y luego la Constitución, pero bien pronto esta última adquirió la connotación de *ley de leyes* y su supremacía fue reconocida. Ello no significó que la ley perdiera su importancia, sino que se produce, en últimas, una categorización para dar racionalidad y funcionalidad al sistema político basado en leyes, en la voluntad general y no en la voluntad de uno sólo, quien, además también resultó sometido al mandato de la norma.

#### 4.5.5.3.2.1 LAS LEYES, SU CLASIFICACIÓN Y SU FORMACIÓN

##### 1. Concepto

De acuerdo con el Código Civil Colombiano, se entiende por ley la declaración de la voluntad soberana, manifestada en la forma prevenida en la Constitución, con el carácter de mandar, permitir, prohibir o castigar (C.C., art. 4). La ley implica entonces una regla de conducta sobre aspectos que interesan la convivencia social y los mecanismos adecuados para su solución pacífica. Por eso se habla de leyes sustantivas y leyes procesales. Entre las numerosas definiciones que se han dado del concepto Ley, es clásica la de Tomás de Aquino en su Suma Teológica: “precepto racional orientado hacia el bien común, y promulgado por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad”.

Toda ley considerada en sí, esto es, como norma jurídica presenta los siguientes caracteres: es obligatoria, es general, es permanente y emana del poder público que modernamente reviste carácter democrático representativo y participativo; por eso se la considera como manifestación de la voluntad general.

##### 2. Clasificación de las leyes

En general, la Carta permite identificar dos grupos de leyes: las leyes ordinarias y las leyes especiales.

###### - Leyes ordinarias

Integran el mayor volumen de la actividad legislativa y tratan los distintos asuntos de interés común.

###### - Leyes especiales

Estas a su vez incluyen las leyes estatutarias, las leyes orgánicas y las leyes marco.

###### a) Leyes estatutarias

Se trata de leyes especiales dictadas por el Congreso para establecer regulaciones que se imponen como desarrollos necesarios e inmediatos de la Constitución y tienen trámites exigentes para su reforma e integran el llamado *bloque de constitucionalidad*.

###### *Materias sujetas a leyes estatutarias*

De acuerdo con el artículo 152 de la Carta, mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

- a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;
- b) Administración de justicia;
- c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales;
- d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana;
- e) Estados de excepción;

f) La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley (*adicionado. A.L. 2/2004, art. 4º*).

Sobre este ordinal f) la Ley estatutaria 996 de 2005 regula, entre otras, las siguientes materias: garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el Presidente de la República sea candidato y normas sobre inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República.

#### *Trámite de las leyes estatutarias*

La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura.

Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla. (*C.P., art. 153*).

#### **b) Leyes orgánicas**

Se trata de unas leyes que tienen unas características especiales, esto es, gozan de una prerrogativa especial, por su posición organizadora de un sistema legal que depende de ellas. "Estas leyes reglamentan plenamente una materia: son estatutos que abarcan toda la normatividad de una serie de asuntos señalados expresamente en la Carta Política (*art. 151*). Es importante anotar que las leyes orgánicas condicionan, con su normatividad, la actuación administrativa y la expedición de otras leyes sobre la materia de que tratan, es decir, según lo dispone la norma constitucional citada, sujetan el ejercicio de la actividad legislativa.

Desde luego una ley orgánica es de naturaleza jerárquica superior a las demás leyes que versen sobre el mismo contenido material, ya que éstas deben ajustarse a lo que organiza aquella (...). Ahora bien, la ley orgánica ocupa tanto desde el punto de vista material, como del formal un nivel superior respecto de las leyes que traten de la misma materia; es así como la Carta misma estatuye que el ejercicio de la actividad legislativa estará sujeto a lo establecido por las leyes orgánicas (*art. 151*). La importancia de estas leyes es la que justifica que sean limitadas sólo a los temas que le asigne la Constitución y que requieran, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de una y otra cámara (...)"<sup>542</sup>.

Por expresa disposición constitucional (*art. 151*), el Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales.

Como ejemplo de estas leyes tenemos la Ley 5 de 1992 por medio de la cual se expide el

---

<sup>542</sup> C. Const., Sent. C-337, ago. 19/93. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

estatuto del Congreso, la Ley 715 de 2001 contentiva del estatuto orgánico del presupuesto o la ley 152 de 1994 orgánica de la planeación.

### **c) Leyes marco**

Las leyes marco o cuadro son aquellas que dicta el Congreso “con el fin de establecer las normas de carácter general a las cuales debe sujetarse el Gobierno para ejercer sus funciones constitucionales de inspección y vigilancia, organizar el crédito público, regular el comercio exterior, señalar el régimen de cambios internacional, modificar las disposiciones del régimen de aduanas, regular la actividad financiera, bursátil y aseguradora, regular cualquier actividad relacionada con el manejo, el aprovechamiento y la inversión de recursos captados del público, fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, establecer el régimen de prestaciones sociales mínimas para los trabajadores oficiales y modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás organismos de la administración nacional.” (arts. 150-8-19, 189-16-21-22-24-25-26).<sup>543</sup>

#### *Otras clasificaciones:*

Hay muchas otras posibilidades de clasificar las leyes. Se habla así de ley civil, ley penal, ley laboral, etc. Ley favorable o desfavorable, ley permisiva, También se conocen la ley de apropiaciones, leyes aprobatorias de contratos o de tratados, leyes de atribuciones, de autorizaciones, de regulación de funciones o de servicios, leyes de amnistía, de expropiación, de honores, de intervención, entre otras.

### **Las leyes y los decretos legislativos**

De acuerdo con las dinámicas legislativas, la Carta contempla la posibilidad de que ciertos decretos del Presidente, que en principio se deben encontrar en inferior categoría con respecto a las leyes, adquieran igualdad de status a las leyes, con las consecuencias que tal situación deriva.

En efecto, los decretos especiales a que hacemos referencia incluyen los decretos extraordinarios y los decretos legislativos que ahora presentamos y que serán analizados también con las funciones legislativas extraordinarias del Presidente de la República.

#### **- Decretos extraordinarios o decretos leyes**

Son aquellos decretos que dicta el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por una ley del Congreso (C.P., art. 150-10 y 241-5). La doctrina también los denomina decretos leyes. Su control de constitucionalidad compete a la Corte Constitucional.

Dispone la Carta que el Congreso puede revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara.

El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.

---

<sup>543</sup> Cfr. MADRID MALO. Op. cit., p.. 204.

Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni para crear servicios técnicos o administrativos de las cámaras, ni para decretar impuestos.

#### **- Decretos legislativos**

Son aquellos decretos que dicta el Gobierno para ejercer las facultades de excepción propias de los estados de guerra exterior, conmoción interior o emergencia. Están sometidos al control automático de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional. Sus efectos serán estudiados al analizar las facultades legislativas del Presidente.

#### **La cláusula general de competencia legislativa del Congreso**

El Congreso de la República es en principio el sujeto principal del proceso de formación de las leyes, en cuanto titular de la *cláusula general de competencia legislativa*, aunque no es el único que interviene. El Congreso es una institución colegiada con la cual se conforma la rama legislativa del poder público. En Colombia desde su creación ha venido desarrollando sus funciones por medio de dos cámaras, la del Senado y la de Representantes. El Congreso representa al pueblo y tiene tres atribuciones fundamentales:

1. Reformar la constitución por medio de los llamados actos legislativos,
2. Hacer las leyes y
3. Ejercer control político sobre el Gobierno y la administración pública

#### **La función legislativa del Congreso**

Esta función, la principal del Congreso, de acuerdo con el artículo 150 de la Carta, implica que le corresponde hacer las leyes. Su competencia incluye interpretar, reformar y derogar las leyes (*Inc. 1*) y expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones (*Inc. 2*). Bajo este marco general a continuación intentaremos una clasificación de sus competencias legislativas establecidas en el artículo 150 de la Carta, la cual, de todos modos, no es taxativa:

#### *De carácter económico*

- Establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración (*Inc. 11*).
- Aprobar el Plan Nacional de Desarrollo y de inversiones públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos y apropiaciones que se autoricen para su ejecución, y las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos (*Inc. 3*).
- Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley (*Inc. 12*).
- Expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica (*Inc. 21*).
- Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos (*Inc. 19*):
  - a) Organizar el crédito público;

- b) Regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta Directiva del Banco de la República;
- c) Modificar, por razones de política comercial los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas;
- d) Regular las actividades financieras, bursátiles, aseguradoras y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público;
- e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública;
- f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y éstas no podrán arrogárselas.

- Determinar la moneda legal, la convertibilidad y el alcance de su poder liberatorio, y arreglar el sistema de pesas y medidas (Inc. 13).
- Expedir las leyes relacionadas con el Banco de la República y con las funciones que compete desempeñar a su junta directiva (Inc. 22).
- Regular el régimen de propiedad industrial, patentes y marcas y las otras formas de propiedad intelectual (Inc. 24).
- Dictar las normas sobre apropiación o adjudicación y recuperación de tierras baldías (Inc. 18).
- Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos (Inc. 23).

#### De carácter administrativo

- Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las corporaciones autónomas regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta (Num. 7).
- Definir la división general del territorio con arreglo a lo previsto en esta Constitución, fijar las bases y condiciones para crear, eliminar, modificar o fusionar entidades territoriales y establecer sus competencias (Num. 4).
- Conferir atribuciones especiales a las asambleas departamentales (Num. 5).
- Variar, en circunstancias extraordinarias y por graves motivos de conveniencia pública, la actual residencia de los altos poderes nacionales (Num. 6).
- Unificar las normas sobre policía de tránsito en todo el territorio de la República.

Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional (Num. 25).

#### Relacionadas con la rama ejecutiva

- Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución (Num. 8).



- Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales. El Gobierno rendirá periódicamente informes al Congreso sobre el ejercicio de estas autorizaciones (Num. 9).

- Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara (Num. 10).

El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.

Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos.

- Aprobar o improbar los contratos o convenios que, por razones de evidente necesidad nacional, hubiere celebrado el Presidente de la República, con particulares, compañías o entidades públicas, sin autorización previa (Num. 14).

- Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados (Num. 16).

#### De carácter judicial

- Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar (Num. 17).

#### Otros

- Establecer honores a los ciudadanos que hayan prestado servicios a la patria (Num. 15).

- Crear los servicios administrativos y técnicos de las cámaras (Num. 20)..

La Corte Constitucional recuerda que en Colombia la cláusula general de competencia normativa está radicada en el Congreso, puesto que a este corresponde “hacer las leyes” (C.P., arts. 114 y 150). “Esta es una diferencia profunda de nuestro ordenamiento constitucional con el de otros países como Francia. En efecto, el artículo 34 de la Constitución de la V República enumera las materias que son competencia del Parlamento, de suerte que toda otra materia es competencia reglamentaria del ejecutivo (C.P., art. 37), lo cual significa que ese régimen constitucional atribuye el poder principal de elaborar las reglas de derecho al ejecutivo (cláusula general de competencia) y tan sólo un poder secundario y taxativo al Parlamento. En Colombia, en cambio, el órgano que tiene la potestad genérica de desarrollar la Constitución y expedir las reglas de derecho es el Congreso, puesto que a este corresponde “hacer las leyes”, por lo cual la enumeración de las funciones establecidas por el artículo 150 de la Constitución no es taxativa. No es entonces legítimo considerar que si el Congreso expide una ley que no encaja dentro de las atribuciones legislativas específicas del artículo 150 superior, entonces tal norma es, por ese solo hecho, inconstitucional, ya que ello implicaría desconocer que en el constitucionalismo colombiano la cláusula general de competencia está radicada en el Congreso (...).

Se trata de una competencia amplia pero que no por ello deja de ser reglada, porque está limitada por la Constitución. Así el Congreso no puede vulnerar los derechos de las personas, ni los principios y valores constitucionales. Tampoco puede el Congreso desconocer las restricciones que le ha establecido la Constitución, ya sea de manera expresa, como sucede en las prohibiciones del artículo 136 superior, ya sea de manera tácita, al haber reservado ciertas materias a otras ramas del poder o a otros órganos del Estado”<sup>544</sup>.

### 3. El proceso ordinario de formación de las leyes

#### a) La iniciativa legislativa

##### ***Evolución***<sup>545</sup>

En la **Constitución de 1821** las leyes podían tener origen en cualquiera de las dos cámaras y cada una podía proponer observaciones a la otra, alteraciones o adiciones. Sin embargo, las leyes sobre contribuciones sólo podían tener origen en la Cámara de Representantes. Se le prohibió al poder ejecutivo la presentación de proyectos de ley al Congreso y sólo se le permitió presentar materias para que el Congreso las tomara en consideración y él como legislador, si acogía la iniciativa o sugerencia del Presidente, presentar, a través de cualquiera de sus miembros, el respectivo proyecto de ley.

La **Constitución de 1830** le dio competencia el Presidente de la República para proponer proyectos de ley, facultad que no tenía en la Carta de 1821.

En la **Carta de 1886** las leyes podían tener origen en cualquiera de las cámaras a propuesta de sus respectivos miembros o de los ministros del despacho. Las leyes sobre contribuciones y la del Ministerio Público debían tener origen en la Cámara de Representantes.

La **reforma de 1945** a la Carta de 1886, bajo la presidencia de López Pumarejo, estableció que las leyes podían tener origen en cualquiera de las cámaras, a propuesta de sus respectivos miembros o de los Ministros del Despacho, cuestión que ya existía. Fueron exceptuadas las leyes sobre contribuciones u orgánicas del Ministerio Público, que debían tener origen en la Cámara de Representantes, principio que también venía de constituciones anteriores.

**Con la reforma constitucional de 1968** se eliminó el requisito de origen de leyes en la Cámara de Representantes, relacionadas con contribuciones y las orgánicas del ministerio público, principios que venían de la Constitución de 1863, aun cuando el origen de las leyes en la Cámara de Representantes sobre contribuciones, se remonta a la primera Constitución de la república de 1821.

##### **Situación actual con la Carta de 1991**

Las leyes pueden tener origen en cualquiera de las cámaras ya sea a propuesta de sus respectivos miembros, del Gobierno Nacional, de las entidades señaladas en el artículo 156, o por iniciativa popular en los casos previstos en la Constitución (*art. 154*).

<sup>544</sup> C. Const., Sent. C-527, nov. 18/94. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>545</sup> cfr. CASTRO PERDOMO, César. El Congreso en Colombia, T. II. Ed. Senado de la Republica. Bogotá. Imprenta nacional, 1988.

El artículo 156 agrega que la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Nacional Electoral, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, tienen la facultad de presentar proyectos de ley en materias relacionadas con sus funciones

Los proyectos de ley relativos a los tributos iniciarán su trámite en la Cámara de Representantes y los que se refieran a relaciones internacionales, en el Senado (*art. 154*).

**- Temas reservados a la iniciativa gubernamental**

Desde la **reforma constitucional de 1968** se le quitó a los congresistas la iniciativa para la presentación de ciertos proyectos de ley relacionados con normas orgánicas de presupuesto, planes y programas de desarrollo económico y social, las que determinarán la estructura de la administración nacional y las que fijaran las escalas de remuneración correspondientes a las categorías de empleos; así como el régimen de sus prestaciones sociales; las que decretaran inversiones públicas y privadas; las que ordenaran participaciones en las rentas o transferencias de las mismas, las que ordenaran servicios a cargo de la Nación o los traspasaran a ésta, las que autorizaran aportes o suscripciones del estado a empresas industriales o comerciales, y las que decretaran exenciones de impuestos.

Sin embargo, se le dejó a los parlamentarios iniciativa sobre las leyes de exención de impuestos de renta y complementarios y las que fomentaran empresas útiles o benéficas, dignas de estímulo o apoyo, pero con estricta sujeción a los planes y programas de desarrollo, esos si de iniciativa gubernamental.

La Constitución de 1991 también otorga al Gobierno una facultad especial, en virtud de la cual sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del mismo las leyes a que se refieren los siguientes aspectos:

- Aprobar el Plan Nacional de Desarrollo y de inversiones públicas que hayan de emprenderse o continuarse (*art. 150, num 3*).

- Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, (*art. 150, num 7*).

- Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales. El Gobierno rendirá periódicamente informes al Congreso sobre el ejercicio de estas autorizaciones (*art. 150, num 9*).

- Establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración (*art. 150, num 11*).

- Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

a) Organizar el crédito público

b) Regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta

Directiva del

Banco de la República

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del

Congreso Nacional y de la fuerza pública (*art. 150, num 19*)

- Las leyes relacionadas con el Banco de la República y con las funciones que compete desempeñar a su junta directiva (*art. 150, num 22*)

- Las que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas;

- Las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales y

- Las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales.

De todos modos, las cámaras podrán introducir modificaciones a los proyectos presentados por el Gobierno

#### ***La iniciativa popular legislativa***

Podrán presentar proyectos de ley o de reforma constitucional, un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento del censo electoral existente en la fecha respectiva o el treinta por ciento de los concejales o diputados del país. La iniciativa popular será tramitada por el Congreso, de conformidad con el trámite especial establecido para los proyectos que hayan sido objeto de manifestación de urgencia.

Los ciudadanos proponentes tendrán derecho a designar un vocero que será oído por las cámaras en todas las etapas del trámite (*art. 155*).

#### ***c) Iniciativa legislativa de la rama jurisdiccional, de los órganos electorales y de control***

De acuerdo con el artículo 156 de la Carta, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Nacional Electoral, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, tienen la facultad de presentar proyectos de ley en materias relacionadas con sus funciones.

#### ***Trámites para la aprobación de las leyes***

Dado que la cláusula ordinaria de competencia legislativa se encuentra en cabeza del Congreso, ante él se sigue el trámite para la conversión de un proyecto en Ley de la República.

**Con la Carta de 1830** el quórum necesario para abrir las sesiones era de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros. Fue un principio consagrado desde la **Carta de 1821**. Las ausencias de los congresistas eran llenadas por los suplentes respectivos. En la **Carta de 1886** este quórum se fijó nuevamente en las dos terceras partes.

La **reforma de 1945 a la Carta de 1886** estableció por su parte que los proyectos de ley solo serían llevados a la discusión de la Cámara respectiva después de ser considerados y aprobados en primer debate en una *comisión permanente* según su contenido. De otra parte, se eliminó el tercer debate en la aprobación de las leyes y se previó que un proyecto que hubiere sido negado en primer debate podía ser considerado por la Cámara a solicitud de su autor, de un miembro de la comisión, o del Gobierno.

En materia de quórum se previó que para la aprobación del todo proyecto de ley en primero y segundo debates se requería la asistencia la mayoría absoluta de los individuos que componían la comisión respectiva y la Cámara correspondiente, según el caso.

Además se le dio voz ante el Congreso y ante las comisiones permanentes, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a los Consejeros de Estado, al Contralor General de la República y al Procurador General de la Nación.

### ***Requisitos para la expedición de una ley en la Carta de 1991***

Por expresa disposición del artículo 157, ningún proyecto será ley sin los requisitos siguientes:

1. Haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva.
2. Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada cámara. El reglamento del Congreso determinará los casos en los cuales el primer debate se surtirá en sesión conjunta de las comisiones permanentes de ambas cámaras.
3. Haber sido aprobado en cada cámara en segundo debate.
4. Haber obtenido la sanción del Gobierno.

### ***Trámite del proyecto de ley***

Todo proyecto de ley o de acto legislativo deberá tener informe de ponencia en la respectiva comisión encargada de tramitarlo, y deberá dársele el curso correspondiente.

Entre el primero y el segundo debate deberá mediar un lapso no inferior a ocho días, y entre la aprobación del proyecto en una de las cámaras y la iniciación del debate en la otra, deberán transcurrir por lo menos quince días. Durante el segundo debate cada cámara podrá introducir al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que juzgue necesarias.

En el informe a la cámara plena para segundo debate, el ponente deberá consignar la totalidad de las propuestas que fueron consideradas por la comisión y las razones que determinaron su rechazo (*art. 160*).

Ningún proyecto de ley será sometido a votación en sesión diferente a aquella que previamente se haya anunciado. La presidencia de cada Cámara o comisión en sesión distinta a aquella en la cual se realizará la votación será la encargada de dar el aviso de que un proyecto será sometido a votación. (*Inciso adicionado al artículo 160 mediante el A.L. 1/2003, art. 8*).

### ***Mayorías decisorias***

El Estatuto Orgánico del Congreso (*L. 5/92*) reglamenta el tema en sus artículos 116 y 117, disponiendo que en el Congreso pleno, en las Cámaras y en sus comisiones permanentes, las decisiones se tomarán por la mayoría de los votos de los asistentes, salvo que la Constitución exija expresamente una mayoría especial.

Las decisiones que se adoptan a través de los diferentes modos de votación surten sus efectos en los términos constitucionales. La mayoría requerida, establecido el quórum decisorio, es la siguiente:

1. **Mayoría simple.** Las decisiones se toman por la mayoría de los votos de los **asistentes**. Esta mayoría tiene aplicación en todas las decisiones que adopten las

Cámaras Legislativas, cuando las disposiciones constitucionales no hayan dispuesto otra clase de mayoría (L. 5/92, art. 118).

2. **Mayoría absoluta.** La decisión es adoptada por la mayoría de los votos de los **integrantes**.

Esta mayoría se requiere para la aprobación de (L. 5/92, art. 119):

1. Reformas constitucionales en la “segunda vuelta”, que corresponde al segundo período ordinario y consecutivo de su trámite en el Congreso (C.P., art. 375, inc. 2).

2. Leyes que den facultades extraordinarias al Presidente de la República (C.P., art. 150, ord. 10).

3. Leyes orgánicas que establezcan:

a) Los reglamentos del Congreso y de cada una de las cámaras (C.P., art. 151);

b) Las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones (C.P., arts. 349, inc. 1º, y 350 inc. 1º);

c) Las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del plan general de desarrollo (C.P., art. 342, inc. 1º);

d) Las normas relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales y entre éstas y la Nación (C.P., art. 288);

e) La regulación correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo y su coordinación con el plan nacional de desarrollo (C.P., art. 352);

f) Las atribuciones, los órganos de administración, los recursos de las regiones y su participación en el manejo de los ingresos provenientes del Fondo Nacional de Regalías (C.P., art. 307, inc. 2º);

g) La definición de los principios para la adopción del estatuto especial de cada región (C.P., art. 307, inc. 2º);

h) El establecimiento de las condiciones, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial, para solicitar la conversión de la región en entidad territorial, y posterior referendo de los ciudadanos de los departamentos interesados (C.P., art. 307, inc. 1º);

i) El establecimiento de los requisitos para que el Congreso Nacional pueda decretar la formación de nuevos departamentos (C.P., art. 297);

j) La regulación sobre la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar (C.P., art. 352), y

k) El ordenamiento territorial (C.P., art. 297).

4. Leyes estatutarias en una sola legislatura. Su modificación o derogación se adelanta con la misma votación (C.P., art. 153).

5. Leyes que dispongan que el pueblo en votación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente con la competencia, el período y la composición que las mismas leyes determinen (C.P., art. 376, inc. 1º).

6. Leyes que sometan a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a las leyes (C.P., art. 378, inc. 1º).

7. Leyes que decreten la expropiación y, por razones de equidad, determinen los casos en que no hay lugar al pago de indemnización (C.P., art. 58).

8. Leyes que reservan al Estado determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, por razones de soberanía o de interés social. En tal evento se deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dichas leyes, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita (C.P., art. 365, inc. 2º).

9. Leyes que limiten el ejercicio de los derechos de circulación y residencia, establezcan controles a la densidad de la población, regulen el uso del suelo y sometan a condiciones especiales la enajenación de bienes inmuebles con el fin de proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el ambiente y los recursos naturales del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (C.P., art. 310, inc. 2º).

10. La reconsideración, por las cámaras en segundo debate, de un proyecto de ley objetado total o parcialmente por el Gobierno por razones de inconveniencia (C.P., art. 167, inc. 2º).

11. La moción de censura respecto de los ministros por asuntos relacionados con funciones propias del cargo (C.P., art. 135, ord. 9º).

3. **Mayoría calificada.** Las decisiones se toman por los dos tercios de los votos de los asistentes o de los miembros. De acuerdo con el artículo 120 de la L. 5/92, esta mayoría se requiere para la aprobación de:

— **Con dos tercios de los miembros:**

1. Leyes que reformen o deroguen los derechos legislativos dictados por el Gobierno durante el estado de guerra (C.P., art. 212, inc. 4º).

2. Leyes que conceden amnistías o indultos generales por delitos políticos (C.P., art. 150, ord. 17).

— **Con dos tercios de los asistentes:**

Se requiere en la sentencia definitiva pronunciada en sesión pública por el Senado, al acometer la instrucción de los procesos en las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra el Presidente de la República o quien haga sus veces, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos (C.P., art. 175).

4. **Mayoría especial.** Representada por las tres cuartas partes de los votos de los miembros o integrantes. Es exigida para la aprobación o autorización de viajes al exterior, por parte del Congreso o de cada una de sus cámaras, con dinero del erario (L. 5/92, art. 121).

### **Unidad de materia en proyectos de ley**

**La reforma constitucional de 1968 a la Carta de 1886**, como una de sus novedades, hizo obligatorio que todo proyecto de ley debería referirse a la misma materia y que serían inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionaran con ella.

En la actualidad, el artículo 158 de la Carta de 1991 establece que todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y que serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella. El presidente de la respectiva comisión rechazará las iniciativas que no se avengan con este precepto, pero sus decisiones serán apelables ante la misma comisión. La ley que sea objeto de reforma parcial deberá publicarse en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas.

### **Las comisiones constitucionales permanentes del Congreso de la república**

#### **Evolución**

Desde la **Constitución de 1821** se establecieron las comisiones permanentes para el estudio de los proyectos de ley. Con la **reforma de 1945** a la Carta de 1886 tales

comisiones se institucionalizaron. Cada comisión tendría el número de miembros fijados por la ley y la duración del cargo en las comisiones era por un año.

En la **reforma constitucional de 1968** se mantuvieron las comisiones constitucionales permanentes, pero el periodo de un año se amplió a dos. Se dejó a la ley la determinación del número de comisiones como había sucedido en 1945, el señalamiento de sus miembros y de las materias que les correspondería. Se autorizó al Senado y la Cámara de Representantes para disponer que cualquiera de las comisiones permanentes sesionara durante el período de receso, para debatir asuntos pendientes en la legislatura anterior.

Se creó también en 1968 la Comisión Especial Permanente de Desarrollo y se indicó su funcionamiento, pero no se pudo integrar.

A las minorías se les garantizó la representación en las mesas directivas de las cámaras; también nuevo en la Carta fundamental.

### **Situación de las comisiones con la Carta de 1991**

#### *De las comisiones en general*

La Ley 3ª/92, en su artículo 1º establece que en cada una de las cámaras durante el período constitucional funcionarán las siguientes comisiones:

1. Comisiones constitucionales permanentes.
2. Comisiones legales.
3. Comisiones accidentales.
4. Otras comisiones.

El artículo 142 de la Carta dispone que: *“Cada Cámara elegirá, para el respectivo período constitucional, comisiones permanentes que tramitarán en primer debate los proyectos de acto legislativo o de ley.*

*La ley determinará el número de comisiones permanentes y el de sus miembros, así como las materias de las que cada una deberá ocuparse.*

*Cuando sesionen conjuntamente las comisiones constitucionales permanentes, el quórum decisorio será el que se requiera para cada una de las comisiones individualmente consideradas”.*

El artículo 2º de la Ley 3 de 1992, modificado por el artículo 1 de la Ley 754 de 2002 establece que tanto en el Senado como en la Cámara de Representantes funcionarán Comisiones Constitucionales Permanentes, encargadas de dar primer debate a los proyectos de acto legislativo o de ley referente a los asuntos de su competencia. Tales Comisiones son siete en cada una de las Cámaras y tienen las siguientes competencias y composición:

<b>Comisión</b>	<b>Competencias</b>	<b>Composición</b>
Primera	<b>Reforma constitucional; leyes estatutarias;</b> organización territorial; reglamentos de los organismos de control; normas generales sobre contratación administrativa; notariado y registro; estructura y organización de la administración nacional central; de los derechos, las garantías y los deberes; rama legislativa;	Senadores: 19
		Representantes: 35



	estrategias y políticas para la paz; propiedad intelectual; variación de la residencia de los altos poderes nacionales; asuntos étnicos.	
Segunda	<b>Política internacional; defensa nacional y fuerza pública;</b> tratados públicos; carrera diplomática y consular; comercio exterior e integración económica; política portuaria; relaciones parlamentarias, internacionales y supranacionales, asuntos diplomáticos no reservados constitucionalmente al Gobierno; fronteras; nacionalidad; extranjeros; migración; honores y monumentos públicos; servicio militar; zonas francas y de libre comercio; contratación internacional.	Senadores:13
		Representantes:19
Tercera	<b>Hacienda y crédito público;</b> impuesto y contribuciones; exenciones tributarias; régimen monetario; leyes sobre el Banco de la República; sistema de banca central; leyes sobre monopolios; autorización de empréstitos; mercado de valores; regulación económica; Planeación Nacional; régimen de cambios, actividad financiera, bursátil, aseguradora y de captación de ahorro.	Senadores:15
		Representantes:29
Cuarta	<b>Leyes orgánicas de presupuesto; sistema de control fiscal financiero;</b> enajenación y destinación de bienes nacionales; regulación del régimen de propiedad industrial, patentes y marcas; creación, supresión, reforma u organización de establecimientos públicos nacionales; control de calidad y precios y contratación administrativa.	Senadores: 15
		Representantes:27
Quinta	<b>Régimen agropecuario; ecología; medio ambiente y recursos naturales;</b> adjudicación y recuperación de tierras; recursos ictiológicos y asuntos del mar; minas y energía; corporaciones autónomas regionales.	Senadores: 13
		Representantes: 19
Sexta	<b>Comunicaciones;</b> tarifas; calamidades públicas; funciones públicas y <b>prestación de los servicios públicos;</b> medios de comunicación; investigación científica y tecnológica; espectros electromagnéticos; órbita geoestacionaria; sistemas digitales de comunicación e informática; espacio aéreo; obras públicas y transporte; turismo y desarrollo turístico; educación y cultura.	Senadores:13
		Representantes:18
Séptima	<b>Estatuto del servidor público y trabajador particular;</b> régimen salarial y prestacional del servidor público; organizaciones sindicales; sociedades de auxilio mutuo; seguridad social; cajas de previsión social; fondos de prestaciones; carrera administrativa; servicio civil; recreación; deportes; salud, organizaciones comunitarias; vivienda; economía solidaria; asuntos de la mujer y de la familia.	Senadores:14
		Representantes:19

## Prioridades en el proceso legislativo

### a) Trámite de urgencia de proyectos de ley

Con la **reforma de 1945** a la Carta de 1886 se instituyó el mecanismo de la “urgencia de los proyectos de ley” planteada por el Presidente de la República; antes existía la institución de la urgencia, pero propuesta por una cámara a la otra. La **reforma constitucional de 1968** mantuvo la figura y agregó que si el proyecto estaba al estudio de una comisión permanente, ésta a solicitud del Gobierno, deliberaría conjuntamente con la correspondiente de la otra cámara para dar primer debate al proyecto.

Actualmente la situación es reglamentada así:

ART. 163.—El Presidente de la República podrá solicitar trámite de urgencia para cualquier proyecto de ley. En tal caso, la respectiva cámara deberá decidir sobre el mismo dentro del plazo de treinta días. Aun dentro de este lapso, la manifestación de urgencia

puede repetirse en todas las etapas constitucionales del proyecto. Si el Presidente insistiere en la urgencia, el proyecto tendrá prelación en el orden del día excluyendo la consideración de cualquier otro asunto, hasta tanto la respectiva cámara o comisión decida sobre él.

Si el proyecto de ley a que se refiere el mensaje de urgencia se encuentra al estudio de una comisión permanente, ésta, a solicitud del Gobierno, deliberará conjuntamente con la correspondiente de la otra cámara para darle primer debate.

### **b) Prioridad del trámite sobre tratados de derechos humanos**

El Congreso dará prioridad al trámite de los proyectos de ley aprobatorios de los tratados sobre derechos humanos que sean sometidos a su consideración por el Gobierno (art.164).

## **Las objeciones del Gobierno a los proyectos de ley**

### **-Definición de objeción presidencial**

De acuerdo con la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, "La misma norma define esta institución como el derecho que le asiste al primer mandatario para solicitarle al Congreso que analice de nuevo un proyecto ya aprobado, porque estima que es inconveniente para la sociedad o que viola la Carta Suprema, debiendo por supuesto, sustentar su solicitud, para lo cual dispone de unos términos definidos en la misma norma superior, que se encarga también de prever expresamente la consecuencia del vencimiento de tales términos sin que se expresen las objeciones, cual es la de convertir el proyecto en ley.

Es claro que se busca propiciar nuevos estudios, debate y aprobación de la decisión adoptada en un primer momento por el legislador. Se entiende que es preferible que el proyecto sea devuelto al Congreso en vez de ponerlo en vigencia con las consecuencias que el jefe del Estado estima razonadamente como negativas para los asociados o contrarias a la Constitución. Este diálogo entre el Congreso y el Presidente de la República es el que subyace en el derecho de objetar y debe privilegiarse cuando se analizan las reglas que regulan su ejercicio"<sup>546</sup>.

### **- Aplicaciones de la figura en Francia y Estados Unidos**

Diversas constituciones consagran sistemas destinados a establecer la constitucionalidad de un acto capaz de convertirse en Ley, antes que adquiera fuerza obligatoria. En Francia, la Constitución de la quinta república dispone que los proyectos de leyes " orgánicas " y los reglamentos de las Asambleas Parlamentarias sean enviados al Consejo Constitucional antes de su promulgación, para efectos de control constitucional, y mientras el Consejo no se pronuncie, el proyecto o reglamento no puede ser promulgado. También en Francia, a través de un mecanismo muy similar al de nuestras "objeciones presidenciales", se establece que antes de que una ley cualquiera sea sancionada, el Presidente, el Primer Ministro, y los Presidentes de las Asambleas pueden pedir que vaya al Consejo Constitucional, y mientras éste decide el estatuto no procede promulgación"<sup>547</sup>.

En los Estados Unidos existe, como en Colombia, la posibilidad de la objeción presidencial de las leyes. Y aunque hoy es generalmente aceptado que las objeciones

<sup>546</sup> C.E., S. de Consulta. Conc.1841, sep. 17/2007. M.P. (E). Enrique José Arboleda Perdomo.

<sup>547</sup> Cfr. PALACIOS MEJÍA, Hugo. Introducción a la teoría del Estado. Temis, Bogotá, 1965. p. 59.

proceden tanto por motivos de inconstitucionalidad como de inconveniencia, el asunto fue objeto de acerba controversia en 1832 durante el Gobierno del Presidente Jackson. Los opositores del Presidente afirmaban que el poder de objetar se refería sólo a razones de constitucionalidad, mientras aquél sostenía que la objeción podía surgir de cualesquiera motivos

## **b. Las objeciones presidenciales en Colombia**

### **Antecedentes**

Esta figura consiste en la facultad que tiene el Presidente de objetar los proyectos de ley no sólo por razones de inconveniencia, sino también por motivos de inconstitucionalidad. La institución de las objeciones presidenciales es, pues, el más antiguo de los medios de control previo sobre la constitucionalidad de las leyes que consagra la Carta.

Ya la **Constitución de Cúcuta 1821** establecía esta posibilidad, en lo cual sería imitada por las constituciones posteriores. A raíz del debate que precedió la expedición de la Carta de 1853, Florentino González hizo críticas serias al sistema de objeciones presidenciales que, en su opinión, confería al Presidente fuerza indebida sobre la rama legislativa. Sin embargo, aparentemente fue la Constitución de ese año la primera que admitió en forma explícita la posibilidad de objetar un proyecto de ley tanto por motivos de inconveniencia como de inconstitucionalidad. En el sentir de Hugo Palacios, no sería extraño que los constituyentes de 1853 hubiesen conocido el debate que tuvo lugar en los Estados Unidos acerca del contenido de las objeciones presidenciales.

En la **Constitución de 1886** el presidente tenía un plazo de seis días para presentar las objeciones; el procedimiento para el estudio de las objeciones era el mismo que el de la Constitución del 63. Esta Carta distinguió de nuevo, en forma explícita, entre objeciones por inconveniencia y por inconstitucionalidad. Pero, además, hizo de la Corte Suprema de Justicia, la última autoridad en materia de objeciones fundadas en razones constitucionales. Este sistema fue uno de los avances más interesantes de nuestro derecho público en ese periodo, y fue una transacción entre quienes querían un control de constitucionalidad amplio, como el que sería consagrado en la reforma de 1910 (incluida la excepción de inconstitucionalidad), y quienes eran partidarios de un control de ámbito más reducido, similar al de los Estados Unidos.

### **Clases y trámite actual de las objeciones presidenciales**

Las objeciones del presidente pueden ser de dos tipos; objeciones por *inconveniencia* u objeciones por *inconstitucionalidad* de las leyes.

El artículo 166 fija los términos para el ejercicio de esta facultad, así: el Gobierno dispone del término de seis días para devolver con objeciones cualquier proyecto cuando no conste de más de veinte artículos; de diez días, cuando el proyecto contenga de veintiuno a cincuenta artículos; y hasta de veinte días cuando los artículos sean más de cincuenta.

Si transcurridos los indicados términos, el Gobierno no hubiere devuelto el proyecto con objeciones, el Presidente deberá sancionarlo y promulgarlo.

Si las cámaras entran en receso dentro de dichos términos, el Presidente tendrá el deber de publicar el proyecto sancionado u objetado dentro de aquellos plazos.

Las objeciones deben ser motivadas. El Presidente tiene el deber de expresar las razones por las cuales estima inconstitucional el texto objetado. En efecto, si el constituyente

dispuso que las objeciones por inconveniencia fueran resueltas sólo por el Congreso, y que, en cambio, al desatar las objeciones de inconstitucionalidad interviniera la Corte, fue con el propósito de alejar a la Corte del análisis de cuestiones de orientación política y confirmarla en su carácter de supremo guardián de la Constitución.

Un proyecto de ley puede ser objetado total o parcialmente por el Gobierno y volverá a las cámaras a segundo debate. El Presidente sancionará sin poder presentar objeciones el proyecto que, reconsiderado, fuere aprobado por la mitad más uno de los miembros de una y otra cámara (*art. 162*).

De acuerdo con la Corte Constitucional, “una interpretación extensiva del artículo 162 de la Constitución permite afirmar que el Congreso tiene máximo dos legislaturas para hacer una ley, y máximo dos legislaturas adicionales para pronunciarse sobre las objeciones que formule el Gobierno Nacional”<sup>548</sup>.

Situación especial se presenta para el caso en que el proyecto fuere objetado por ***inconstitucional***. En tal evento, si las cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Constitucional para que ella, dentro de los seis días siguientes decida sobre su exequibilidad. El fallo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si lo declara inexecutable, se archivará el proyecto. Si la Corte considera que el proyecto es parcialmente inexecutable, así lo indicará a la cámara en que tuvo su origen para que, oído el ministro del ramo, rehaga e integre las disposiciones afectadas en términos concordantes con el dictamen de la Corte. Una vez cumplido este trámite, remitirá a la Corte el proyecto para fallo definitivo (*art. 157*). Debe recordarse que previo el fallo la Corte solicita concepto del Ministerio Público.

### **La sanción de las leyes**

*La sanción es un acto por el cual el Presidente de la República, como jefe de Gobierno refrenda un proyecto de ley aprobado por ambas cámaras. A la sanción debe seguir la promulgación de la ley salvo el caso de leyes aprobatorias de tratados.*

### **Evolución**

*Desde la Constitución de 1821, la sanción del Presidente era indispensable para que las leyes tuvieran fuerza. En la Carta de 1886, como nueva disposición se estableció que si el Gobierno no cumpliera con el deber de sancionar un proyecto de ley, lo podía sancionar el Presidente del Congreso.*

### **Situación actual con la Carta de 1991**

Dispone la Carta en su artículo 165 que aprobado un proyecto de ley por ambas cámaras, pasará al Gobierno para su sanción. Si este no lo objetare, dispondrá que se promulgue como ley.

### **¿En qué fecha empieza a regir una ley?**

La Corte Constitucional analiza en su jurisprudencia dos problemas jurídicos en torno a la entrada en vigencia de una ley:

1. ¿De las facultades atribuidas al Presidente de la República para sancionar, promulgar y objetar las leyes, puede deducirse válidamente la potestad de este funcionario para determinar la fecha que estas entran a regir?, y

---

<sup>548</sup> C. Const., Sent. C-68, feb 3/2004. M.P. Jaime Araújo Rentería.

2. ¿De conformidad con la Constitución, a qué autoridad corresponde señalar la vigencia de las leyes?

De acuerdo con la Corte: “La *sanción* del proyecto de ley es el acto mediante el cual el Gobierno lo aprueba, y da fe de su existencia y autenticidad. Este acto constituye un requisito esencial que pone fin al proceso formativo de la ley, tal como lo prescribe el artículo 157, numeral 4º de la Constitución (...). El artículo 189, numeral 10 de la Constitución, consagra como función del Presidente de la República la de *promulgar* las leyes. Así mismo, el artículo 165-b, prevé que una vez aprobado el proyecto de ley por el Congreso, este pasará al Gobierno para su *sanción* y *promulgación*.”

El artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal (L. 4ª/13) define la promulgación así: “La promulgación consiste en insertar la ley en el periódico oficial, y se entiende consumada, en la fecha del número en que termine la inserción” (...). La promulgación de la ley es requisito indispensable para su obligatoriedad, pues es principio general de derecho que nadie puede ser obligado a cumplir las normas que no conoce (principio de la publicidad). Dicha función le corresponde ejecutarla al Gobierno, después de efectuada la sanción. Tal regla es complemento de la que prescribe que la ignorancia de la ley no excusa su incumplimiento, puesto que sólo con la publicación oficial de las normas se justifica la ficción de que éstas han sido conocidas por los asociados, para luego exigir su cumplimiento.

Si la promulgación se relaciona exclusivamente con la publicación o divulgación del contenido de la ley, tal como fue aprobada por el Congreso de la República, no es posible deducir de allí facultad alguna que le permita al Presidente determinar al momento a partir del cual ésta debe empezar a regir. (...)<sup>549</sup>.

Como segundo problema jurídico la Corte se había planteado, establecer la autoridad competente para decidir el momento en el que la ley debe entrar a regir, se tiene que la Constitución no señala expresamente a quién corresponde esta función.

“La solución del problema lleva necesariamente a la conclusión de que esa tarea le corresponde ejercerla al legislador, por ser este quien cuenta con la potestad exclusiva de “hacer las leyes”, según lo ordena el artículo 150 del ordenamiento superior. La función legislativa de “hacer las leyes” incluye de manera concreta dos prerrogativas: por un lado, implica determinar el contenido de la ley, y, por el otro, legislar sobre cualquier tema que parezca relevante dentro de lo jurídico. Esta segunda función constituiría lo que se ha llamado la “cláusula general de competencia legislativa.”

Ahora bien: si el legislador es el llamado a decidir el contenido de la ley, resulta obvio que dentro de la valoración política que debe hacer sobre la conveniencia del específico control que ella propone, se incluya la relativa al señalamiento del momento a partir del cual dicha normatividad empieza a surtir efectos, pues sólo a él compete valorar la realidad social, política, económica, etc., para poder determinar la fecha en que han de entrar a regir las disposiciones que expide.

Aclarado que es el mismo legislador a quien le corresponde decidir el momento en el que la ley ha de surtir efectos, conviene agregar que dicha atribución puede ejercerla a través de uno de los siguientes mecanismos: 1) incluyendo en el mismo cuerpo de la ley un artículo en el que señale expresamente la fecha a partir de la cual ésta comienza a regir;

---

<sup>549</sup> C. Const., Sent. C-84, feb. 29/96. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

o 2) expidiendo una ley especial en la que regule en forma genérica este asunto, la que tendría operancia únicamente en los casos en que el mismo legislador no hubiera señalado en el texto de la ley respectiva la fecha de vigencia (...).

La potestad con que cuenta el legislador para determinar la fecha de entrada en vigencia de la ley, se encuentra limitada únicamente por los requerimientos del principio de publicidad, al que se hizo alusión en párrafos anteriores, cuya finalidad es evitar las denominadas leyes “privadas” o “secretas”, muy comunes en Colombia en alguna época. El deber de señalar la vigencia de la ley después de su publicación, es un mandato que obliga tanto al Congreso como al Presidente de la República, cuando ha sido facultado por el legislador para cumplir esta tarea.

Finalmente, debe la Corte aclarar (...) que no es posible sostener válidamente que la ley “necesariamente” empieza a regir “inmediatamente” después de su promulgación, punto en el cual el actor incurre en confusión, debido tal vez a que los dos fenómenos, en muchas ocasiones, pueden coincidir. La promulgación, como ya se expresó, consiste en la publicación oficial de la ley; la entrada en vigencia es la indicación del momento a partir del cual ésta se vuelve obligatoria para los asociados, esto es, sus disposiciones surten efectos. Por tanto, bien puede suceder que una ley se promulgue y sólo produzca efectos meses después; o también es de frecuente ocurrencia que el legislador disponga la vigencia de la ley “a partir de su promulgación”, en cuyo caso una vez cumplida ésta, las disposiciones respectivas comienzan a regir, es decir, a ser obligatorias.

De lo hasta aquí expuesto, se derivan dos conclusiones: primero, que la competencia para fijar la entrada en vigencia de la ley no ha sido asignada al Gobierno y no puede colegirse de las funciones que se le atribuyen para objetar, sancionar y promulgar la ley; y segundo, que la entrada en vigencia de las normas se produce únicamente como resultado de una decisión tomada discrecionalmente por quien tiene la competencia para hacerlas, esto es, el mismo legislador<sup>550</sup>.

### **Aplicación y ejecución de las leyes**

Todos estamos obligados a respetar la Constitución y las leyes, pero el Ejecutivo y la administración de justicia, además del Ministerio Público tienen tareas especiales en esta materia.

### **Vigencia y Derogatoria de las leyes**

Se considera que una ley está vigente cuando está en vigor y observancia. Tal situación puede ser afectada por la derogatoria o por la declaratoria de inexecuibilidad de las leyes.

La *derogatoria* consiste literalmente en dejar sin efecto o suprimir parcial o totalmente una ley. También se emplea el término abrogación de la ley cuando se afecta esta en su totalidad. En la derogatoria que puede ser explícita o tácita se deja sin efecto en todo o en parte una norma jurídica precedente. Tal abolición es decretada o producida por otra norma de igual o superior jerarquía.

Corresponde al Congreso derogar las leyes pero estas también pueden ser derogadas por decretos con fuerza de ley o mediante un referendo derogatorio. Mediante este mecanismo de participación popular se decide si se mantiene o se deroga una ley (*art.*

---

<sup>550</sup> C. Const., Sent. C-84, feb. 29/96. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

170).

En efecto, un número de ciudadanos equivalente a la décima parte del censo electoral podrá solicitar ante la organización electoral la convocación de un referendo para la derogatoria de una ley.

La ley quedará derogada si así lo determina la mitad más uno de los votantes que concurran al acto de consulta, siempre y cuando participe en este una cuarta parte de los ciudadanos que componen el censo electoral. (*art. 170*).

Este referendo no procede contra leyes aprobatorias de tratados, ni contra leyes presupuestarias, fiscales o tributarias.

La *inexequibilidad* es otra forma de terminar con la vigencia de las leyes y consiste en la declaración de la Corte Constitucional producida mediante acción de inconstitucionalidad en el sentido de que una norma no puede seguir siendo aplicada, ejecutada ni cumplida, por ser contraria a la Constitución. Corresponde al Consejo de Estado, por su parte, conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad contra los decretos del Gobierno cuyo conocimiento no esté atribuido a la Corte Constitucional.

#### **4.5.5.3.2.2 SUJETOS, INSTITUCIONES Y ÓRGANOS VINCULADOS CON EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA**

##### **4.5.5.3.2.2.1 El Congreso de la República**

A continuación presentamos una síntesis sobre el tema, extraído de la interesante obra del tratadista Cesar Castro Perdomo, "El Congreso en Colombia". Estos apartes incluyen los aspectos organizativos de nuestro órgano legislativo<sup>551</sup>.

El Congreso de Colombia tiene su antecedente en el Congreso de las Provincias Unidas de 1811 y en el Acta de la Federación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada. El proyecto de su competencia y organización data del Congreso de Angostura de 1819, cuyos principales ideólogos fueron el Libertador Simón Bolívar y Francisco Antonio Zea.

Formalmente, el Congreso de Colombia fue creado bajo el sistema republicano el 6 de octubre de 1821 por la constituyente de la Convención de Cúcuta. Desde esa convención se estableció el sistema bicameral; las dos cámaras, por aquel entonces se denominaban Cámara del Senado y Cámara de Representantes.

#### **Evolución de las atribuciones del Congreso**

**En la Carta de 1821.-** El Congreso podía legislar sobre gasto público, bienes nacionales, impuestos, derechos o contribuciones; deuda pública, peso y moneda, tasas y medidas; justicia; creación y supresión de empleos públicos, sus asignaciones y organizaciones; reglas para la naturalización; premios y recompensas personales, honores públicos.

Fomentar la educación pública, el progreso de las ciencias, las artes y los establecimientos útiles; conceder derechos exclusivos para su estímulo y fomento;

El Congreso tenía competencia para darle atribuciones a las ramas ejecutiva y judicial y

---

<sup>551</sup> CASTRO PERDOMO César. El Congreso en Colombia. Senado de la República. Bogotá, Imprenta nacional. 1988, T. II, p. 176.

para dictar normas sobre el funcionamiento a los tres poderes.

Elegir la ciudad de residencia del Gobierno y variarla; fijar los límites de los departamentos de las provincias y hacer otras divisiones territoriales;

No existían propiamente los suplentes de los congresistas. Cuando faltaba algún Senador o representante por muerte, renuncia, destitución u otra causa, se llenaban las vacantes por el Congreso, escogiendo uno entre los tres que en los registros de las Asambleas Electorales siguieran con mayor número de votos.

**En la Carta de 1830.-** A las atribuciones ya dadas por la Carta del 21 se le agregaron las de establecer mediante leyes un banco nacional, fomentar las universidades y colegios nacionales, la formación de códigos nacionales y dictar las leyes para la organización de los diferentes ramos de la Administración.

**En la Carta de 1832.-** Sus atribuciones fueron en general las mismas de 1821 y 1830. Se estableció que esta corporación no podía delegar ni a sus miembros ni a ningún otro poder, funcionario o persona, ninguna de sus atribuciones constitucionales.

Bajo esta Constitución correspondía a las Cámaras de Provincia perfeccionar las elecciones para Senadores y representantes, de los que no hubiesen obtenido la mayoría absoluta e las asambleas departamentales.

**En la Carta de 1843.-** Se mantuvieron para el Congreso las atribuciones que venían de las constituciones anteriores y como nuevas pueden considerarse las siguientes: la de apropiar las partida de gastos para el año siguiente, dictar leyes en todos los ramos y negocios que sean materia de ley e interpretar reformar y derogar cualesquiera leyes o actos legislativos

El Congreso se reservó la competencia en materia electoral.

El Congreso era instalado por el Presidente de la República, quien debía presentar un informe suscrito por todos los Secretarios de Estado.

El Congreso podía conceder permiso a ciudadanos extranjeros para ingresar al ejército.

El Congreso mantuvo su competencia para darle atribuciones a las ramas ejecutiva y judicial y para dictar normas sobre el funcionamiento a los tres poderes, lo mismo que para reglamentar los derechos y garantías sociales y reformar la Constitución

**En la Carta de 1853.-** Se instituyó por primera vez el voto directo de los ciudadanos granadinos para elegir Presidente de la República y Vicepresidente, magistrados de la Suprema Corte de Justicia y Procurador General de la Nación, gobernadores de provincia, Senadores y representantes y se dejó a la ley su organización.

La Constitución de 1853 de la República de la Nueva Granada le dio al Congreso las siguientes atribuciones: conservación del orden, derecho de resolver sobre la paz y la guerra, facultad de organizar el ejército, organización de la hacienda nacional; decretar contribuciones, efectuar gastos públicos; dictar normas sobre el arreglo y amortización de la deuda nacional, el comercio exterior, puertos de importación exportación, legislación civil y penal, demarcación territorial, Relaciones Exteriores y celebración de tratados y



convenios, reforma de la Constitución, censo de la población, organización del sistema electoral, baldíos, inmigración y naturalización de extranjeros, privilegios para objeto de utilidad común, fomento de la instrucción pública.

El Congreso debía votar anualmente los gastos públicos nacionales sobre los presupuestos presentados por el poder ejecutivo, examinaba y aprobaba el presupuesto de rentas y del tesoro, fijaba la fuerza militar, aprobaba los ascensos militares y concedía amnistía e indulto.

**En la Constitución de la Confederación Granadina de 1858.-** Se le conservaron al Congreso las atribuciones que ya le habían sido otorgadas y como nuevas incluyó la de conceder privilegios para la navegación por vapor, construcción de caminos de hierro, hacer escrutinio de elecciones de los funcionarios generales de la Confederación.

El Congreso tenía competencia para elegir tres Designados a la Presidencia de la república.

El Senado tenía competencia para decidir en definitiva sobre la validez de los actos de las legislaturas de los Estados, pues primero tenían instancia ante la Corte Suprema de Justicia.

El Senado debía dar consentimiento para que el Presidente pudiera nombrar los generales y coroneles del ejército y marina.

Se le prohibió al Congreso gravar los bienes y rentas de los establecimientos públicos de educación, beneficencia y caridad, con contribuciones directas por la Confederación y por los Estados.

El Congreso, además tenía facultades para determinar los límites del distrito adonde fuera trasladada la sede del Gobierno, distinto al de la capital de la república.

**En la Carta de 1863.-** Se acentuó el principio de que el Senado de Plenipotenciarios representaba los Estados como entidades políticas y la Cámara de Representantes al pueblo colombiano.

Fueron conservadas las atribuciones especiales del Congreso que ya venían de otras constituciones y como nuevas en ese entonces se le dio la competencia de aprobar la ley de apropiaciones; pedirle al Presidente cuenta de todas sus operaciones; designado de entre los generales de la república hasta ocho disponibles y de ellos nombraría el poder ejecutivo al general en jefe del ejército, pudiendo remover la Cámara de Representantes cuando lo que hace conveniente.

Por su parte, la Cámara de Representantes se le dio la siguiente competencia: examinar y fenecer la cuenta del Tesoro Nacional, se le mantuvo la de acusar ante el Senado al Presidente, a los Secretarios de Estado, y otros altos funcionarios también la facultad de elegir al Procurador General de la Nación.

El Congreso mantuvo su competencia para darle atribuciones al poder judicial, y al ejecutivo, y normas de funcionamiento a los tres poderes, y reglamentar los derechos individuales y garantías sociales.

**En la Carta de 1886.-** Se clasificaron mejor varios principios, tales como que los individuos de una y otra cámara representaban a la Nación entera y deberían votar consultando únicamente la justicia y el bien común.

En el artículo 76 de la Constitución de 1886 se mantuvieron en general las atribuciones que habían sido otorgadas por las otras constituciones, pero se incluyó además la facultad de revestir *pro tempore*, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exigiera o las conveniencias públicas lo aconsejaran. También tenía competencia el Congreso para votar anualmente el presupuesto general de rentas y gastos, decretar impuestos extraordinarios, aprobar o improbar los contratos del Gobierno con particulares cuando no hubieren sido previamente autorizados.

Se dictaron normas sobre prohibiciones al Congreso y a cada una de sus cámaras consistente en que estas no podían dirigir citaciones a funcionarios públicos ni inmiscuirse en asuntos privativos de otros poderes, dar votos de aplauso o censura sobre actos oficiales, exigir al Gobierno comunicación de las instrucciones dadas a diplomáticos o informe sobre negociaciones reservadas, decretar a favor de ninguna persona o entidad gratificaciones, indemnizaciones, pensiones ni otra erogación que no estuviera destinada a satisfacer créditos o derechos reconocidos por leyes preexistentes, ni a decretar actos de proscripción o persecución contra personas o corporaciones.

Como se recuerda en las constituciones anteriores, al Congreso se le había prohibido delegar sus atribuciones, es decir, concederle facultades extraordinarias al Gobierno. Sin embargo, en la Constitución de 1886 se crearon el estado de sitio y las facultades especiales y extraordinarias que se mantienen hoy día.

A la cámara se le quitó la competencia que tenía de elegir al Procurador General de la Nación, pues ese alto funcionario hasta 1945 era nombrado por el Presidente de la República. Se le dejó al Congreso la competencia para crear la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Se autorizó al Congreso para decretar expropiaciones pero con plena indemnización;

Se le prohibió al Congreso dictar la pena de confiscación; se garantizó la propiedad literaria y artística.

### **Las reformas a la Carta de 1886 y sus efectos sobre el Congreso**

En la reforma constitucional plebiscitaria en **1957** se decretó como regla general la mayoría de las dos terceras partes de las cámaras, aunque el Congreso, por medio de ley votada también por dos terceras partes de los miembros de una y otra cámara, podía señalar para periodos no mayores de dos años, las materias respecto de las cuales bastaría la simple mayoría absoluta.

Como se recuerda también se implantó el sistema de la paridad política en las cámaras legislativas y se eliminó el sueldo permanente que venía de la Constitución de 1936. El periodo del Congreso comenzaría el 20 de julio de 1958.

En la reforma constitucional de **1968** además de aspectos relacionados con la iniciativa, comisiones constitucionales, etc, se garantizó a las minorías la representación en las mesas directivas de las cámaras, también nuevo en la Carta fundamental. Se volvió al

sueldo permanente para los congresistas<sup>552</sup>.

## Situación actual del Congreso de la República

### Estructura y composición

El Congreso de la República estará integrado por el Senado y la Cámara de Representantes (*C.P., art. 114*).

### Composición del Senado

ART. 171.—El Senado de la República estará integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional.

Habrán un número adicional de dos Senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas.

Los ciudadanos colombianos que se encuentren o residan en el exterior podrán sufragar en las elecciones para Senado de la República.

La circunscripción especial para la elección de Senadores por las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cociente electoral.

Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República, deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministro de Gobierno.

### Atribuciones especiales del Senado

ART. 173.—Son atribuciones del Senado:

1. Admitir o no las renuncias que hagan de sus empleos el Presidente de la República o el Vicepresidente.
2. Aprobar o improbar los ascensos militares que confiera el Gobierno, desde oficiales generales y oficiales de insignia de la Fuerza Pública, hasta el más alto grado.
3. Conceder licencia al Presidente de la República para separarse temporalmente del cargo, no siendo caso de enfermedad, y decidir sobre las excusas del Vicepresidente para ejercer la Presidencia de la República.
4. Permitir el tránsito de tropas extranjeras por el territorio de la República.
5. Autorizar al Gobierno para declarar la guerra a otra Nación.
6. Elegir a los magistrados de la Corte Constitucional.
7. Elegir al Procurador General de la Nación.

### Composición de la Cámara de Representantes

ART. 176.—*Modificado. A.L. 2/2005, art. 1º. Modificado. A.L. 3/2005, art. 1º.* La Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales, circunscripciones especiales y una circunscripción internacional.

Habrán dos representantes por cada circunscripción territorial y uno más por cada 365.000 habitantes o fracción mayor de 182.500 que tengan en exceso sobre los primeros 365.000.

Para la elección de representantes a la Cámara, cada departamento y el Distrito Capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial.

La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas.

---

<sup>552</sup> Cfr. Esta síntesis se produce con base en la obra de Cesar Castro Perdomo. El Congreso en Colombia. T. II. Senado de la República. Imprenta nacional. 1988.

Mediante esta circunscripción se podrán elegir hasta cuatro representantes.

Para los colombianos residentes en el exterior existirá una circunscripción internacional mediante la cual se elegirá un representante a la Cámara. En ella solo se contabilizarán los votos depositados fuera del territorio nacional por ciudadanos residentes en el exterior.

PAR. 1º—A partir de 2014, la base para la asignación de las curules adicionales se ajustará en la misma proporción del crecimiento de la población nacional, de acuerdo con lo que determine el censo. Le corresponderá a la organización electoral ajustar la cifra para la asignación de curules.

PAR. 2º—Si como resultado de la aplicación de la fórmula contenida en el presente artículo, una circunscripción territorial pierde una o más curules, mantendrá las mismas que le correspondieron a 20 de julio de 2002.

### ***Atribuciones especiales de la Cámara de Representantes***

ART. 178.—La Cámara de Representantes tendrá las siguientes atribuciones especiales:

1. Elegir al Defensor del Pueblo.
2. Examinar y fenecer la cuenta general del presupuesto y del tesoro que le presente el Contralor General de la República.
3. Acusar ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales, al Presidente de la República o a quien haga sus veces, a los magistrados de la Corte Constitucional, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a los miembros del Consejo Superior de la Judicatura, a los magistrados del Consejo del Estado y al Fiscal General de la Nación.
4. Conocer de las denuncias y quejas que ante ella se presenten por el Fiscal General de la Nación o por los particulares contra los expresados funcionarios y, si prestan mérito, fundar en ellas acusación ante el Senado.
5. Requerir el auxilio de otras autoridades para el desarrollo de las investigaciones que le competen, y comisionar para la práctica de pruebas cuando lo considere conveniente.

### **El nuevo estatuto del congresista**

#### ***Elección y periodo***

Para ser elegido Senador se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y tener más de treinta años de edad en la fecha de la elección (*C.P., art. 172*). Para ser elegido representante se requiere ser ciudadano en ejercicio y tener más de veinticinco años de edad en la fecha de la elección (*C.P., art. 177*).

#### **Las inhabilidades e incompatibilidades del congresista**

Se entiende por inhabilidad la imposibilidad de recibir un cargo y por incompatibilidad la imposibilidad legal de acumular ciertas funciones públicas.

#### **Evolución**

En la **Carta de 1821** los Senadores y representantes representaban a la Nación entera y no a los departamentos o a las provincias que los elegían y por tanto no podían recibir de aquellas órdenes ni instrucciones. Había inhabilidades para ser Senador o representante para quienes regentaras altos cargo de la administración pública o de justicia. Podían ocupar otros cargos, pero en este caso se suspendía el ejercicio de sus funciones como parlamentarios.

En la **Carta de 1886**, en el artículo 108 se prohibió al presidente, vicepresidente, ministros y consejeros de Estado, magistrados de la suprema Corte y gobernadores, ser elegidos miembros del Congreso, si 6 meses antes estaban ocupando el respectivo cargo. Tampoco podía ser elegido quien durante 3 meses antes de las elecciones hubiese

ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar.

Igualmente se prohibió al presidente nombrar a Senadores y representantes en cargos públicos, con excepción de ministro, consejero de Estado, gobernador, agente diplomático y jefe militar en tiempo de guerra, lo cual ya había sido previsto en constituciones anteriores como la de 1863.

El **Acto Legislativo número dos de 1909** introdujo varias modificaciones a las incompatibilidades e inelegibilidades de los congresistas establecidas en la Carta de 1886. Con la reforma constitucional de 1936 Se estableció que no podían ser elegidos miembros del Congreso, quienes a tiempo de la elección o dentro de los seis meses anteriores a ella, hubieran estado interviniendo o hayan intervenido la gestión de negocios con el Gobierno, en su propio interés o en interés de terceros, distintos de las entidades o instituciones oficiales. La Ley determinaría la clase de negocios a que era aplicable tal disposición y la prueba especial para ello. Este fue un principio nuevo bastante moralizador.

Quizás una de las reformas más importantes del Congreso se llevó a cabo en 1945, bajo la presidencia de López Pumarejo; allí se ampliaron las inelegibilidades electorales de los Senadores y representantes, para unos casos hasta seis meses después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones y para otros de tres meses antes de la elección, cuando hubiesen ejercido jurisdicción o autoridad civil política o militar en cualquier lugar de la República. Se prohibió que los Senadores y representantes fueran elegidos por más de una circunscripción electoral y la infracción de esa prohibición viciaba de nulidad ambas elecciones y producía la vacante en la cámara para la cual hubiere sido primeramente elegido el Senador o el representante.

Con la **reforma constitucional de 1968** se ampliaron una vez más las inelegibilidades y las incompatibilidades de los parlamentarios.

#### ***La situación con la Carta de 1991***

ART. 179.—No podrán ser congresistas:

1. Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.
2. Quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección.
3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.
4. Quienes hayan perdido la investidura de congresista.
5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.
6. Quienes estén vinculados entre sí por matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha.
7. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.

8. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente.

Las inhabilidades previstas en los numerales 2º, 3º, 5º y 6º se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5º.

### ***Incompatibilidades de los congresistas***

**Concepto.** Las incompatibilidades son todos los actos que no pueden realizar o ejecutar los congresistas durante el período de ejercicio de la función (L.O. 5ª/92, art. 281).

La Carta establece en su artículo 180 que los congresistas no podrán:

1. Desempeñar cargo o empleo público o privado.
2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno. La ley establecerá las excepciones a esta disposición.
3. Ser miembro de juntas o consejos directivos de entidades oficiales descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos (*Modificado. A.L. 3/93, art. 2º, par. 2º*).
4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de este. Se exceptúa la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones.  
PAR. 1º—Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra universitaria.  
PAR. 2º—El funcionario que en contravención del presente artículo, nombre a un congresista para un empleo o cargo o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, incurrirá en causal de mala conducta.

### ***Impedimentos y recusaciones***

*Impedimento* es un término de amplio uso en derecho; en general quiere decir que existe un obstáculo que se opone a la manifestación de una voluntad imparcial, a la designación para un cargo público a la celebración de un contrato o incluso a la celebración de un matrimonio.

De acuerdo con Madrid Malo, un impedimento es “una circunstancia enunciada por la Constitución o por la ley que inhabilita para ejercer un derecho, desempeñar un cargo público, conocer de un asunto o celebrar un contrato. Podrá ser recusado el servidor público que en actuación de su función no manifieste el impedimento que lo afecta. La violación del régimen de impedimentos constituye falta disciplinaria que puede dar lugar a remoción o pérdida de investidura” (Madrid Malo 175).

La *recusación* es el medio que se ofrece a las personas para que ante una imparcialidad que ofrece motivadas dudas se separe a un funcionario del conocimiento de determinado asunto.

La Carta del 91 en su artículo 182 establece que “Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhabilitan para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones”.

### ***Causales para la pérdida de la investidura de congresista***

ART. 183.—Los congresistas perderán su investidura:

1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.
2. Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarios en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura.
3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.
4. Por indebida destinación de dineros públicos.
5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

PAR.—Las causales 2ª y 3ª no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor

La autoridad competente para aplicar esta sanción es el Consejo de Estado y tienen derecho a solicitarla tanto los ciudadanos como la mesa directiva de la cámara correspondiente. No podrá ser de nuevo congresista quien haya perdido la investidura (C.P., arts. 179-4, 237-5).

### ***Inmunitades***

*Inmunidad* es, en general una exención de obligaciones legales o de penas, concedida a determinadas personas, privadas o con cargos públicos (inmunidad diplomática, inmunidad parlamentaria). Se relaciona con el privilegio de fuero que se otorga para efectos del juzgamiento. Gozan de fuero, por ejemplo, el presidente, los congresistas o los integrantes de las fuerzas armadas<sup>553</sup>.

La *inmunidad parlamentaria* es una prerrogativa que ampara a los miembros del poder legislativo, en virtud del cual no pueden ser detenidos en tanto ejerzan su mandato, salvo que hayan sido sorprendidos in fraganti en la comisión de un delito.

En la **Carta de 1830** se clarificó que los congresistas no podían ser ejecutados civilmente, ni perseguidos, ni presos por causa criminal, sino después de que la Cámara los hubiese suspendido y entregado al Tribunal competente, a menos que hubiesen sido sorprendidos cometiendo el delito.

Por el acto legislativo número 3 de **1910** se reiteró la inmunidad civil y penal de los parlamentarios; aquella inmunidad también los cobijaba 40 días antes de las sesiones y 20 días después de estas, pero en flagrante delito podía ser detenido el delincuente y puesto inmediatamente disposición de la Cámara respectiva.

Con la reforma constitucional de **1936** se mantuvo la inmunidad penal únicamente; se eliminó la inmunidad civil.

La **Carta del 91** no establece textualmente la inmunidad pero establece en su artículo 186 que “de los delitos que cometan los congresistas, conocerá en forma privativa la Corte

---

<sup>553</sup> Cfr. DEL SANTO, Víctor. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas, sociales y de economía. Buenos Aires, ed. Universidad, 1996. p. 208.

Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención. En caso de flagrante delito deberán ser aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición de la misma corporación”.

### ***Inviolabilidad del congresista por opinión y voto***

ART. 185.—Los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo.

## **Reunión y funcionamiento del Congreso y sus dos Cámaras**

### **Reuniones del Congreso - Evolución**

<b>Constitución</b>	<b>Reunión del Congreso</b>	<b>Duración</b>	<b>Prórrogas</b>
1821	Una vez al año, el 2 de enero	Cada reunión ordinaria duraba 90 días	El mismo Congreso podía prorrogar sus sesiones por otros 30 días.
1830	Una vez al año el 2 de febrero	Sus sesiones duraban 90 días	Prorrogables por otros 30 días más, por el mismo Congreso
1832	Una vez al año el primero de marzo	Sus sesiones duraban 60 días	Prorrogables por 90 días más, en caso necesario
1843	Una vez al año el primero de marzo.	Sesiones ordinarias duraban 60 días.	Prorrogables por 90 días más
1853	El primero de febrero de cada año en la capital de la república  Podía convocarse a extraordinarias. No necesitaba en ningún caso la intervención del poder ejecutivo	Duraba reunido 60 días.	Prorrogables por 30 días más, a juicio del mismo,
1858	Una vez al año, el primero de febrero en la capital de la Confederación, aunque podía trasladarse otro lugar por graves motivos	Las sesiones duraban 60 días	
1863	Se reunía ordinariamente sin necesidad de convocatoria, cada año el primero de febrero en la capital de la Unión pero podía reunirse en otro lugar, por mutuo consentimiento.	Las sesiones duraban hasta 90 días.	
1886	Se reunirían ordinariamente por derecho propio cada dos años el 20 de julio, en la capital de la República	Sus sesiones durarían 120 días. El Presidente o un Ministro abría y cerraba las sesiones.	
A.L. 3/10	Se reunirían por derecho propio cada año el 20 de julio en la capital de la República	La duración de la sesiones era de 90 días	Prorrogables por 30 días más, si así lo disponían los dos tercios de los miembros del Congreso.
1936	Se previeron dos reuniones anuales del Congreso, a saber: el primero de febrero y el 20 de julio.	La primera reunión duraba 90 días y la segunda 120.	
1938	se eliminaron las dos reuniones anuales del Congreso y sólo se dejó una que comenzaría el 20 de julio	La duración de las sesiones era de 150 días.	
1968	se hicieron obligatorias cuatro sesiones públicas del Senado y la		



	Cámara de Representantes durante la semana		
--	--	--	--

### Situación actual

El artículo 85 de la Ley Orgánica 5 de 1992 dispone que las sesiones de las cámaras y sus comisiones son públicas, con las limitaciones establecidas en ella.

Reglamentariamente se dividen en ordinarias, extraordinarias, especiales, permanentes y reservadas.

— Son **sesiones ordinarias**, las que se efectúan por derecho propio durante los días comprendidos entre el 20 de julio y el 16 de diciembre y el 16 de marzo al 20 de junio, gozando las cámaras de la plenitud de atribuciones constitucionales;

— Son **sesiones extraordinarias**, las que son convocadas por el Presidente de la República, estando en receso constitucional el Congreso y para el ejercicio de atribuciones limitadas;

— Son **sesiones especiales**, las que por derecho propio convoca el Congreso, estando en receso, en virtud de los estados de excepción;

— Son **sesiones permanentes**, las que durante la última media hora de la sesión se decretan para continuar con el orden del día hasta finalizar el día, si fuere el caso; y

— Son **sesiones reservadas**, las contempladas en el artículo 86.

### Sesiones ordinarias

De acuerdo con el artículo 138 de la Carta de 1991, el Congreso, por derecho propio, se reunirá en **sesiones ordinarias**, durante dos períodos por año, que constituirán *una sola legislatura*. El primer período de sesiones comenzará el 20 de julio y terminará el 16 de diciembre; el segundo el 16 de marzo y concluirá el 20 de junio. Si por cualquier causa no pudiere reunirse en las fechas indicadas, lo hará tan pronto como fuere posible, dentro de los períodos respectivos (*C.P., art. 138*).

### Sesiones extraordinarias

Normalmente el Congreso se reúne en sesiones ordinarias, en relación con las extraordinarias se ha tenido la siguiente evolución:

Con la **Carta de 1843** podía reunirse en sesiones extraordinarias. No necesitaba en ningún caso la intervención del poder ejecutivo.

Bajo la **Constitución de 1853** se estableció que el Congreso también podía ser convocado a sesiones extraordinarias por el Presidente de la República, de acuerdo con el Consejo de Gobierno y el Procurador General de la Nación.

Con la **Carta de 1858** hubo facultad del Congreso para convocarse extraordinariamente a sesiones y también podía convocarlo el poder ejecutivo.

Bajo la vigencia de la **Carta de 1863** se podía reunir extraordinariamente por acuerdo de ambas Cámaras, o por convocatoria del poder ejecutivo.

Con la **Carta de 1886**, el Congreso sólo podía reunirse extraordinariamente por

convocatoria del Gobierno y en sesiones extraordinarias sólo podía y debía ocuparse de los negocios que el Presidente sometía su consideración.

La **Carta de 1991** estipula que también se reunirá el Congreso en sesiones extraordinarias, por convocatoria del Gobierno y durante el tiempo que éste señale. En el curso de ellas sólo podrá ocuparse en los asuntos que el Gobierno someta a su consideración, sin perjuicio de la función de control político que le es propia, la cual podrá ejercer en todo tiempo. (*C.P. art. 138*).

#### ***Sede del Congreso***

La **Carta de 1886** establecía como sede del Congreso a Bogotá, pero podía trasladarse a otro lugar por mutuo acuerdo en caso de perturbación del orden público en el sitio que designara el Presidente del Senado.

La **Carta del 91** establece que el Congreso tiene su sede en la capital de la República. Las cámaras podrán por acuerdo entre ellas trasladar su sede a otro lugar y, en caso de perturbación del orden público, podrán reunirse en el sitio que designe el presidente del Senado. (*C.P., art. 140*).

#### ***Reunión en un solo cuerpo***

No hace parte de la tradición colombiana la reunión de manera permanente del Congreso en un sólo cuerpo. Las constituciones anteriores han establecido taxativamente los casos en los cuales funciona en pleno, así:

**Carta de 1830:** El Congreso se reunía en pleno para: apertura de sus sesiones, perfeccionar las elecciones de Presidente y Vicepresidente, recibir el juramento de aquéllos, admitir sus renunciaciones y abrir el gran libro de la deuda nacional.

**Carta de 1843:** El Congreso Pleno tenía competencia para hacer el escrutinio de las votaciones y para perfeccionar las elecciones de Presidente y Vicepresidente; para recibirles el juramento constitucional y elegir a sus reemplazos y para escoger a los ministros de la Corte Suprema de Justicia, o decidir sobre la renuncia de todos ellos.

**Carta de 1863:** El Congreso pleno era el encargado de hacer el escrutinio de votos de las elecciones de Presidente de los Estados Unidos de Colombia y magistrados de la Corte Suprema de Justicia Federal, elegir tres designados y cinco suplentes

**Carta de 1886:** Se reunirían un solo cuerpo únicamente para dar posesión de su cargo al Presidente de la República y para elegir un Designado. Por primera vez se estableció que toda reunión de los miembros del Congreso que, con la mira de ejercer el poder legislativo, se efectuara fuera de las condiciones constitucionales era ilegal, los actos que produjera eran nulos y los individuos que tomarán parte en las deliberaciones serían castigados.

#### ***Situación actual:***

ART. 141.—El Congreso se reunirá en un solo cuerpo únicamente para la instalación y clausura de sus sesiones, para dar posesión al Presidente de la República, para recibir a jefes de Estado o de Gobierno de otros países, para elegir Contralor General de la República y Vicepresidente cuando sea menester reemplazar el electo por el pueblo, así como decidir sobre la moción de censura, con arreglo al artículo 135.

En tales casos el presidente del Senado y el de la Cámara serán respectivamente presidente y vicepresidente del Congreso.

Son, entonces, atribuciones constitucionales del Congreso pleno (*L.O. 5ª/92, art. 18*):

1. Posesionar al Presidente de la República, o al Vicepresidente, cuando haga sus veces.
2. Recibir a Jefes de Estado o de Gobierno de otros países.
3. Elegir Contralor General de la República.
4. Elegir Vicepresidente de la República cuando sea menester reemplazar al elegido por el pueblo. Así mismo, proveer el cargo cuando se presente vacancia absoluta.
5. Reconocer la incapacidad física del Vicepresidente de la República, la cual origina una falta absoluta.
6. Elegir los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.
7. Decidir sobre la moción de censura con arreglo a la Constitución y este reglamento.

#### **4.5.5.3.2.2 El Presidente de la República y la función legislativa**

El Presidente de la República y el Gobierno también intervienen en la actividad legislativa. Además de la función de sancionar las leyes, el Presidente de la República ejerce, en claro desarrollo del principio constitucional sobre la colaboración armónica entre la rama del poder público, una serie de atribuciones con respecto al Congreso

Esta función colaborativa del Presidente se hace manifiesta en varios casos, pues, de acuerdo con el artículo 189, en general, le corresponde:

- Instalar y clausurar las sesiones del Congreso en cada legislatura (Num. 8).
- Sancionar las leyes (Num. 9).
- Promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento (Num. 10).
- Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes (Num. 11)..

#### ***En situaciones de normalidad***

- a) Convocar al Congreso a *sesiones extraordinarias*.
- b) Abrir y cerrar por sí o por medio de los ministros las sesiones de las cámaras
- c) Presentar al Congreso al principio de cada legislatura el mensaje sobre los actos de la administración.
- d) Presentar oportunamente al Congreso los planes y programas de desarrollo económico y social
- e) Enviar a las cámaras en los primeros diez días de la sesiones el proyecto de ley de presupuesto al mal.
- f) Presentar proyectos de ley por medio de los ministros.
- g) Objetar proyectos de ley por motivos de inconstitucionalidad o de inconveniencia.
- h) Dirigir mensajes de urgencia las cámaras para acelerar un proyecto de ley.
- k) Dar a las cámaras los informes que éstas soliciten siempre que no verse en sobre negocios sometidos a reserva.
- l) Prestar apoyo eficaz a las cámaras cuando los soliciten, aún poniendo su disposición la fuerza pública.

#### **Las facultades extraordinarias y la función legislativa del Presidente**

Se trata de facultades de carácter preciso y temporal con las cuales el Congreso, por solicitud expresa del Gobierno, reviste al Presidente de la República para que expida

normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje, convirtiéndolo así en legislador extraordinario.

De acuerdo con la Corte Constitucional, “el Constituyente de 1991, introdujo modificaciones al procedimiento legislativo de las facultades extraordinarias que, de manera general, muestran una restricción de sus alcances. En efecto, a pesar de que se conservan los dos elementos básicos de la temporalidad y la precisión de la materia, éstos tienen un diseño legal distinto. La extensión en el tiempo de las facultades extraordinarias tiene en adelante, una duración máxima de seis (6) meses. La precisión de la materia se conserva como un elemento de obligatorio cumplimiento tanto por el Congreso como por el presidente, surgiendo en el nuevo texto constitucional (*art. 150, num. 10*), una restricción a los temas que pueden ser objeto de las facultades, las cuales no podrán conferirse “para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos”. La oportunidad para acudir al procedimiento legislativo comentado, se mantiene en el nuevo texto fundamental, según idéntica fórmula que el anterior, para “cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje”. Restricciones adicionales se introducen en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, cuando indica que, sobre las leyes de facultades tiene iniciativa legislativa exclusiva el Gobierno, y se dispone que su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara”<sup>554</sup>.

### ***En situaciones especiales:***

### **Las facultades de excepción y la función legislativa**

#### ***¿Qué es el estado de sitio?***

El *estado de sitio* puede ser definido como una institución represiva de carácter excepcional, que faculta al Gobierno para hacer frente a perturbaciones del orden público causadas por guerra exterior o conmoción interior. La institución es represiva porque tiene como finalidad primordial contener, refrenar o moderar los factores de perturbación mediante el recurso a la cohesión material. Ese excepcional porque se aparta de la técnica ordinaria de conciliación de la autoridad y la libertad en el marco del estado<sup>555</sup>.

Pero el estado de sitio, aunque represivo y excepcional, no es un fenómeno para constitucional o a constitucional. “... es un régimen especial y transitorio -dice la corte- previsto en la constitución. Por eso mismo no puede implicar la sustitución de sus preceptos”<sup>556</sup>.

Infortunadamente el expediente fue utilizado por muchos presidentes para ejercer su mandato, lo cual generó descontento por la agresión a los principios de participación democrática y se convirtió en uno de los aspectos que consideraría la Carta de 1991. En efecto, esta eliminó la expresión estado de sitio y utilizó al de estados de excepción, además, estableció unas limitaciones de carácter formal y de tiempo para la utilización de tales mecanismos.

Se trata entonces de facultades que ejerce el Presidente de la República, como jefe de Gobierno, para adoptar ciertas medidas, a través de decretos legislativos, con el fin de

<sup>554</sup> C. Const., Sent. C-80, feb. 28/94. M.P. Fabio Morón Díaz.

<sup>555</sup> Cfr. HAURIUO. OP. Cit., p. 42

<sup>556</sup> CSJ., Sala Plena, Sent. De octubre 30/78.

mantener la seguridad o el orden públicos. Tales facultades deben ser ejercidas dentro de los parámetros establecidos en la Constitución y la ley estatutaria de los estados de excepción y ciñéndose a los principios internacionales de finalidad, necesidad, motivación proporcionalidad y no discriminación<sup>557</sup>.

La declaratoria de un estado de excepción está supeditada a la aplicación previa de la **regla de la subsidiariedad**, que implica que su utilización sólo proceda ante la imposibilidad o insuperable insuficiencia de los instrumentos ordinarios de los que disponen los poderes públicos. “De la Constitución y de la ley estatutaria de los estados de excepción surge la regla de la subsidiariedad que aplicada al estado de emergencia prescribe que su utilización se supedita a la imposibilidad o insuperable insuficiencia de las instituciones de la normalidad para resolver los problemas y crisis que afecten o amenacen el sistema económico, social o el ambiente. La plenitud del Estado de derecho y de los mecanismos y formas que le son propios, sufrirían grave menoscabo si fácilmente pudiese soslayarse su curso ante cualquier dificultad o problema de cierta magnitud, pretextando razones de eficacia<sup>558</sup>”.

### **Casos**

#### **- Estado de guerra exterior**

El Gobierno adquiere las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad.

La declaración del estado de guerra exterior sólo procederá una vez el Senado haya autorizado la declaratoria de guerra, salvo que a juicio del presidente fuere necesario repeler la agresión.

Mientras subsista el estado de guerra, el Congreso se reunirá con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales, y el Gobierno le informará motivada y periódicamente sobre los decretos que haya dictado y la evolución de los acontecimientos. (C.P., art. 212).

#### **- Estado de conmoción interior**

En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el estado de conmoción interior, en toda la República o parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República. (C.P., art. 213).

#### **- Estado de emergencia**

Cuando sobrevengan hechos distintos al estado de guerra exterior o de conmoción interior y 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 períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario (C.P., art. 215).

### **Efectos de carácter normativo**

<sup>557</sup> Cfr. MADRID-MALO. Op. Cit., p. 149.

<sup>558</sup> C. Const., Sent. C-122/97, M.P. Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz”.

Para el estado de guerra exterior dispone la Carta en su artículo 212 que los decretos legislativos que dicte el Gobierno suspenden las leyes incompatibles con el estado de guerra, rigen durante el tiempo que ellos mismos señalen y dejarán de tener vigencia tan pronto se declare restablecida la normalidad. El Congreso podrá, en cualquier época, reformarlos o derogarlos con el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra cámara.

Para el caso de conmoción interior dispone la Carta que los decretos legislativos que dicte el Gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el estado de conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público. El Gobierno podrá prorrogar su vigencia hasta por noventa días más (*art. 113*).

Como disposiciones comunes a los estados de guerra exterior y conmoción interior dispone la Carta (*art. 214*) que se someterán a las siguientes disposiciones:

- Los decretos legislativos llevarán la firma del Presidente de la República y todos sus ministros y solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del estado de excepción (*num 1*).
- El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refieren los artículos anteriores, para que aquélla decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento (*num. 6*).

Mediante la declaración del estado de emergencia podrá el presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. En relación con aquéllas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo. (*Art. 215*)

Además, ordena la Carta que el Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquélla decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento (*art. 215*).

#### **4.5.5.3.2.3 La rama judicial y la función legislativa**

También la rama judicial está vinculada con la función legislativa, tanto en el proceso de formación, en la iniciativa, como el proceso de control de constitucionalidad

#### ***Iniciativa legislativa de rama jurisdiccional***

De acuerdo con el artículo 156 e la Carta, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de

la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado tienen la facultad de presentar proyectos de ley en materias relacionadas con sus funciones

### **Control de constitucionalidad por la Corte Constitucional**

ART. 241.—A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

(...).

3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.

8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

#### **4.5.5.3.2.4 Los organismos de control y la función legislativa**

De acuerdo con el artículo 156 de la Carta, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, tienen la facultad de presentar proyectos de ley en materias relacionadas con sus funciones.

Adicionalmente, el Ministerio Público debe emitir concepto en las demandas que por inconstitucionalidad se interpongan contra las leyes ante la Corte Constitucional.

#### **Órganos electorales e iniciativa legislativa**

El Consejo Nacional Electoral tiene la facultad de presentar proyectos de ley en materias relacionadas con sus funciones (*C.P., art. 156*).

#### **4.5.5.3.2.3 La legislación indígena y su reconocimiento**

Para efectos de las reglas de interpretación para el reconocimiento de los usos y costumbres indígenas, la Corte Constitucional en Sentencia T-254 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, ha configurado las reglas de interpretación a ser aplicadas cuando se

presenten diferencias conceptuales y conflictos valorativos en la aplicación de órdenes jurídicos diversos. Ellas son:

“7.1. *A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía.* La realidad colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura por efecto del sometimiento al orden colonial y posterior integración a la “vida civilizada” (L. 89/1890), debilitándose la capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros. La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades, hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres —los que deben ser, en principio, respetados—, de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones.

“7.2. *Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.* Pese a que la sujeción a la Constitución y a la ley es un deber de todos los nacionales en general (C.P., arts. 4º, 6º y 95), dentro de los que se incluyen los indígenas, no sobra subrayar que el sistema axiológico contenido en la Carta de derechos y deberes, particularmente los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, las que, dicho sea de paso, estuvieron representadas en la asamblea nacional constituyente.

“7.3. *Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural.* La interpretación de la ley como límite al reconocimiento de los usos y costumbres no puede llegar hasta el extremo de hacer nugatorio el contenido de estas por la simple existencia de la norma legal. El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional —diversidad, pluralismo— y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues se pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural. La jurisdicción especial (C.P., art. 246) y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas (C.P., art. 330) deben ejercerse, en consecuencia, según sus usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores.

“7.4. *Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.* Esta regla es consecuente con los principios de pluralismo y de diversidad, y no significa la aceptación de la costumbre *contra legem* por tratarse de normas dispositivas. La naturaleza de las leyes civiles, por ejemplo, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad privada, lo que, *mutatis mutandis*, fundamenta la prevalencia de los usos y costumbres en la materia sobre normas que solo deben tener aplicación en ausencia de una autorregulación por parte de las comunidades indígenas.

Así entonces, las anteriores reglas serán las aplicables en casos en que sea necesario



establecer la aplicabilidad de los usos y costumbres de una comunidad indígena, la real autonomía de la que gozan para autogobernarse y la vulneración de los derechos fundamentales de sus asociados<sup>559</sup>.

#### **4.5.5.3.3 LA FUNCIÓN EJECUTIVA Y ADMINISTRATIVA**

##### **4.5.5.3.3.1 CONCEPTO, PRINCIPIOS, ELEMENTOS Y HERRAMIENTAS**

La función administrativa se integra con el “conjunto de funciones públicas desempeñadas por las autoridades cuyos actos se hayan sometidos al derecho administrativo por razones de carácter orgánico, material, funcional, o jerárquico”<sup>560</sup>. La ciencia que se ocupa de la racionalización de las actividades gubernamentales se conoce con el nombre de administración pública.

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley (C.P., art. 209).

##### **Principios básicos de la función administrativa**

De acuerdo con la Ley 489 de 1998 (*art. 3*), la función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.

Los principios de la función administrativa deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular.

##### **- La descentralización**

Nos remitimos al estudio de las características generales del estado colombiano analizadas anteriormente. Bástenos recordar que hay descentralización cuando las funciones del estado son cumplidas por organismos con competencia limitada regionalmente. La descentralización puede ser política, conexas con la estructura constitucional del estado; o administrativa, conexas con la organización técnica de los servicios públicos.

Para Madrid-Malo la descentralización administrativa es “el traslado de ciertas

<sup>559</sup> C. Const., Sent. T-603, jun. 9/2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>560</sup> MADRID-MALO, Diccionario ... p. 161.

competencias administrativas del poder central a las entidades territoriales u organismos creados para cumplir actividades de carácter especializado, o a personas de condición particular que ejercen funciones de índole administrativa. En el primer caso se habla de descentralización territorial; en el segundo de descentralización funcional, especializada o por servicios; en el tercero de descentralización por colaboración<sup>561</sup>.

#### **- La delegación**

Es para Madrid Malo el traspaso específico e indefinido de las funciones de una autoridad a otra que le está jerárquicamente subordinada. La delegación es de *carácter específico* cuando se extingue al cumplirse o desaparecer su hecho causante. Es de *carácter indefinido* cuando permanece hasta ser revocada.

La autoridad que traslada sus funciones se llama delegante la autoridad que las recibe se llama delegada. La delegación también recibe el nombre de desconcentración jerárquica. La ley debe señalar las funciones que el Presidente de la República puede delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado.

El ministro delegatario ejerce bajo su propia responsabilidad, mientras el Presidente de la República viaja al exterior, las funciones que este último le delega. También debe la ley señalar los casos en los cuales pueden las asambleas delegar en los concejos municipales las funciones por ellas mismas determinadas<sup>562</sup>.

#### **- Requisitos y elementos de la delegación**

En el acto de delegación, que siempre será escrito, se determinará la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren. (L. 489/98, art. 10).

La Corte Constitucional, en acuerdo con la doctrina sobre la materia, ha señalado que son elementos constitutivos de la delegación los siguientes:

- 1) la transferencia de funciones de un órgano a otro;
- 2) que la transferencia de funciones se realice por el órgano titular de la función;
- 3) que dicha transferencia cuente con una previa autorización legal; y
- 4) que el órgano que confiera la delegación pueda siempre y en cualquier momento reasumir la competencia<sup>563</sup>.

La Constitución también establece en su artículo 211 que “La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.

La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquél, reasumiendo la responsabilidad consiguiente.

<sup>561</sup> MADRID-MALO. Diccionario... p.118.

<sup>562</sup> MADRID-MALO. Diccionario... p. 91.

<sup>563</sup> Cfr. C. Const., Sent. C-36, ene. 25/2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios”.

#### **- La desconcentración**

Se trata del “traslado de competencias políticas o administrativas del poder central a servidores públicos de menor rango jerárquico, o a autoridades nacionales que en una entidad territorial cumple funciones o prestan servicios cargo del estado”<sup>564</sup>

La desconcentración puede hacerse *por delegación* o *por adscripción*. En el primer caso una autoridad superior trasfiere cualquiera de sus competencias a una autoridad que le está jerárquicamente subordinada, para que la ejerza bajo su propia responsabilidad. En el segundo caso, la propia ley otorga a un funcionario subalterno la competencia que hasta entonces correspondió a su jefe o superior. (C.P. arts. 196, 209, 211, 228,302 y 305-3)

#### **- Desconcentración administrativa**

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

También establece la norma que en el acto correspondiente se determinarán los medios necesarios para su adecuado cumplimiento y que los actos cumplidos por las autoridades en virtud de desconcentración administrativa sólo serán susceptibles del recurso de reposición en los términos establecidos en las normas pertinentes.

#### **La carrera administrativa**

Se trata de un sistema técnico de administración de personal que se aplica a las personas vinculadas a la rama ejecutiva del poder público por una relación de carácter legal y reglamentario. Su objeto es garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer a todos los colombianos igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la capacitación, la estabilidad en el empleo y la posibilidad de ascender. También existen la carrera judicial, la carrera militar, la carrera diplomática, la carrera policial.

Por regla general los empleos en los órganos y entidades del estado son de carrera, y a ellos debe accederse por concurso público. (C.P., art. 125).

La administración y vigilancia de la carrera administrativa corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En Colombia tradicionalmente se ha entendido la función pública como el botín del partido vencedor en las urnas. Si bien es cierto que la Ley 165 de 1938 creó la carrera administrativa, ella no ha funcionado realmente. El esfuerzo se ha orientado entonces por sustraer de la contienda electoral los cargos públicos y llevar a la administración un personal de carrera.

Los fundamentos de la carrera administrativa, sus objetivos y sistemas tuvieron un avance

---

<sup>564</sup> MADRID-MALO. Diccionario..., p. 119.

con el “plebiscito” de 1957 al establecerse que la designación de empleados y funcionarios que correspondieran a la carrera administrativa no estarían sujetas a las reglas de la responsabilidad conjunta de los partidos en el gobierno.

La Ley 19 de 1958 creó el Departamento Administrativo del Servicio Civil y la carrera administrativa y señaló los fines de esta. La reforma constitucional de 1968 también se ocupó del tema que es consagrado expresamente por la carta de 1991 así:

ART. 125.—Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

La Ley 27 de 1992 desarrolla este artículo constitucional al expedir normas sobre administración de personal al servicio del Estado.

En consecuencia la gestión de los cargos públicos se sujeta a la regla según la cual todos los empleos estatales son de carrera administrativa, salvo:

- a) Los de elección popular,
- b) Los de libre nombramiento y remoción,
- c) Los de trabajadores oficiales, o sea quienes se vinculan a la administración por contrato de trabajo,
- d) Los demás que determinen las leyes.

#### **4.5.5.3.3.2 EL RÉGIMEN PRESIDENCIALISTA COLOMBIANO Y LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA**

##### **¿Qué es el presidencialismo?**

El presidencialismo es el régimen político o sistema de gobierno en el cual una sola persona tiene el primer lugar en la organización jurídico-política del Estado.

Mario Madrid-Malo en su interesante obra “El Presidente de la República”, hace un análisis completo de la institución. De sus páginas elaboramos esta síntesis<sup>565</sup>. De acuerdo con este autor, el régimen presidencialista se caracteriza por los siguientes rasgos:

1. Es propio de los estados republicanos, entendiendo por tales aquellos que han excluido la herencia como forma de designación de los gobernantes.

---

<sup>565</sup> MADRID-MALO, Mario. El Presidente de la República. Ediciones ESAP, 1990, p. 21.

2. Se fundamenta, por lo menos teóricamente, en una separación marcada entre el órgano legislativo y el ejecutivo.
3. Integra monocráticamente la rama ejecutiva del poder público, reúne en un solo titular la jefatura del Estado y la cabeza del gobierno.
4. Tiene carácter representativo, ya que el presidente accede a su cargo por elección - directa o indirecta- del pueblo.
5. Excluye el carácter vitalicio en el ejercicio de la jefatura del ejecutivo, puesto que el desempeño de la presidencia tiene período fijo.
6. Salvo el caso de condena por responsabilidad política, se priva al legislador de toda competencia para sancionar al presidente con la remoción.
7. No admite entre las atribuciones del jefe del estado la de disolver las cámaras.
8. Sustraer al órgano legislativo de toda injerencia en la integración del gobierno.
9. En principio, no es compatible con las instituciones tradicionales del parlamentarismo, como el gabinete, la cuestión previa, la moción de confianza, o el voto de censura.
10. Representa históricamente la adaptación de la monarquía, limitada al sistema republicano de gobernar.

No todo país donde hay un presidente funciona el régimen presidencialista. En los países republicanos de régimen parlamentario –Italia, por ejemplo- el Presidente de la República, como jefe del estado, hace parte de un órgano ejecutivo dual, y tiene una preeminencia más formal que efectiva en la marcha de los negocios públicos.

El presidencialismo es también ajeno a la organización de los poderes públicos en los estados marxistas, aunque en algunos de ellos se imite el esquema burocrático de occidente al constituir el órgano ejecutivo.

Por último, el régimen presidencial se distingue del sistema directorial suizo, donde el poder ejecutivo es corporativamente ejercido por siete miembros que se turnan la jefatura del estado.

### **Origen y evolución del régimen presidencialista**

El presidencialismo tiene su origen remoto en la monarquía electiva, institución que llegó a extenderse notablemente en la Europa romano-bárbara y feudal. En este tipo de gobierno, cronológicamente anterior al de la monarquía hereditaria, el rey era designado por nobles que ejercían como electores. Ejemplos de la monarquía electiva fueron la visigoda en España y la polaca. En la primera el rey era elegido por un consejo de príncipes y señores y debía jurar las capitulaciones electorales, donde quedaban consignadas las reglas impuestas por el consejo electoral para el ejercicio del poder. Aun queda como ejemplo de monarca electivo el Papa, como soberano del estado o de la ciudad del Vaticano, cuya elección se realiza por los miembros del colegio cardenalicio en

la forma prevista por su constitución de octubre de 1975<sup>566</sup>.

La primera constitución de Cundinamarca de 1811 erigió la provincia en una monarquía constitucional con rey electivo. En el decreto de promulgación Fernando VII era presentado como rey de los cundinamarqueses "*por la gracia de Dios y por la voluntad y el consentimiento del pueblo*". En el artículo 1 se declaraba que ese gobernante había sido "*llamado al trono por los votos de la Nación*". En el artículo 3 fue previsto que en caso de dimisión del monarca ésta quedaría en manos de la Representación Nacional para que ella hiciese, en uso de su soberanía, lo que conviniera al bien de la provincia.

### a) El presidencialismo norteamericano

En 1787, en Filadelfia, un selecto grupo de antiguos colonos británicos aprobó una constitución para su joven república. En el artículo 1 de aquel conciso documento había 13 palabras que no sólo estaban destinadas a singularizar el régimen político norteamericano, sino a darle un nombre específico a la más nueva de las formas de gobierno ensayadas por la humanidad. Con estas 13 palabras se dijo: "*se confiere el poder ejecutivo al Presidente de los Estados Unidos de América*"<sup>567</sup>.

Como lo advierte el historiador Firmín Roz, de todos los problemas que se plantearon a los *padres fundadores* el del poder ejecutivo fue el de más difícil solución: "En efecto, los hombres de aquel tiempo no podían evitar ver las cosas desde un punto de vista monárquico. La dificultad de investir de poderes reales al primer magistrado de la Unión, sin hacer de él un rey, añadía aún más importancia a la manera de designarle, así como a definir sus derechos y deberes"<sup>568</sup>.

De entre la clasificación de las modalidades del ejecutivo, la establecida por el Congreso de Filadelfia era monocrática: el presidente reunía en sí las retribuciones inherentes a la jefatura del estado y a la suprema conducción del gobierno. Pero a diferencia de otras monocracias ya conocidas en el siglo XVIII, -fundadas en la herencia dinástica, la elección por grandes señores o la conquista del poder- la monocracia estadinense se apoyaba en la función electoral.

No se apoyó, empero, en el sufragio directo. Desde 1787 el presidente de los Estados Unidos es elegido por un Colegio Electoral, cuerpo integrado por electores. En los primeros años el nombramiento de éstos electores presidenciales correspondía a las legislaturas de los estados, pero en el siglo XIX se impuso la práctica de designarlos por el sistema de escrutinio mayoritario a una sola vuelta.

Para la elección presidencial, los inventores del presidencialismo se inspiraron en el régimen electoral propio de las iglesias protestantes de gobierno presbiteriano. En dichas iglesias -que representaban la versión escocesa del calvinismo- cada una de las congregaciones locales eligen por voto directo sus oficiales eclesiásticos -el pastor y los ancianos gobernantes-, pero sólo a éstos corresponde, reunidos en Asamblea General, designar al moderador, dignatario electivo que por un periodo de cinco años desempeña la presidencia de ese órgano eclesial supremo<sup>569</sup>.

<sup>566</sup> Cfr. MADRID-MALO. op. cit. p. 22 y ss.

<sup>567</sup> Cfr. MADRID-MALO. Op. cit. p. 27.

<sup>568</sup> ROZ Firmín. Historia de los Estados Unidos. Ed. Plus-Ultra, Madrid, 1944, p. 84.

<sup>569</sup> Cfr. LEONARD, E.G. Historia General del protestantismo. Ed. Península, Barcelona, 1967, T. II, p. 62.

El profesor Deutsch observa que a pesar de las intenciones de los *padres fundadores*, el presidente de los Estados Unidos resulta efectivamente elegido por los votos de los ciudadanos de toda la nación: "A la mayoría de los votantes no sabe ni les interesa quienes sean los electores, pero votan por un grupo de electores que les promete emitir sus votos por el candidato que elijan los votantes"<sup>570</sup>.

### **b) América Latina: Virreyes, presidentes y dictadores**

En su libro sobre las Leyes de Indias publicado en 1944, don Niceto Alcalá-Zamora sostuvo la tesis de que la supremacía del poder presidencialista en las constituciones hispanoamericanas era fruto de la tradición monárquica legada por el dominio español. En las repúblicas que surgieron del antiguo imperio colonial, el presidencialismo no podía resultar sino un régimen inclinado al ejercicio mayestático del poder. Los jefes del Estado de los países latinoamericanos no sólo retuvieron para sí elementos del protocolo virreinal (por ejemplo la *incensación* en los actos de culto católico, práctica de la catedral de Bogotá hasta 1972.), sino una órbita de competencias casi tan amplia como la de los Virreyes. Los gobernantes republicanos que sucedieron a los administradores españoles, aunque insertados en el sistema constitucional de la separación de poderes, heredaron del antiguo régimen un ejecutivo cuya nota distintiva era la universalidad de las competencias<sup>571</sup>.

La tradición de América latina no excluye presidentes convertidos en emperadores o dictadores. En Colombia se inscribe dentro del catálogo a seis dictadores: Simón Bolívar, Rafael Urdaneta, José María Melo, Tomás Cipriano de Mosquera, Rafael Reyes y Gustavo rojas Pinilla sin olvidar el caso de los presidentes de la Regeneración -Núñez, Holguín y Caro- tan hostiles al ejercicio de las libertades públicas y a los derechos del partido opositor.

### **c) El presidencialismo en Colombia**

Colombia adoptó el presidencialismo con la ley fundamental de Angostura (1819), pero los albores de nuestra vida republicana hubo el intento de establecer una monarquía constitucional de tipo británico. En 1829, cumpliendo instrucciones del consejo de ministros, los diplomáticos colombianos en Londres y París iniciaron grotescas gestiones de diplomacia secreta para llamar al trono colombiano a un príncipe extranjero<sup>572</sup>.

En los primeros años de la independencia se registra una curiosa modalidad de ejecutivo. El Congreso de las Provincias Unidas reunido en septiembre de 1814, confió el gobierno federal a un triunvirato cuyos miembros se turnaban en el primer puesto cada tres meses. Este ejecutivo federal duro de octubre de 1814 hasta noviembre de 1815, cuando el Congreso volvió a concentrar la Presidencia en una sola persona.

El presidencialismo se ha conservado en todas nuestras constituciones, pero en el siglo pasado tuvimos una breve experiencia directorial. El artículo 1 de la ley del 9 de febrero de 1863, por la cual la convención nacional reunida en Rionegro organizó provisoriamente el gobierno de la Unión, estatuyó, inspirada por el miedo a la autocracia mosquerista, que: "*mientras se expide la Constitución Política de la Unión (...), el Gobierno Ejecutivo de ella estará a cargo de un ministerio compuesto de cinco ministros...*".

Entre el 10 de mayo de 1957 y el 7 de agosto de 1958 ejerció el poder ejecutivo otro

<sup>570</sup> DEUTSCH, Karl W. Política y Gobierno. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1976, p. 319.

<sup>571</sup> Cfr. MADRID-MALO. El presidente..., p. 30.

<sup>572</sup> MADRID-MALO. El presidente..., p. 34.



órgano colegiado: la junta militar de gobierno. Aunque sus cinco integrantes fueron, en un comienzo, gobernantes de facto -pues habían sido designados por cooptación del dictador Gustavo Rojas Pinilla- el 1 de diciembre de 1957 el propio constituyente primario legitimó su autoridad.

### **- Etapas del presidencialismo en Colombia**

Madrid Malo considera que en la historia del presidencialismo colombiano cabe distinguir seis etapas:

1. Presidencia consular -1819-1832
2. Presidencia restringida (1832-1843)
3. Presidencia robusta (1843-1853)
4. Presidencia taxativa (1853-1861)
5. Presidencia raquíta (1863-1885)
6. Presidencia absorbente (1886 hasta nuestros días).

La primera etapa estuvo signada por el prestigio de Bolívar y por sus indiscutibles simpatías hacia el estilo napoleónico de gobernar. Con la Constitución de 1832 que se redactó cuando todos "deseaban que se disminuyera el influjo militar" la presidencia quedó atada al Consejo de Estado, cuyo *placet* requería el primer mandatario para ejercer su potestad nominadora y sus facultades de excepción. Con la reforma constitucional de 1843 la jefatura del estado tornó a manifestarse con perfiles autoritarios. En las dos constituciones siguientes comenzó a introducirse la peligrosa tendencia a identificar el despotismo con el fortalecimiento de los poderes centrales, entre ellos el presidencial. Los constituyentes de 1853 y 1858 debilitaron las atribuciones del Jefe de Estado en aras del federalismo y de la protección de los derechos individuales. Así quedó preparado el camino del estatuto imposible de la Convención de Rionegro, donde llegó a proponer se la adopción de un ejecutivo organizado según el modelo suizo. En 1853 y 1858 el constituyente hizo del poder presidencial un haz de facultades taxativamente asignadas, que no sólo redujeron la órbita constitucional del ejecutivo, sino que les restaron liderazgo e influencia<sup>573</sup>.

No es exagerado afirmar que las administraciones de Mallarino (1855-1857) y Ospina Rodríguez (1857-1861) hicieron mucho más de lo que podía exigírseles en un país dividido entre *repúblicas* cuya inconciliables constituciones parecían desconocer la existencia de un poder central, pues a partir de 1853 el derecho constitucional colombiano estuvo inspirado por la obsesión de eclipsar cualquier preponderancia del jefe del ejecutivo nacional.

Deteniéndonos en las últimas etapas, observamos que entre 1863 y 1886 el país conoció dos tipos de presidencia bien distintas: el primero de ellos se caracterizaba por la carencia efectiva de poder, el segundo asumió rasgos hipertróficos.

En la Constitución de Rionegro, que según Alberto Lleras no se hizo para gobernar, "sino para no dejar gobernar"<sup>574</sup>. El presidente "*casi un mandatario provisional por la brevedad exagerada de su periodo*" ejercía unas funciones marginales. Por el contrario, en la Constitución de 1886 el presidente quedó convertido en un monarca electivo aunque

<sup>573</sup> Cfr. MADRID MALO. El presidente..., p. 34 y ss.

<sup>574</sup> LLERAS CAMARGO, Alberto. Mosquera uno de los más grandes de Colombia en Lecturas Dominicales, El Tiempo, octubre 8/78, p. 10.



temporal; fortalecido además con los poderes dictatoriales contemplados en los "artículos transitorios".

Estas disposiciones transitorias se convirtieron en una especie de *Constitución paralela*, destinada a reprimir con medidas draconianas todo amago de oposición. Desde 1886 el Presidente de la República es el gran protagonista de nuestra escena político-institucional. Sus atribuciones grandes de declarar la guerra hasta remover a los empleados nacionales cuya cesación no corresponda a otras autoridades, desde conservar en todo el territorio del orden público o hasta suprimir el más modesto empleo de un ministerio. No se le escapa ni siquiera el nombramiento de los obispos de la Iglesia Católica, cuya designación tiene derecho objetar en virtud de una especulación con corbata haría, último rezago del régimen español de patronato. El presidente ejerce un liderazgo en todos los aspectos de la vida pública, pero éste papel de conductor y guía surge, fundamentalmente, de la preeminencia jurídico-política que le otorga la constitución. Lo que a partir de 1886 social de nuestro país es una forma de gobierno o y bautizada con el nombre de neo presidencialismo. El "monarca republicano" que los constitucionalistas franceses descubrieron, estupefactos, en la Constitución de 1958, era una figura que para los colombianos resultaba familiar desde los años finales del siglo XIX<sup>575</sup>.

El neopresidencialismo a la colombiana aún se expresó con rasgos atroces en el artículo L de las disposiciones transitorias adicionadas a la Carta de los regeneradores por el Consejo Nacional Constituyente: "*los actos de carácter legislativo expedidos por el Presidente de la República antes del día en que se sancione esta Constitución -decía que el artículo sin antecedentes- continuarán en vigor, aunque sean contrarios a ella, mientras no sean expresamente derogados por el cuerpo legislativo o revocados por el gobierno*". Es que contemplada en el inciso 2 del artículo 28 de la Constitución de 1886 -la retención de alta policía- señala hasta donde llegaron Caro y otros delegatarios del 86 en su tarea de "asegurar la fuerza unipersonal del poder ejecutivo"<sup>576</sup>. El inciso ya citado faculta al gobierno para que en todo tiempo, siempre que haya "graves motivos para temer perturbación del orden público", ordene privar de libertad a las personas "contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública".

Esta retención administrativa -cuya pervivencia en nuestro régimen constitucional hace cojear el Estado de Derecho- abre al ejecutivo la posibilidad de encarcelar sin orden judicial a sus opositores políticos, manteniéndolos retenidos, con fundamento en temores y en indicios discrecionalmente apreciados por el presidente y sus ministros, hasta por diez días.

De otra parte, la Constitución autoriza por lo menos en cuatro casos al Presidente para actuar como legislador extraordinario o de excepción, cuando ejercía las facultades extraordinarias del artículo 76, al dictar los decretos de estado de sitio -artículo 121- y al dictar los decretos de estado de emergencia (*art. 122*).

"Si el problema tradicional del estado colombiano es el del desequilibrio estructural de sus tres principales órganos, por la descompensación siempre existente entre ellos -comenta el profesor Restrepo Piedrahita- la recomposición de la estructura estatal no se logra con la sola reforma intentadas y puestas en acción con respecto al ejecutivo"<sup>577</sup>.

<sup>575</sup> Cfr. Madrid Malo. Op. Cit., p. 38.

<sup>576</sup> 58 SAMPER, José María. Derecho Público interno de Colombia. Ed. Temis, Bogotá, 1982, p. 642.

<sup>577</sup> RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. El *Ombudsman* en: Tres ideas constitucionales. Externado de Colombia. Bogotá,

Nadie discute hoy la necesidad de que el poder ejecutivo se halle dotado de una autoridad vigorosa. Así lo demandan los signos de los tiempos. Fenómenos como el de la creciente intervención del Estado en los ámbitos económico y social -fruto del proceso histórico de la socialización- y el de la existencia de forma de criminalidad violenta cuyas manifestaciones ponen en peligro la existencia misma de la República, reclaman que la estructura y el funcionamiento de los órganos del poder público permitan al gobierno ejercer eficazmente el privilegio de la coacción legítima y sus competencias de arbitraje y concertación. Pero una cosa es que el presidente no quede reducido al papel de convidado de piedra frente al conjunto de las actividades encaminadas al ejercicio del poder, y otra-muy distinta- que la preponderancia presidencial en las funciones estatales reduzca a su mínima expresión las atribuciones del legislativo, en especial las referidas al control político de la actuación gubernamental.

#### **4.5.5.3.3 LAS FUNCIONES DEL EJECUTIVO PRESIDENCIALISTA**

De acuerdo con nuestra Carta, el Presidente de la República es Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema autoridad administrativa (*art. 189*); además, simboliza la unidad nacional y al jurar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes, se obliga a garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos (*art. 188*).

La larga enunciación de las atribuciones del artículo 189 incluye aspectos como jefe de Estado, y como Jefes de Gobierno y Suprema autoridad administrativa. Igualmente y desde otro punto de vista se podría hablar de funciones de acuerdo con sus contenidos, ya sea de carácter económico o administrativo.

##### **1. La jefatura del Estado**

La jefatura del estado, órgano constitucional que el ordenamiento jurídico ubica en el vértice de la rama ejecutiva del poder público, comprende una doble función:

- a) Expresa formalmente la unidad nacional, y
- b) Asegura la armónica colaboración entre órganos constituidos que cumplen funciones separadas.

De acuerdo con el artículo 189 constitucional, en el primer grupo de funciones se incluyen las siguientes:

1. Dirige las relaciones diplomáticas y comerciales. Ejerce el derecho de legación, nombra a los agentes diplomáticos y consulares y recibe a los agentes respectivos; está facultado para celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso (num. 2). Expide carta de naturaleza (num. 28).

2. Dispone de la fuerza pública como comandante supremo de las fuerzas armadas (num. 3); provee a la seguridad exterior de la República, defendiendo la independencia y la honra de la Nación y la inviolabilidad del territorio; declarar la guerra con permiso del Senado, o hacerla sin tal autorización para repeler una agresión extranjera; y convenir y ratificar los tratados de paz, de todo lo cual dará cuenta inmediata al Congreso (num.6).

Permite, en receso del Senado, previo dictamen del Consejo de Estado, el tránsito de tropas extranjeras por el territorio de la República (num.7).

3. Debe conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado (num.4).

En el segundo se incluyen:

1. Encabeza el gobierno y nombra y separa ministros y jefes de departamentos administrativos.

2. Interviene además en la actividad de las cámaras legislativas al instalar y clausurar las sesiones del Congreso en cada legislatura (num. 8); sancionar las leyes (num. 9); promulgarlas, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento (num. 10). Ejerce la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes (num. 11). Presenta un informe al Congreso, al iniciarse cada legislatura, sobre los actos de la administración, sobre la ejecución de los planes y programas de desarrollo económico y social, y sobre los proyectos que el Gobierno se proponga adelantar durante la vigencia de la nueva legislatura (num. 12).

3. Concede indultos por delitos políticos, en ejercicio del derecho de gracia.

## **2. El encabezamiento del Gobierno**

El gobierno, desde una perspectiva funcional es la cabeza de la rama ejecutiva y está constitucionalmente integrado por el Presidente de la República –que debe actuar como su jefe- los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos.

Como Jefe de Gobierno, de acuerdo con el artículo 189 de la Carta de 1991 ejerce, entre otras las siguientes funciones:

- Nombrar y separar libremente a los ministros del despacho y a los directores de departamentos administrativos (num. 1).

- Distribuir los negocios según su naturaleza, entre ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos (num. 17).

- Ejercer la inspección y vigilancia de la enseñanza conforme a la ley (num. 21).

- Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos (num. 22).

- Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles (num. 24).

- Conceder permiso a los empleados públicos nacionales que lo soliciten, para aceptar, con carácter temporal, cargos o mercedes de gobiernos extranjeros (num. 18).

## **3. La suprema autoridad administrativa**

“El concepto de *autoridad*, que de ordinario se ha entendido como "la facultad y el

derecho de conducir y de hacerse obedecer dentro de ciertos límites preestablecidos" (...), desde el punto de vista constitucional significa la posibilidad jurídica de "ejercer el poder y de valerse de la fuerza con determinada finalidad"<sup>578</sup>.

La autoridad del presidente no sólo es política; es también administrativa, porque implica el ejercicio de una función del estado que con la aplicación de criterios formales y materiales puede distinguirse de las que corresponden al legislador y a la judicatura. Esta función se materializa en actuaciones autoritativas que tienen por objeto "el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados" (CCA, art. 2). Administrar no es sólo ejecutar la ley; la función administrativa es considerada en nuestro tiempo como un conjunto de atribuciones de impulso y desarrollo del quehacer público.

En Colombia el Presidente de la República orienta, dirige y coordina como cabeza del ejecutivo las actividades de todos los organismos que integran la administración pública o están con ella relacionados, porque mientras las cabezas de los organismos principales de esta no son otros que los propios miembros del Gobierno, los superintendentes, los directores de establecimientos públicos y los presidentes de las empresas del estado y sociedades de economía mixta tienen el carácter de agentes presidenciales.

Con respecto a la descentralización territorial ocurre otro tanto, pues los gobernadores son, al mismo tiempo, agentes del gobierno y jefes de la administración.

En el orden administrativo la autoridad del presidente es suprema. En un estado centralista con un régimen presidencial, las competencias del jefe del ejecutivo son delegables, pero no compartibles. La supremacía administrativa del Presidente no está fundada sólo en el ejercicio de la potestad reglamentaria, por la cual expide todos los actos necesarios "para la cumplida ejecución de las leyes", sino en la concentración de facultades de todo orden -decisorias, directivas, organizacionales y de control- e implica su investidura.

El presidente colombiano ya no es la figura espectral de 1863, sino un supremo gerente de la cosa pública, cuyas manifestaciones de conocimiento y voluntad son obligatorias. Esta autoridad administrativa de carácter supremo es ejercida a través de *actos de autoridad* y de *actos de gestión*. Los primeros emanan en virtud de la potestad pública de imponer o coaccionar. Los segundos, por el contrario, son los que están dirigidos a la administración del erario y a la obtención de aquellos bienes y recursos con los cuales se presta el servicio público. La administración -dice Merkl- es una función jurídica y, en particular, un plano de producción y de aplicación del derecho, subordinado al plano de la ley<sup>579</sup>.

Del extenso catálogo de atribuciones constitucionalmente establecidas por el artículo 189 de la Carta de 1991 al Presidente de la República, en calidad de suprema autoridad administrativa se podrían incluir, entre otras:

- Nombrar a los Presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión

<sup>578</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de febrero 5/73.

<sup>579</sup> Cfr. ROJAS ARBELÁEZ, Gabriel. El espíritu del derecho administrativo. Ed. Temis, Bogotá, 1985, p. 37-38.

no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la ley.

En todo caso, el gobierno tiene la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes (num. 13).

- Crear, fusionar o suprimir, conforme a la ley, los empleos que demande la administración central, señalar sus funciones especiales y fijar sus dotaciones y emolumentos. El Gobierno no podrá crear, con cargo al tesoro, obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales (num. 14).

- Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley (num. 15).

- Modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley (num. 16).

- Velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y decretar su inversión de acuerdo con las leyes (num. 20).

- Celebrar los contratos que le correspondan con sujeción a la Constitución y la ley (num. 23).

- Organizar el crédito público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; regular el comercio exterior; y ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley (num. 25).

- Ejercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores (num. 26).

- Conceder patente de privilegio temporal a los autores de invenciones o perfeccionamientos útiles, con arreglo a la ley (num. 27).

#### **4. La jefatura de los ejércitos**

En los estados modernos el poder político tiene carácter civil. Como lo observa el profesor Hauriou, "en tiempos normales el poder del Estado es un poder organizado para la paz, y consiguientemente, ejercido por personas civiles; al lado de éste se encuentra un poder organizado para la guerra o, al menos, para la defensa nacional, pero este poder militar está separado del poder civil y, además, le está subordinado"<sup>580</sup>.

Lo esencial del artículo 166 de la Carta de 1886 -escribe Samper- "es la disposición que eleva el ejército a la categoría de institución constitucional y permanente, tan permanente como el gobierno mismo"<sup>581</sup>.

La permanencia de la institución militar es un fenómeno relativamente nuevo en la historia

---

<sup>580</sup> HAURIUO, André. Derecho Constitucional e instituciones políticas. Ed. Ariel. Barcelona, 1971, p. 138.

<sup>581</sup> SAMPER José María. Op. Cit., p. 565.

del desarrollo de los órganos estatales. En lo que hace al mundo occidental, sólo a partir del siglo diecinueve puede constatarse la existencia de ejércitos *profesionales* de carácter nacional, que sustituyen a las tropas mercenarias y a las heterogéneas bandas armadas.

De acuerdo con Madrid-Malo<sup>582</sup>, el cuerpo militar de un estado democrático se halla en marcado por un reglamento jurídico básico que en Colombia se manifiesta por los siguientes hechos:

1. Los militares se hallan constitucionalmente excluidos de la contienda política, pues se les prohíbe ejercer la función del sufragio e intervenir en debates políticos
2. Ni aún en tiempo de guerra las cortes marciales o tribunales militares pueden conocer de delitos cometidos por personas de condición civil
3. La asistencia militar a la policía para contener grave desorden debe ser requerida por funcionarios del orden civil
4. El jefe del estado cuyo destino público es de carácter político civil, tiene atribuciones constitucionales para ejercer la comandancia suprema del ejército y para disponer de la fuerza pública. 184 malo
5. Igualmente el presidente tiene facultades para conferir grados a los miembros de la fuerza pública y someter para aprobación del Senado los que correspondan de acuerdo con el artículo 173.

#### - La fuerza pública

La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las fuerzas militares y la Policía Nacional (C.P., art. 216).

Las **fuerzas militares** permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las fuerzas militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. (C.P., art. 217)

La **Policía Nacional** es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. (C.P., art. 218).

En conveniente tener presente que existen diversas acepciones de la noción de **policía**. La Corte Constitucional ha precisado que el concepto de policía es multívoco por cuanto tiene al menos cuatro significaciones diversas en el régimen constitucional colombiano:

- De un lado, se refiere a unas formas de la actividad del Estado ligadas con la preservación y restablecimiento del orden público: es el poder, la función y la actividad de la policía administrativa.
- De otro lado, se refiere a las autoridades encargadas de desarrollar tales formas de actividad: son las autoridades administrativas de policía.

---

<sup>582</sup> MADRID MALO, El presidente..., p. 182.

- En tercer término, la policía es también un cuerpo civil de funcionarios armados: la Policía Nacional.

- Finalmente, esta noción se refiere a la colaboración que pueden prestar ciertos cuerpos a las autoridades judiciales para el esclarecimiento de los delitos: es la policía judicial.

De acuerdo con la Corte: "Estos fenómenos están a veces ligados entre sí: así la Policía Nacional ejerce funciones de policía judicial, bajo dirección judicial, y ejecuta materialmente actividades de policía administrativa por orden de las autoridades administrativas de policía. Pero es necesario diferenciar esos conceptos para evitar confusiones.

De un lado, existe la institución de la Policía Nacional, como parte integrante de la fuerza pública, y a la cual sería más correcto denominar fuerzas de policía. Esta institución se encuentra regulada en el título VII de la Constitución, relativo a la rama ejecutiva del poder público. La naturaleza civil de la Policía Nacional está consagrada en el artículo 218 de la Constitución, que establece (...).

La Policía Nacional se distingue entonces de las fuerzas militares por la ausencia de disciplina castrense y por su naturaleza civil, lo cual implica que los inferiores son responsables de la ejecución de las órdenes que reciban. La Policía Nacional como autoridad administrativa, cumple funciones preventivas mas no represivas, salvo cuando actúa como colaboradora de las autoridades judiciales en ejercicio de la función de policía judicial. Este cuerpo policial tiene que actuar dentro del respeto de los derechos humanos y tiene como finalidad esencial mantener las condiciones necesarias para el goce de los derechos y libertades de los ciudadanos y asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. Es pues un mecanismo preventivo de protección de los derechos humanos.

De otro lado, encontramos lo que la doctrina ha conocido como la policía administrativa. En términos generales puede ser definida como el conjunto de medidas coercitivas utilizables por la administración para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública y lograr de esa manera la preservación del orden público.

Se comprende entonces la distinción entre estas dos acepciones de la policía. Mientras que la policía administrativa, en sentido técnico, implica un poder jurídico de tomar decisiones que limitan la libertad y propiedad de los particulares, las fuerzas de policía tienen una misión de ejecución material, siendo sus funcionarios agentes de ejecución, que no realizan actos jurídicos, sino operaciones materiales. Además, no siempre hay coincidencia entre los fines perseguidos por la policía administrativa y por las fuerzas de policía. La fuerza policial busca lograr coactivamente el respeto al ordenamiento jurídico. Para eso debe asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la policía administrativa, principalmente el aseguramiento del orden público (policía de seguridad), pero también las fuerzas policiales persiguen finalidades ajenas a la estricta policía administrativa: investigar la comisión de delitos públicos deteniendo a sus autores (policía judicial), pero bajo estricto control judicial.

La distinción entre ambas policías que la doctrina ha hecho, la consideró la Corte Constitucional, de la siguiente forma:

“Este carácter eminentemente preventivo de la policía administrativa la distingue de la policía judicial encargada fundamentalmente de reprimir los atentados contra el orden público una vez que ellos hayan ocurrido. La distinción entre ambas policías es importante no sólo por el principio de separación entre autoridades administrativas y judiciales propiamente dichas sino porque en la práctica numerosas acciones de policía son mixtas y su calificación se funda algunas veces en la finalidad de la acción más que en su contenido (*C. Const., Sent. T-425, M.P. Ciro Angarita Barón*). Finalmente, encontramos las autoridades administrativas de policía en las cuales la Constitución radica los diversos aspectos de la policía administrativa”<sup>583</sup>.

### 5. La dirección de las relaciones exteriores

Entre las atribuciones constitucionales del Presidente de la República figura la de dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales de Colombia con los demás estados y entidades de derecho internacional.

Si bien en la conducción de las relaciones exteriores el presidente ejerce una potestad discrecional, no significa un poder incondicional. Infortunadamente, en Colombia se han dado casos de diplomacia clandestina. Madrid Malo indica entre ellos el famoso canje de notas del 22 de noviembre de 1952, por el cual el ministro de relaciones exteriores de la época, Juan Uribe Olguín, declaró no objetar la soberanía venezolana sobre el archipiélago de Los Monjes.

#### - El ejercicio del derecho de legación

En la Constitución de Ríonegro el nombramiento presidencial de los agentes diplomáticos requería la aprobación del Senado. El numeral 10 del artículo 120 de la Constitución de 1886 atribuyó al Presidente de la República la función de " dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con las demás potencias o soberanas, nombrar libremente y recibir los agentes respectivos, y celebrar con potencias extranjeras tratados y convenios".

#### - La celebración de tratados públicos

En su carácter de Jefe del Estado, el Presidente de la República es el órgano a través del cual los demás estados y sujetos de derecho internacional entran en relación con la República de Colombia.

La competencia para obligar internacionalmente a Colombia es ejercida con participación del Congreso y de la Corte Constitucional; pues al primero corresponde aprobar o improbable los tratados y convenios por el ejecutivo celebrados y a la segunda hacer el análisis de constitucionalidad (*C.P., art. 241-10*).

### Los decretos y la potestad reglamentaria

Dispone la Carta (*art. 189, num 11*) que el Presidente de la República ejerce la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

Decretar es resolver o decidir el que tiene autoridad para ello. En su acepción más amplia, un decreto es la resolución, decisión o determinación adoptada sobre cualquier materia o negocio por una autoridad legislativa, gubernamental oficial. La palabra procede del latín *decretum* que significa resolución o decisión de una autoridad pública.

---

<sup>583</sup> C. Const., Sent. C-024, ene. 27/94. M.P. Alejandro Martínez Caballero.



Con una significación más restringida, el decreto es un acto normativo que dictan las autoridades del poder ejecutivo. No todos los actos emanados de las autoridades ejecutivas tienen carácter normativo, pues carecen de éste las circulares de servicio y otros análogos, que cumplen finalidades informativas con instrucción<sup>584</sup>. En Colombia hablamos de decretos presidenciales, decretos del gobernador, y decretos del alcalde.

#### **- El decreto presidencial**

En el derecho público de Colombia, un decreto presidencial es el acto jurídico, generalmente reglado y sólo por extensión discrecional, que el Presidente de la República dicta para ejercer sus atribuciones constitucionales y legales en materia gubernamental o administrativa.

Con una sola excepción, los decretos del Presidente de la República deben llevar el refrendo del ministro del ramo respectivo, o del correspondiente jefe de departamento administrativo

Pero a la exigencia constitucional del refrendo hay que añadir el requisito de su publicidad conforme a lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo de acuerdo con el cual " los decretos del gobierno sólo rigen y son obligatorios para los particulares una vez hayan sido publicados en el *Diario Oficial*".

El decreto, en cuanto acto administrativo, se incluye dentro de todos los expedientes de las autoridades para cumplir funciones administrativas, cuando en dichos actos se aprecian tres elementos<sup>585</sup>:

1. La realización de una conducta mediante la cual se cumple la actividad administrativa.
2. El influjo directo e inmediato de la inteligencia y de la voluntad en la conducta realizada
3. La capacidad de esa conducta para producir efectos en el ámbito de lo jurídico

Todos los decretos del Presidente de la República, incluidos aquellos por los cuales ejerce potestad discrecional, están sujetos al control de constitucionalidad asignado, según el caso ya sea de la jurisdicción constitucional o contencioso-administrativa.

De los decretos dictados por el Presidente de la República, unos tienen carácter ejecutivo y ejecutorio propio de los actos administrativos y otros tienen fuerza de ley, ya analizados.

Entre los decretos con fuerza de ley se incluye

- a. Los que se limitan a suspender las leyes anteriores y apenas rigen en forma temporal
- b. Los que derogan o modifican la legislación anterior y rigen de modo permanente

A sí mismo de los decretos presidenciales hay unos cuyo control de constitucionalidad se confía a la corte constitucional, mientras que otros son controlados por el Consejo de Estado.

Con respecto al control ejercido por la Corte Constitucional, debe señalarse que éste se

---

<sup>584</sup> Cfr. DEL SANTO, Victor. Diccionario de Ciencias Jurídicas ..., p.314.

<sup>585</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sec. Primera, auto de abril 4/88.

aplica:

- a. En unos casos por vía de acción pública
- b. En otros casos por vía automática u oficiosa.

La acción pública en cuya decisión se demanda a la Corte, incluida la declaratoria judicial de inconstitucionalidad de los decretos presidenciales distintos a los expedidos en *estado de sitio* y de emergencia económica, es la llamada acción de inexecuibilidad, de la cual son titulares todos los ciudadanos.

El control automático u oficioso se ejerce con respecto a los decretos de declaratoria de estado de excepción y de emergencia, y a los expedidos durante la vigencia de uno y otro para ejercer las facultades extraordinarias respectivas.

El Consejo de Estado conoce de las acusaciones de inconstitucionalidad contra los demás decretos del presidente, cuya nulidad puede ser demandada ejerciendo las acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo.

#### **- Decretos reglamentarios**

Son los que dicta el Presidente en ejercicio de la potestad reglamentaria, que le permite al ejecutivo complementar y desarrollar la ley con el fin de proveer a su debida ejecución, mediante actos administrativos de carácter general, personal y objetivo<sup>586</sup>.

La potestad reglamentaria se ejerce con respecto a todos aquéllos actos normativos que desarrollan la función legislativa del estado; los que por su contenido tenga naturaleza material de ley. Por consiguiente, no sólo pueden ser objeto de reglamentación las leyes hechas por el Congreso, sino también los decretos extraordinarios y los dictados por el Presidente de la República cuando actúa como legislador extraordinario.

El poder reglamentario es consecuencia forzosa de la facultad de realizar el derecho consagrado en la carta política y en la ley a través de la reglamentación del Presidente de la República regula los detalles, circunstancias y términos de la ejecución de las normas legislativas, para ejercer a cabalidad lo que constituye la obligación primordial del ejecutivo: obedecer las leyes y velar por su cumplimiento.

#### **- Decretos autónomos**

Se trata de aquellos decretos que el Gobierno dicta para desarrollar directamente, sin mediación alguna del Congreso, ciertas normas constitucionales. A este género de decretos pertenecen:

- Los expedidos para nombrar los ministros y otros agentes del Gobierno (*art. 189-1 y 13*)
- Para nombrar agentes diplomáticos (*art. 189-2*)
- Para permitir el paso de tropas extranjeras por el territorio colombiano (*art. 189-7*)
- para convocar el Congreso a sesiones extraordinarias. (*Art. 200-2*)

Su control de constitucionalidad compete al Consejo de Estado (*art. 237-2*)

Otros tipos de decretos son los decretos de autorizaciones (*art. 150-9 y 237-2*); decretos

---

<sup>586</sup> Cfr. TORRES ZULETA., Gonzalo. La potestad reglamentaria del Jefe del Estado. Ed. Temis, Bogotá, 1979, p. 79.

declaratorios de estados de excepción (arts. 212, 215 y 241-7); Decretos de inspección y vigilancia (arts. 67, 150-8, 189-21-22-24-26, 237-2 y 335); Decretos de intervención económica (arts. 150-21, 237-2 y 334); Decretos ejecutivos (arts. 189-11 y 237-2).

#### 4.5.5.3.3.4 EL ESTATUTO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

##### La elección del Presidente de la República

En nuestra historia constitucional la elección indirecta del Presidente sólo vino a desaparecer de modo definitivo con la reforma de 1910. En efecto, entre 1821 y 1886 el presidente era elegido:

- En la Constitución de 1821, por las asambleas electorales o de provincia, compuestas por electores que nombraban los cantones. Si ninguno o de los candidatos obtenía las dos terceras partes de los votos de los electores que concurrieran, la elección correspondía al Congreso (arts. 30, 34, 72 y 73).

- En la Constitución de 1830, por asambleas electorales integradas por electores cuyo nombramiento correspondía a las asambleas parroquiales. Si ninguno de los candidatos a la presidencia obtenía la pluralidad absoluta de los votos de los electores, correspondía al Congreso elegir al presidente entre los tres candidatos que hubieran reunido el mayor número de votos (arts. 24 y 77).

- En la Constitución de 1832, según el procedimiento ya adoptado por la constitución de 1830 (arts. 30 y 95).

- En la Constitución de 1843, por las asambleas electorales de Cantón (arts. 27 y 28).

- En las constituciones de 1853 (art. 13) y 1858 (art. 60), por el voto directo de los ciudadanos.

- En la Constitución de 1863, por el voto de los estados, “teniendo cada estado un voto”; en el caso de que ningún candidato hubiera obtenido la mayoría absoluta de los votos de los estados, el Congreso elegía entre los que reunieran el mayor número de sufragios. (Art. 75).

- En la constitución de 1886 y hasta 1905, por las asambleas electorales. Los miembros de estas eran elegidos por los ciudadanos que supieran leer y escribir o tuvieran renta anual de quinientos pesos, o propiedad inmueble de \$1.500. (arts. 114, 173 y 174).

Tales procedimientos fueron expresamente derogados por el artículo 5 del acto Legislativo No. 8 de 1905. En el artículo 13 de dicho acto se definió a la ley el señalamiento de la forma en que sería elegido el Presidente de la República. Cinco años más tarde, el artículo 25 del Acto Legislativo No. 3 de 1910 prescribió la elección del Presidente por el voto directo de los ciudadanos, aunque sin admitir el sufragio universal. Pues no todos los ciudadanos de aquella época eran electores del Jefe del Estado. Sólo sufragaban en las elecciones presidenciales los ciudadanos que supiera leer y escribir, o tuvieran renta o propiedad de cierta cuantía.

##### La participación directa

La participación directa de los ciudadanos en la elección presidencial fue aceptada por primera vez en Colombia con la Constitución de 1853, que a su vez instauró entre nosotros el sistema del escrutinio mayoritario a una sola vuelta. Con la concurrencia

inmediata del ciudadano común, la elección del presidente dejaba de ser una mera técnica de escogimiento de la primera autoridad política del país, y adquiría el perfil de consulta popular<sup>587</sup>.

Como puede observarse, durante mucho tiempo estuvieron en boga en Colombia las tesis europeas que excluían de la elección del Jefe del Estado a la mayor parte de los nacionales investidos con la ciudadanía. Para marginarlos se echó mano de muchos argumentos -el tamaño del territorio nacional, el volumen de la población, la falta de tiempo del hombre sencillo para ocuparse de negocios políticos, la una supuesta ineptitud del pueblo con respecto a los asuntos de la cosa pública- , pero todos ellos hubieron de ceder ante las exigencias populares de igualdad y participación<sup>588</sup>.

### Elección por sufragio universal

El sufragio universal es aquel que no está restringido a los ciudadanos por condiciones de sexo, raza, credo religioso, fortuna o cultura. Se admite, sin embargo, que la legislación de cada país limite el ejercicio de la función pública razones de índole profesional, de política criminal o de decoro político. También es admisible que las normas electorales sujeten la actividad de los sufragantes a requisitos y procedimientos.

No quiere esto decir que todos los ciudadanos en activo puedan tomar parte de la elección presidencial. Algunos de ellos no ejercen el sufragio por prohibición constitucional, como sucede con los militares y policías (*art. 168 de la Carta de 1886*). En otros casos, los ciudadanos no pueden votar porque carecen de cédula de ciudadanía, o porque ésta no figura en el censo electoral del lugar donde se hallan.

Como en otros países, la conquista del sufragio universal en Colombia fue un proceso dilatado y lento. Incluso una vez superada las etapas durante las cuales se instituyeron diversas formas de sufragio restringido, transcurrieron muchos años antes de que se admitiera a las mujeres en el electorado.

Hubo sufragio de tipo  *censitario* y *capacitario* en las constituciones de 1821 (*arts. 15, 21*), 1830 (*arts. 14, 20, 22*), 1832 (*arts. 8, 18 y 26*), 1843 (*arts. 9, 19 y 23*) y 1886 (*arts. 15, 173 y 174*). El sufragio universal con respecto a los varones fue consagrado por las constituciones de 1853 (*arts. 3 y 13*) y 1858 (*arts. 5 y 6*).

Un caso llamativo fue de la Constitución de 1863. El estatuto de Rionegro señaló que eran elegibles para los puestos públicos del gobierno general de los Estados Unidos de Colombia los colombianos varones mayores de veintiún años, o que fueran o hubieran sido casados, "con excepción de los ministros de cualquier religión" (*art. 33*). Pero en ninguno de sus otros artículos se definió qué nacionales tenían la calidad de ciudadanos.

En la Constitución de 1886 no todos los nacionales varones y mayores de veintiún años adquirirían la calidad de Ciudadano, porque de ella se excluyó a los vagos y a los mendigos (*art. 15*). Aunque la generalidad de los ciudadanos elegía consejeros municipales y diputados (*art. 172*), la designación de los representantes a la cámara y de los electores presidenciales se reservaba a los que tuvieran las condiciones de educación, renta o propiedad ya anotadas (*art. 173*).

---

<sup>587</sup> Cfr. MADRID-MALO. El Presidente .... p. 81.

<sup>588</sup> Cfr. MADRID-MALO. El Presidente .... p. 81.

El artículo primero del plebiscito del primero de diciembre de 1957 decretó: "las mujeres tendrán los mismos derechos políticos que los varones". Con estas reformas se consolidaba definitivamente el sufragio universal en Colombia al no quedar prohibido el voto por razones distintas de la edad (*art. 14*), la pérdida o suspensión de la ciudadanía (*arts. 14 y 15*) y la pertenencia a la fuerza pública (*art. 168*).

Con la carta de 1886 en el país se aplicaba el denominado sistema mayoritario puro y simple es decir que resultaba elegido presidente el candidato que obtuviera el mayor número de votos, cualquiera que fuere la totalidad de votos obtenidos por sus adversarios.

La Carta de 1991 reglamenta la elección del Presidente de la República así:

*ART. 190.—El Presidente de la República será elegido para un período de cuatro años, por la mitad más uno de los votos que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos en la fecha y con las formalidades que determine la ley. Si ningún candidato obtiene dicha mayoría, se celebrará una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la que sólo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las más altas votaciones. Será declarado Presidente quien obtenga el mayor número de votos. En caso de muerte o incapacidad física permanente de alguno de los dos candidatos con mayoría de votos, su partido o movimiento político podrá inscribir un nuevo candidato para la segunda vuelta. Si no lo hace o si la falta obedece a otra causa, lo remplazará quien hubiese obtenido la tercera votación; y así en forma sucesiva y en orden descendente. Si la falta se produjese con antelación menor a dos semanas de la segunda vuelta, ésta se aplazará por quince días*

### **El periodo presidencial**

En América ya están ensayadas todas las fórmulas políticas sobre la duración de los gobiernos. En 1826 se llegó incluso a sancionar en Bolivia una constitución que establecía la presidencia vitalicia. En el Consejo Nacional de delegatarios de 1885 predominaban hombres de talante reaccionario uno de ellos, don Miguel Antonio Caro, quien aceptó que "el ejecutivo instituido entonces era una monarquía, aunque desgraciadamente electiva"<sup>589</sup>.

Si de cuño monárquico fue la presidencia instaurada por la constitución de 1886, a nadie podía sorprender que en su artículo 114 se estableciera un periodo presidencial de seis años. Hasta entonces ninguna de nuestras constituciones -con la excepción solitaria de la de 1830- había extendido ese término a más de cuatro años. El cuatrienio se adoptó en las cartas políticas colombianas de 1821, (*art. 107*); 1832 (*art. 102*), 1843 (*art. 87*), 1853 (*art. 27*) y 1858 (*art. 61*). El periodo de dos años señalado en la constitución de 1863, sólo tuvo en mira recortar lo más posible el gobierno del general Mosquera.

Con todo, no faltaron los que decidieron alargar el ya muy breve el periodo presidencial de seis años; el artículo cinco del Acto Legislativo número 5 de 1905 dispuso: "el periodo presidencial en curso, y solamente mientras esté a la cabeza del gobierno del señor General Reyes, durará una década, que se contará del uno de enero de 1905 al 31 de diciembre de 1914". El periodo de cuatro años fue restablecido por el artículo 25 del acto Legislativo número tres de 1910 y se mantiene en la Carta de 1991<sup>590</sup>.

<sup>589</sup> RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. La superstición codificada. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1986, p. 30.

<sup>590</sup> Cfr. MADRID-MALO. El Presidente ... p.98.

#### 4.5.5.3.3.5 La responsabilidad del Jefe del Estado

##### **-El presidente: Ciudadano y funcionario**

Como los demás habitantes del territorio colombiano, el Presidente de la República tiene el deber de vivir sometido a la constitución y a las leyes. Como funcionario no sólo es responsable por la infracción de las normas constitucionales o legales, sino por extralimitarse en el ejercicio de sus funciones o por incurrir en omisión con respecto al desempeño de estas. El jefe de estado colombiano está sujeto a responsabilidades de orden político, civil y penal, como ciudadano y como gobernante.

Sobre el particular dispone el artículo 198 superior: "El Presidente de la República, o quien haga sus veces, será responsable de sus actos u omisiones que violen la Constitución o las leyes".

**El fuero del presidente** El Presidente de la República, durante el período para el que sea elegido, o quien se halle encargado de la Presidencia, no podrá ser perseguido ni juzgado por delitos, sino en virtud de acusación de la Cámara de Representantes y cuando el Senado haya declarado que hay lugar a formación de causa. (Art. 199).

En virtud de esta disposición constitucional el Presidente está amparado por una prerrogativa conocida como fuero pleno. Fuero es "una garantía de que gozan determinadas personas por razón del cargo que ocupan o de la actividad que ejercen, y de conformidad con la cual sólo pueden ser juzgadas por jueces especiales"<sup>591</sup>.

##### **Responsabilidad y juzgamiento del Presidente de la República**

Ver lectura complementaria.

##### **El carácter del juicio ante el Senado**

El juzgamiento senatorial de la responsabilidad política del presidente se origina en la institución británica del *impeachment* (acusación), cuyo nombre se ha dado en los Estados Unidos al encausamiento del jefe del ejecutivo por el Senado, previa acusación de la Cámara de Representantes. Es, sin duda, un proceso de carácter punitivo, pero ello no significa que tenga carácter penal. La jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia distingue, dentro del derecho punitivo, el derecho penal de reato y el derecho de comisión por responsabilidad política<sup>592</sup>.

#### 4.5.5.3.3.6 EL GOBIERNO

Como en otros ordenamientos constitucionales, en Colombia el gobierno tiene una doble naturaleza: "por una parte, cuando realiza una actividad política se nos aparece como algo distinto de la administración pública; pero, por otra, en los restantes supuestos, forma parte de ésta y constituye, precisamente, su órgano superior"<sup>593</sup>.

El **gobierno** es el órgano de la rama ejecutiva a cuyo cargo se halla la suprema conducción política del estado, mediante el ejercicio de potestades direccionales que le permite -sin apartarse de los fines señalados por el constituyente- escoger entre un repertorio de soluciones posibles la que estime más justa y saludable para asegurar los bienes eminentes mencionados en el Preámbulo de la Constitución: la justicia, la libertad

<sup>591</sup> Cfr. REYES, Alfonso. Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1988. p. 122.

<sup>592</sup> Cfr. MADRID-MALO. El Presidente ... p. 323.

<sup>593</sup> Cfr. ENTRENA CUESTA, Rafael. Curso de Derecho Administrativo. Ed. Tecnos, Madrid, 1983. V. I, p. 30.

y la paz.

En un estado de derecho todos los poderes constituidos están sujetos al ordenamiento jurídico, pero dentro de las funciones del Estado hay unas que admiten un margen más amplio de discrecionalidad que otras.

Mientras el **Gobierno** es el órgano que dentro de la rama ejecutiva tiene a su cargo las atribuciones políticas, la **administración pública nacional** ha sido definida como " el conjunto de organismos, cuerpos o funcionarios que obran de alguna manera bajo la suprema autoridad administrativa del Presidente de la República por formar parte inmediata o mediata de la rama ejecutiva del poder". 4 Vidal 152

El órgano gubernativo, como se aprecia por la lectura de la norma es una corporación de la cual hacen parte el jefe del estado y otros funcionarios ejecutivos de alta jerarquía. De ellos, los que ostentan rasgo ministerial son "órganos de comunicación del Gobierno con el Congreso". Los restantes -los jefes de departamento administrativo, cuya existencia se remonta a la reforma constitucional de 1945- están al frente de organismos encargados de la prestación de servicios técnicos especiales. A unos y a otros los nombra y remueve discrecionalmente el Jefe del Estado. Unos y otros son, también, jefes superiores de la administración y pueden ejercer, por vía de delegación y previo señalamiento de la ley, algunas de las funciones que corresponden al primer magistrado, como suprema autoridad administrativa.

En cada negocio particular constituyen el gobierno el Presidente y el ministro o director de departamento administrativo correspondiente.

### **Funciones del gobierno en relación con el Congreso**

ART. 200.—Corresponde al gobierno, en relación con el Congreso:

1. Concurrir a la formación de las leyes, presentando proyectos por intermedio de los ministros, ejerciendo el derecho de objetarlos y cumpliendo el deber de sancionarlos con arreglo a la Constitución.
2. Convocarlo a sesiones extraordinarias.
3. Presentar el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas, conforme a lo dispuesto en el artículo 150.
4. Enviar a la Cámara de Representantes el proyecto de presupuesto de rentas y gastos.
5. Rendir a las cámaras los informes que éstas soliciten sobre negocios que no demanden reserva.
6. Prestar eficaz apoyo a las cámaras cuando ellas lo soliciten, poniendo a su disposición la fuerza pública, si fuere necesario.

### **La institución ministerial**

La institución ministerial nació, paradójicamente, en el marco de la monarquía absoluta. Durante los siglos XVI y XVII hubo reyes que por circunstancias personales -falta de espíritu de discernimiento o escasa capacidad de trabajo- se vieron obligados a confiar la tarea del gobierno a hombres que reunían calidades de estadista. Surgió así la figura del primer ministro, que obtenía el asentimiento real para sus decisiones y las imponía después a los otros dignatarios<sup>594</sup>.

---

<sup>594</sup> Cfr. MOUSNIER, Roland. La monarquía absoluta en Europa. Ed. Taurus, Madrid. 1986. p. 139.

En Colombia, los ministros son, a la vez, colaboradores inmediatos del Presidente de la República en el seno del Gobierno y jefes superiores de la administración, pero actúan dentro de un esquema político-constitucional que poco recuerda las formas del parlamentarismo.

En países como Argentina se llama ministros a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. En el orden diplomático se denomina ministro plenipotenciario a la categoría inmediatamente inferior a la de embajador también se habla de ministros en el derecho canónico.

En sentido general ministro es el jefe de cada uno de los departamentos en que se divide la gobernación de un estado<sup>595</sup>. También es entendido como el funcionario superior del poder ejecutivo que se halla al frente de un conjunto de servicios públicos llamado departamento ministerial o ministerio<sup>596</sup>.

Se entiende por ministro del despacho el servidor público que por nombramiento del Presidente de la República hace parte del Gobierno y está al frente de un ministerio, en el cual es jefe de la administración. Bajo la dirección presidencial le corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley. Sirve como vocero del gobierno en el Congreso, presenta proyectos de ley ante las cámaras, rinde informes y atiende citaciones en el caso de ser requerido por aquellas y toma parte en los debates.

#### **- Consejo de ministros**

De acuerdo con el artículo 47 de la Ley 489 de 1998, el consejo de ministros estará conformado por todos los ministros convocados por el Presidente de la República. Mediante convocatoria expresa podrán concurrir también los directores de departamento administrativo, así como los demás funcionarios o particulares que considere pertinente el Presidente de la República.

Sin perjuicio de las funciones que le otorgan la Constitución Política o la ley, corresponde al Presidente de la República fijar las funciones especiales del consejo y las reglas necesarias para su funcionamiento.

#### **- Número, denominación, orden y precedencia de los ministerios**

El número, denominación y orden de precedencia de los ministerios y departamentos administrativos serán determinados por la ley. (*C.P., art. 206*).

El número de ministerios es trece. La denominación, orden y precedencia de los ministerios es la siguiente (*L. 790/2002, art. 7*):

1. Ministerio del Interior y de Justicia
2. Ministerio de Relaciones Exteriores
3. Ministerio de Hacienda y Crédito Público
4. Ministerio de Defensa Nacional
5. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural
6. Ministerio de la Protección Social
7. Ministerio de Minas y Energía

---

<sup>595</sup> DEL SANTO. Op. cit., p. 591.

<sup>596</sup> GARRONE, citado por DEL SANTO. Op. cit., p. 591.



8. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
9. Ministerio de Educación Nacional
10. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial
11. Ministerio de Comunicaciones
12. Ministerio de Transporte
13. Ministerio de Cultura.

### **Los departamentos administrativos**

Los departamentos administrativos son organismos principales de la administración a cuya cabeza está un director, (coloquialmente denominado ministro sin cartera). La denominación y el orden de precedencia de los departamentos administrativos son determinados por la ley.

### **-Objetivos de los ministerios y departamentos administrativos**

Conforme a la Constitución, al acto de creación y a la presente ley, los ministerios y los departamentos administrativos tienen como objetivos primordiales la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del sector administrativo que dirigen. (L. 489/98, art. 58).

### **Funciones generales de los ministros y directores de departamentos administrativos**

De acuerdo con el artículo 208 de la Carta:

Los ministros y los directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en su respectiva dependencia. Bajo la dirección del Presidente de la República, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley.

Los ministros, en relación con el Congreso, son voceros del gobierno, presentan a las cámaras proyectos de ley, atienden las citaciones que aquéllas les hagan y toman parte en los debates directamente o por conducto de los viceministros.

Los ministros y los directores de departamentos administrativos presentarán al Congreso, dentro de los primeros quince días de cada legislatura, informe sobre el estado de los negocios adscritos a su ministerio o departamento administrativo, y sobre las reformas que consideren convenientes.

Las cámaras pueden requerir la asistencia de los ministros. Las comisiones permanentes pueden, además, requerir la de los viceministros, los directores de departamentos administrativos, el Gerente del Banco de la República, los presidentes, directores o gerentes de las entidades descentralizadas del orden nacional y la de otros funcionarios de la rama ejecutiva del poder público.

### **Funciones específicas de los ministros**

La Ley 489 de 1998, en su artículo 61 precisa que, además de las que le señala la Constitución política y las disposiciones legales especiales, las siguientes:

- a) Ejercer, bajo su propia responsabilidad, las funciones que el Presidente de la República les delegue o la ley les confiera y vigilar el cumplimiento de las que por mandato legal se hayan otorgado a dependencias del ministerio, así como de las que se hayan delegado en funcionarios del mismo;

- b) Participar en la orientación, coordinación y control de las superintendencias, entidades descentralizadas y sociedades de economía mixta, adscritas o vinculadas a su despacho, conforme a las leyes y a los respectivos estatutos;
- c) Dirigir y orientar la función de planeación del sector administrativo a su cargo;
- d) Revisar y aprobar los anteproyectos de presupuestos de inversión y de funcionamiento y el prospecto de utilización de los recursos del crédito público que se contemplen para el sector a su cargo;
- e) Vigilar el curso de la ejecución del presupuesto correspondiente al ministerio;
- f) Suscribir en nombre de la Nación y de conformidad con el estatuto general de contratación y la ley orgánica de presupuesto, los contratos relativos a asuntos propios del ministerio, previa delegación del Presidente de la República;
- g) Dirigir las funciones de administración de personal conforme a las normas sobre la materia, y
- h) Actuar como superior inmediato, sin perjuicio de la función nominadora, de los superintendentes y representantes legales de entidades descentralizadas adscritas o vinculadas.

**Calidades para ser ministro o director de departamento administrativo**

Para ser ministro o director de departamento administrativo se requieren las mismas calidades que para ser representante a la Cámara, a saber: ser ciudadano en ejercicio y tener más de veinticinco años de edad en la fecha de la elección. (C.P., art. 207).

**Las superintendencias**

Son organismos descentralizados adscritos a un ministerio que cumplen, dentro de los términos de la autonomía administrativa y financiera señalados por la ley, algunas de las funciones del Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, u otras legalmente conferidas en materia de control, vigilancia e inspección (C.P., art. 150-7)<sup>597</sup>.

Tal como lo dispone el artículo 115 de la Carta, las superintendencias, junto con las gobernaciones y las alcaldías, los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la rama ejecutiva

La única superintendencia de consagración expresa en la Carta de 1991 es la de Servicios Públicos Domiciliarios. Sobre el particular dispone la Carta en su artículo 370 que corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

**Los establecimientos públicos**

Un establecimiento público es un organismo reconocido constitucionalmente, pero de creación legal o autorizado por la ley. Cuenta con personería jurídica, autonomía

---

<sup>597</sup> Cfr. MADRID-MALO. Diccionario. p. 310.

administrativa y patrimonio independiente; atiende funciones administrativas conforme a las reglas del derecho público, bajo el control de tutela de un ministerio o departamento administrativo al cual se halla adscrito.

Los establecimientos públicos están encabezados por un director, presidente o gerente, cuyo nombramiento es de origen presidencial.

Los establecimientos públicos pueden ser del orden nacional, departamental, distrital y municipal.

#### 4.5.5.3.3.7 LA VICEPRESIDENCIA Y SUS FUNCIONES

##### **-Evolución histórica del sistema de reemplazo del Presidente de la República**

El ejemplo de la Constitución de los Estados Unidos de 1787 llevó a varias naciones latinoamericanas a instituir el sistema de un Vicepresidente para reemplazar al Presidente en caso de faltas absolutas o temporales.

En relación con el sistema de reemplazo del Presidente de la República, nuestras constituciones han utilizado diversos mecanismos. A continuación presentamos una síntesis de la obra de Madrid-Malo sobre el tema<sup>598</sup>:

Lo cierto es que todas nuestras constituciones han señalado quienes deben sustituir al Presidente en caso de vacancia:

- La **Constitución de 1821** estableció que el Vicepresidente ejercería la Presidencia en tres casos: a) Por muerte, destitución o renuncia; b) Por ausencia, enfermedad o cualquier falta temporal, y c) en el evento de que el titular y previo acuerdo con el Congreso mandara en persona las fuerzas de mar y tierra.

- La **Constitución de 1830** mantuvo los casos en los que el Vicepresidente se encargaría del ejercicio del poder ejecutivo. También previó que las faltas del Vicepresidente encargado del ejecutivo serían llenadas por el presidente del Senado.

- La **Constitución de 1832** mantuvo las causas y agregó que las faltas del Vicepresidente encargado del ejecutivo serían llenadas por el presidente del Consejo de Estado.

- La **Constitución de 1843** dispuso adicionalmente cuando el poder ejecutivo no pudiera ser ejercido por el presidente ni por el Vicepresidente, lo ejercería el individuo que para el efecto eligiera el Congreso a pluralidad absoluta de votos.

- La **Carta de 1853** reguló la materia en seis artículos y en general mantuvo el sistema pero precisó que en caso de falta temporal o absoluta del Vicepresidente, el poder ejecutivo sería ejercido por un ciudadano **designado** anualmente por el Congreso. Cuando el designado ejerciera el poder ejecutivo, debían ser convocados los ciudadanos para la elección del Presidente.

- La **Constitución de 1858** dispuso que en caso de falta absoluta o temporal del Presidente de la Confederación, asumiría el cargo uno de los tres designados que por mayoría absoluta elegiría cada año el Congreso, indicando el orden para el ejercicio de la función. Si ninguno de ellos pudiere, la presidencia estaría a cargo del Procurador

---

<sup>598</sup> MADRID-MALO. El presidente ... p.120 y ss.

General de la Nación y en su defecto, del secretario de Estado de mayor edad.

-La **Carta de 1863** estableció un sistema similar, pero lo modificó en el sentido de que si ninguno de los tres designados se encontrare en la capital de la Unión o no pudiere hacerse cargo del ejecutivo, este quedaría a cargo del Procurador General y en su defecto, de los presidentes, gobernadores o jefes superiores de los Estados, en el orden de sustitución que señalare anualmente el Congreso.

- La **Carta de 1886** y por las circunstancias políticas de la época, se mantuvo la vicepresidencia para hacer honores al general Eliseo Payán (y por el riesgo de que se opusiera a la Carta). Efectivamente el general Payán tuvo ocasión de ocuparse de la presidencia, pero su actuación generó la primera gran crisis política de la Regeneración "Por decreto dictado seis días después de su posesión liberalizó el inquisitorial régimen de prensa instaurado por Núñez. Fue bruscamente removido de su cargo por un seco telegrama desde Giradot"<sup>599</sup>. La situación se vería nuevamente complicada en el sexenio de 1898 a 1904, pues derrocado el doctor Sanclemente entró a reemplazarlo el Vicepresidente José Manuel Marroquín, bajo cuya administración sobrevino la pérdida de Panamá.

En la misma Carta se estableció que cuando no pudiera ejercerse la presidencia ni por el Vicepresidente ni por el designado, el ejercicio de la presidencia correspondería a los ministros en el orden señalado por el Consejo de Estado, y a los gobernadores, en el orden de proximidad de su residencia a la capital de la república. El Vicepresidente era elegido por los mismos electores y por el mismo periodo que el Presidente; la elección del designado correspondía al Congreso.

- El **acto legislativo 1 de 1905** suprimió los cargos de Vicepresidente y designado e introdujo un sistema que no tenía antecedente en Colombia. Se dispuso que en caso de falta temporal del presidente, este fuera reemplazado por el ministro designado por él. A falta de designado por el gobernador más cercano. En el evento de falta absoluta la sustitución correspondería al ministro que designara el Consejo de Ministros por mayoría absoluta de votos.

- Por medio de los **actos legislativos 2 y 3 de 1910** se restauró la designatura. Cada año el Congreso debía elegir dos designados que en su orden y a falta del presidente ejercerían el poder ejecutivo.

### **El Vicepresidente en la Carta de 1991**

#### **- Elección, período y ejercicio de la vicepresidencia**

ART. 202.—El Vicepresidente de la República será elegido por votación popular el mismo día y en la misma fórmula con el Presidente de la República.

Los candidatos para la segunda votación, si la hubiere, deberán ser en cada fórmula quienes la integraron en la primera.

El Vicepresidente tendrá el mismo período del Presidente y lo reemplazará en sus faltas temporales o absolutas, aún en el caso de que éstas se presenten antes de su posesión.

En las faltas temporales del Presidente de la República bastará con que el Vicepresidente tome posesión del cargo en la primera oportunidad, para que pueda ejercerlo cuantas

---

<sup>599</sup> MADRID-MALO. El presidente..., p. 124.

veces fuere necesario. En caso de falta absoluta del Presidente de la República, el Vicepresidente asumirá el cargo hasta el final del período.

El Presidente de la República podrá confiar al Vicepresidente misiones o encargos especiales y designarlo en cualquier cargo de la rama ejecutiva.

El Vicepresidente no podrá asumir funciones de ministro delegatario.

ART. 203.—A falta del Vicepresidente cuando estuviera ejerciendo la Presidencia, ésta será asumida por un ministro en el orden que establezca la ley.

La persona que de conformidad con este artículo remplace al Presidente, pertenecerá a su mismo partido o movimiento y ejercerá la Presidencia hasta cuando el Congreso, por derecho propio, dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se produzca la vacancia presidencial, elija al Vicepresidente, quien tomará posesión de la Presidencia de la República

### **Funciones del Vicepresidente**

En desarrollo del artículo 202 de la Constitución Política y del Decreto 795 de 1997 (*art. 1*), el Vicepresidente de la República cumplirá las siguientes misiones y encargos especiales:

- a) Representación internacional de Colombia en foros, conferencias y agendas bilaterales definidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores, y
- b) Asesorar a las entidades nacionales encargadas de derechos humanos y lucha contra el narcotráfico.

### **Elección y periodo del Vicepresidente**

De acuerdo con el artículo 204 de la Carta, modificado por el Acto legislativo 2 de 2004 (*art. 3º*), para ser elegido Vicepresidente se requieren las mismas calidades que para ser Presidente de la República.

El Vicepresidente podrá ser reelegido para el período siguiente si integra la misma fórmula del Presidente en ejercicio.

El Vicepresidente podrá ser elegido Presidente de la República para el período siguiente cuando el Presidente en ejercicio no se presente como candidato

### **El ministro delegatario**

Para evitar un presidente viajando al extranjero en ejercicio del cargo y en misión diplomática y otro posesionándose en Colombia se creó la figura del ministro delegatario a la cual se refiere el artículo 196. El Vicepresidente no puede asumir estas funciones. El ministro delegatario no es el “encargado” del ejecutivo, sino que actúa como delegatario.

Dispone el mencionado artículo 196 que: “Cuando el Presidente de la República se traslade a territorio extranjero en ejercicio de su cargo, el ministro a quien corresponda, según el orden de precedencia legal, ejercerá bajo su propia responsabilidad las funciones constitucionales que el Presidente le delegue, tanto aquéllas que le son propias como las que ejerce en su calidad de Jefe del Gobierno. El Ministro Delegatario pertenecerá al mismo partido o movimiento político del Presidente”.

## **4.5.5.3.3.8 LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL NIVEL TERRITORIAL**

### **A. Marco normativo general**

En el análisis que se realizó sobre el territorio del estado se presentaron las entidades territoriales y sus características. En este aparte analizaremos tales entidades pero desde

el punto de vista de sus funciones y funcionarios.

Para tal efecto es necesario recordar que, de acuerdo con el artículo 287 de la Carta, las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

1. Gobernarse por autoridades propias.
2. Ejercer las competencias que les correspondan.
3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
4. Participar en las rentas nacionales

El artículo 288 constitucional, por su parte, establece que “la ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, y que las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de *coordinación, concurrencia y subsidiaridad* en los términos que establezca la ley.

Y el artículo 296 establece como criterio general que “para la conservación del orden público o para su restablecimiento donde fuere turbado, los actos y órdenes del Presidente de la República se aplicarán de manera inmediata y de preferencia sobre los de los gobernadores; los actos y órdenes de los gobernadores se aplicarán de igual manera y con los mismos efectos en relación con los de los alcaldes”.

Para efectos de la reglamentación de la elección y ejercicio del cargo de los miembros de corporaciones públicas de las entidades territoriales el artículo 293 de la Carta hace unas delegaciones a la Ley:

*Sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, períodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales. La ley dictará también las demás disposiciones necesarias para su elección y desempeño de funciones.*

También la Carta establece en su artículo 291 una serie de limitaciones a funcionarios y miembros de corporaciones públicas de las entidades territoriales, al disponer que “los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si lo hicieren perderán su investidura. Los contralores y personeros sólo asistirán a las juntas directivas y consejos de administración que operen en las respectivas entidades territoriales, cuando sean expresamente invitados con fines específicos”.

#### **Voto programático**

Quienes elijan gobernadores y alcaldes, imponen por mandato al elegido el programa que presentó al inscribirse como candidato. La ley reglamentará el ejercicio del voto programático (C.P., art. 259).

#### **Consultas populares a nivel departamental o municipal**

Previo cumplimiento de los requisitos y formalidades que señale el estatuto general de la organización territorial y en los casos que este determine, los gobernadores y alcaldes

según el caso, podrán realizar consultas populares para decidir sobre asuntos de competencia del respectivo departamento o municipio (*C.P., art. 105*).

### **Limitaciones de la ley en materia de tributos**

De acuerdo con el artículo 294 constitucional, la ley no podrá conceder exenciones ni tratamientos preferenciales en relación con los tributos de propiedad de las entidades territoriales. Tampoco podrá imponer recargos sobre sus impuestos salvo lo dispuesto en el artículo 317.

### **Pérdida de investidura de diputados, concejales municipales y distritales y de miembros de juntas administradoras locales.**

En desarrollo de la Constitución, la Ley 617 de 2000, en su artículo 48 establece las causales por las cuales tanto los diputados como los concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura, así:

1. Por violación del régimen de incompatibilidades o del de conflicto de intereses. No existirá conflicto de intereses cuando se trate de considerar asuntos que afecten al concejal o diputado en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general.
2. Por la inasistencia en un mismo período de sesiones a cinco (5) reuniones plenarias o de comisión en las que se voten proyectos de ordenanza o acuerdo, según el caso.
3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de instalación de las asambleas o concejos, según el caso, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.
4. Por indebida destinación de dineros públicos.
5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.
6. Por las demás causales expresamente previstas en la ley.

PAR. 1º—Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor.

PAR. 2º—La pérdida de la investidura será decretada por el tribunal de lo contencioso administrativo con jurisdicción en el respectivo departamento de acuerdo con la ley, con plena observancia del debido proceso y en un término no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la asamblea departamental o del concejo municipal o por cualquier ciudadano. La segunda instancia se surtirá ante la sala o sección del Consejo de Estado que determine la ley en un término no mayor de quince (15) días.

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la causal contemplada en el numeral 2º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, se aplica a los miembros de las Juntas Administradoras Locales<sup>600</sup>.

### **Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; concejales municipales y distritales.**

En desarrollo de las prescripciones constitucionales, la Ley 617 de 2000 (*art. 49*), modificada por la Ley 1148 de 2007 establece lo siguiente:

“Los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, no podrán ser

---

<sup>600</sup> C.E., Sec. Primera, Sent. nov. 21/2003. Exp. 2003-000-42-01. M.P. Camilo Arciniegas Andrade.

miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

PAR. 1º—Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

PAR. 2º—Las prohibiciones para el nombramiento, elección o designación de servidores públicos y trabajadores previstas en este artículo también se aplicarán en relación con la vinculación de personas a través de contratos de prestación de servicios.

PAR. 3º—Prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría. Tratándose de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, las prohibiciones establecidas en el presente artículo se aplicarán únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

#### **4.5.5.3.3.9 LA ADMINISTRACIÓN DEPARTAMENTAL**

Los departamentos gozan de autonomía para la administración de los asuntos seccionales y la planificación y promoción del desarrollo económico y social dentro de su territorio, en los términos establecidos por la Constitución (*Art. 298*).

De acuerdo con la Carta, Los departamentos ejercen las siguientes funciones administrativas:

- De coordinación,
- De complementariedad de la acción municipal,
- De intermediación entre la Nación y los municipios, y
- De prestación de los servicios que determinen la Constitución y las leyes.

La ley es la encargada de reglamentar lo relacionado con el ejercicio de las atribuciones que la Constitución otorga a los departamentos.

#### **Competencias especiales**

Igualmente dispone la Constitución que la ley podrá establecer para uno o varios departamentos diversas capacidades y competencias de gestión administrativa y fiscal distintas a las señaladas para ellos en la Constitución, en atención a la necesidad de mejorar la administración o la prestación de los servicios públicos de acuerdo con su



población, recursos económicos y naturales y circunstancias sociales, culturales y ecológicas (*Art. 302*).

En desarrollo de lo anterior, la ley podrá delegar, a uno o varios departamentos, atribuciones propias de los organismos o entidades públicas nacionales.

### **Autoridades departamentales**

Las principales autoridades departamentales son la asamblea (*art. 299*) y el gobernador (*art. 303*).

### **El gobernador jefe de la administración seccional**

En cada uno de los departamentos habrá un gobernador que será **jefe de la administración seccional** y representante legal del departamento; el gobernador será agente del Presidente de la República para el mantenimiento del orden público y para la ejecución de la política económica general, así como para aquellos asuntos que mediante convenios la Nación acuerde con el departamento (*art. 303, modificado. A.L. 2/2002, art. 1º*).

### **Atribuciones del gobernador**

El artículo 305 de la Carta enuncia cuales son las atribuciones constitucionales de un gobernador de departamento. Haciendo un esfuerzo por agruparlas temáticamente podríamos indicar las siguientes:

- En relación con la Constitución y las leyes:
  - Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los decretos del gobierno y las ordenanzas de las asambleas departamentales (num 1).
- En relación con la función administrativa
  - Dirigir y coordinar la acción administrativa del departamento y actuar en su nombre como gestor y promotor del desarrollo integral de su territorio, de conformidad con la Constitución y las leyes (num 2).
- Dirigir y coordinar los servicios nacionales en las condiciones de la delegación que le confiera el Presidente de la República (num 3).
- Nombrar y remover libremente a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales del departamento. Los representantes del departamento en las juntas directivas de tales organismos y los directores o gerentes de los mismos son agentes del gobernador (num 5).
- Fomentar de acuerdo con los planes y programas generales, las empresas, industrias y actividades convenientes al desarrollo cultural, social y económico del departamento que no correspondan a la Nación y a los municipios (num 6).
- Crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley y a las ordenanzas respectivas. Con cargo al tesoro departamental no podrá crear obligaciones que excedan al monto global fijado para el respectivo servicio en el presupuesto inicialmente aprobado (num 7).
- Velar por la exacta recaudación de las rentas departamentales, de las entidades descentralizadas y las que sean objeto de transferencias por la Nación (*num 11*).

- Escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, de acuerdo con la ley (num 13).

- Ejercer las funciones administrativas que le delegue el Presidente de la República (num 14).

-En relación con las asambleas departamentales

- Presentar oportunamente a la asamblea departamental los proyectos de ordenanza sobre planes y programas de desarrollo económico y social, obras públicas y presupuesto anual de rentas y gastos (num. 4).

- Objetar por motivos de inconstitucionalidad, ilegalidad o inconveniencia, los proyectos de ordenanza, o sancionarlos y promulgarlos (num. 9).

12. Convocar a la asamblea departamental a sesiones extraordinarias en las que sólo se ocupará de los temas y materias para lo cual fue convocada.

- Suprimir o fusionar las entidades departamentales de conformidad con las ordenanzas (num. 8).

-En relación con el nivel municipal

- Revisar los actos de los concejos municipales y de los alcaldes y, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, remitirlos al tribunal competente para que decida sobre su validez (num. 10). Y en general las demás que le señale la Constitución, las leyes y las ordenanzas (num. 15).

La residencia habitual del gobernador será la capital del departamento, pero puede ausentarse de ella en ejercicio de sus funciones y con permiso o por orden del Gobierno, por razones de buen servicio público. Cuando se ausente dejará encargado del despacho para asuntos urgentes a uno de sus secretarios (*D. 1222/86, art. 93*).

## ESTATUTO DE LOS GOBERNADORES

### ***Elección, reemplazo y destitución***

Los gobernadores serán elegidos popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años y no podrán ser reelegidos para el período siguiente. De acuerdo con el artículo 103 de la Carta, siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá gobernador para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el Presidente de la República designará un gobernador para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el gobernador elegido.

La Constitución (*art. 303 INC. 2*) delega en la ley la tarea de fijar las calidades, requisitos, inhabilidades e incompatibilidades de los gobernadores; reglamentar su elección; determinar sus faltas absolutas y temporales; y la forma de llenar estas últimas y dictar las demás disposiciones necesarias para el normal desempeño de sus cargos. Su régimen de inhabilidades e incompatibilidades no será menos estricto que el establecido para el Presidente de la República (*art. 304*).

El Presidente de la República, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderá o destituirá a los gobernadores (*art. 304*).

### De las inhabilidades de los gobernadores

En desarrollo del artículo 303 de la Carta, la ley 617 de 2000, en su artículo 30 establece las inhabilidades de los gobernadores, así:

No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como gobernador:

1. Quien haya sido **condenado** en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.

2. Quienes tengan **dobles nacionalidad**, exceptuando los colombianos por nacimiento.

3. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya **ejercido como empleado público**, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.

4. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la **gestión de negocios** ante entidades públicas del nivel departamental o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.

5. Quien tenga **vínculo** por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.

6. Quien haya desempeñado el cargo de **contralor departamental o procurador delegado** en el respectivo departamento durante un período de doce (12) meses antes de la elección de gobernador.

7. Quien haya desempeñado los cargos a que se refiere el **artículo 197** de la Constitución Nacional<sup>601</sup>.

---

<sup>601</sup> El art. 197 menciona a los siguientes funcionarios: Ministro, Director de Departamento Administrativo, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, o del Consejo Nacional Electoral, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Comandantes de las Fuerzas Militares, Director General

### Las incompatibilidades de los gobernadores

La misma ley 617 de 2000 establece en su artículo 31 las incompatibilidades de los gobernadores:

Los gobernadores, así como quienes sean designados en su reemplazo no podrán:

1. **Celebrar** en su interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, **contrato** alguno con el respectivo departamento, con sus entidades públicas o privadas que manejen o administren recursos públicos provenientes del mismo.
2. Tomar parte en las **actividades de los partidos** o movimientos políticos, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio.
3. **Intervenir** en cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la **celebración de contratos** con la administración pública.
4. **Intervenir**, en nombre propio o ajeno, en procesos o asuntos, **fuera del ejercicio de sus funciones**, en los cuales tenga interés el departamento o sus entidades descentralizadas.
5. **Ser apoderado o gestor** ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales del respectivo departamento, o que administren tributos, tasas o contribuciones del mismo.
6. Desempeñar simultáneamente **otro cargo** o empleo público o privado.
7. **Inscribirse como candidato** a cualquier cargo o corporación de elección popular durante el período para el cual fue elegido.

### Duración de las incompatibilidades de los gobernadores

El Consejo de Estado considera que “De manera general, frente al tema relativo a inhabilidades se observa que el constituyente toma tres posiciones: o bien guarda silencio al respecto, o las establece de manera directa, o bien defiere a la ley esa tarea y, en este último caso, lo hace en dos formas: de manera pura y simple o señalando al legislador determinadas pautas que debe respetar en la reglamentación correspondiente (...).

El artículo 299 de la Carta prevé, entre otras cosas, que el régimen de inhabilidades de los diputados será fijado por la ley y no podrá ser menos estricto que el de los congresistas pero, agrega, **en lo que corresponda**, con lo cual, aparte de lo señalado en la Constitución, el legislador debe hacer el señalamiento e interpretación del texto fuente; el condicionamiento constitucional impide la aplicación directa del artículo 179 *ibídem*, que señala las inhabilidades para los congresistas (...).

Pero debe precisarse que el artículo 304 constitucional, expresamente prevé que el régimen de inhabilidades no podrá ser menos estricto que el establecido para el Presidente de la República (...). Se observa, también, que hay una disposición en la Constitución, el artículo 197, que efectivamente establece inhabilidades para el cargo de Presidente de la República y, por lo mismo, no hay manera de sustraer la concordancia

entre los dos (...). Debe concluirse que, por lo menos, mientras una ley no señale nuevas causales de inhabilidad para ser gobernador, que hagan el régimen más estricto que el señalado para el Presidente de la República, según la opción constitucional, lo son, entre otras, las previstas en el artículo 197 de la Constitución Nacional por la remisión directa que se establece entre las normas y que, en concepto de la Sala, no necesita reglamentación para su aplicación.

Se trata, conforme a lo anterior, de un asunto de aplicación directa de la Constitución y no de aplicación de una disposición por analogía porque ésta se excluye de la interpretación, conforme a los principios generales ya mencionados (...).

Es claro que la disposición establece excepciones a la regla general constituida por el derecho fundamental de ser elegido. En consecuencia, siguiendo los principios generales ya anotados, la interpretación es restrictiva por lo que no puede hacerse aplicación extensiva o por analogía<sup>602</sup>.

### ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES Y DIPUTADOS

En cada departamento habrá una **corporación político-administrativa** de elección popular que se denominará asamblea departamental, la cual estará integrada por no menos de 11 miembros ni más de 31. Dicha corporación gozará de autonomía administrativa y presupuesto propio, y podrá ejercer control político sobre la administración departamental. (*Art. 299, modificado. A.L. 1/2007, art. 3º*).

#### *Atribuciones de las asambleas departamentales*

##### **Las ordenanzas**

Las ordenanzas son actos administrativos expedidos por las asambleas departamentales. La atribución de sancionar y promulgar las ordenanzas corresponde al gobernador. Los proyectos de ordenanza pueden ser objetados por el gobernador por tres motivos: inconstitucionalidad, ilegalidad o inconveniencia.

De acuerdo con el artículo 300 de la Carta, modificado por el Acto legislativo 1 de 1996 (*art. 2*), corresponde a las asambleas departamentales, por medio de ordenanzas:

##### **Marco general de atribuciones**

- Cumplir las funciones que le asignen la Constitución y la ley (Num. 12).
  
- Reglamentar el ejercicio de las funciones y la prestación de los servicios a cargo del departamento (num. 1).
  
- Determinar la estructura de la administración departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta (Num. 7).
  
- Dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal (Num. 8).

##### **Aspectos económicos:**

---

<sup>602</sup> C.E., Sec. Quinta, Sent. mayo 22/95. Exp. 1181. M.P. Mirén de la Lombana de Magyaroff.

- Expedir las disposiciones relacionadas con la planeación, el desarrollo económico y social, el apoyo financiero y crediticio a los municipios, el turismo, el transporte, el ambiente, las obras públicas, las vías de comunicación y el desarrollo de sus zonas de frontera (Num. 2).

- Adoptar de acuerdo con la ley los planes y programas de desarrollo económico y social y los de obras públicas, con la determinación de las inversiones y medidas que se consideren necesarias para impulsar su ejecución y asegurar su cumplimiento (Num. 3).

- Decretar, de conformidad con la ley, los tributos y contribuciones necesarios para el cumplimiento de las funciones departamentales (Num. 4).

- Expedir las normas orgánicas del presupuesto departamental y el presupuesto anual de rentas y gastos (Num. 5).

Los planes y programas de desarrollo y de obras públicas, serán coordinados e integrados con los planes y programas municipales, regionales y nacionales.

#### ***En relación con el gobernador y otros funcionarios departamentales***

- Autorizar al gobernador del departamento para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes y ejercer, *pro t mpore*, precisas funciones de las que corresponden a las asambleas departamentales (Num 9).

- Las ordenanzas a que se refieren los numerales 3<sup>o</sup>, 5<sup>o</sup> y 7<sup>o</sup> del artículo 300, las que decreten inversiones, participaciones o cesiones de rentas y bienes departamentales y las que creen servicios a cargo del departamento o los traspasen a él, sólo podrán ser dictadas o reformadas a iniciativa del gobernador.

- Citar y requerir a los secretarios del despacho del gobernador para que concurran a las sesiones de la asamblea. Las citaciones deberán hacerse con una anticipación no menor de cinco días y formularse en cuestionario escrito. En caso de que los secretarios del despacho del gobernador no concurran, sin excusa aceptada por la asamblea, esta podrá proponer moción de censura. Los secretarios deberán ser oídos en la sesión para la cual fueron citados, sin perjuicio de que el debate continúe en las sesiones posteriores por decisión de la asamblea. El debate no podrá extenderse a asuntos ajenos al cuestionario y deberá encabezar el orden del día de la sesión (*Num. 13, adicionado. A.L. 1/2007, art. 4<sup>o</sup>*).

- Proponer moción de censura respecto de los secretarios de despacho del gobernador por asuntos relacionados con funciones propias del cargo, o por desatención a los requerimientos y citaciones de la asamblea. La moción de censura deberá ser propuesta por la tercera parte de los miembros que componen la asamblea. La votación se hará entre el tercero y el décimo día siguientes a la terminación del debate, con audiencia pública del funcionario respectivo. Su aprobación requerirá el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros que integran la corporación. Una vez aprobada, el funcionario quedará separado de su cargo. Si fuere rechazada, no podrá presentarse otra sobre la misma materia a menos que la motiven hechos nuevos. La renuncia del funcionario respecto del cual se haya promovido moción de censura no obsta para que la misma sea aprobada conforme a lo previsto en este artículo (*Num.14, adicionado. A.L. 1/2007, art. 4<sup>o</sup>*).

- Solicitar informes sobre el ejercicio de sus funciones al contralor del departamento,

secretarios de gabinete, jefes de departamentos administrativos y directores de institutos descentralizados del orden departamental (Num. 11).

### **En relación con los municipios**

- Con sujeción a los requisitos que señale la ley, crear y suprimir municipios, segregar y agregar territorios municipales y organizar provincias (Num. 6).

- Regular, en concurrencia con el municipio, el deporte, la educación y la salud en los términos que determine la ley (Num. 10).

### **Delegación de funciones de las asambleas departamentales**

Será la Ley la encargada de señalar los casos en los cuales las asambleas podrán delegar en los concejos municipales las funciones que ella misma determine. En cualquier momento, las asambleas podrán reasumir el ejercicio de las funciones delegadas (C.P., art. 301).

### **Composición de las asambleas departamentales**

#### **- Número de diputados por departamento**

Para las elecciones que se realicen octubre de 2007 y de acuerdo con el decreto 2833/07 (art. 1), cada departamento elegirá el número de diputados a las asambleas departamentales que a continuación se señala:

<b>Departamento</b>	<b>Nº de diputados</b>
Amazonas	11
Antioquia	26
Arauca	11
Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina	11
Atlántico	14
Bolívar	14
Boyacá	16
Caldas	14
Caquetá	11
Casanare	11
Cauca	13
Cesar	11
Chocó	11
Córdoba	13
Cundinamarca	16
Guainía	11
Guaviare	11
Huila	12
La Guajira	11
Magdalena	13
Meta	11
Nariño	14
Norte de Santander	13
Putumayo	11
Quindío	11
Risaralda	12
Santander	16
Sucre	11
Tolima	15
Valle del Cauca	21



Vaupés	11
Vichada	11

### **Sesiones de las asambleas departamentales**

De acuerdo con la Ley 617/2000, (*art. 29.*), las asambleas sesionarán durante seis (6) meses en forma ordinaria, así:

- El primer período será, en el primer año de sesiones, del 2 de enero posterior a su elección al último del mes de febrero de respectivo año.
- El segundo y tercer año de sesiones tendrá como primer período el comprendido entre el 1º de marzo y el 30 de abril.
- El segundo período será del primero de junio al 30 de julio, y el tercer período, será del 1º de octubre al 30 de noviembre.

Podrán sesionar igualmente durante un mes al año de forma extraordinaria, que se remunerará proporcionalmente al salario fijado.

### **ESTATUTO DE LOS DIPUTADOS**

#### **Elección de diputados a asambleas departamentales**

Para ser elegido diputado se requiere ser ciudadano en ejercicio, no haber sido condenado a pena privativa de la libertad, con excepción de los delitos políticos o culposos y haber residido en la respectiva circunscripción electoral durante el año inmediatamente anterior a la fecha de la elección. El período de los diputados será de cuatro años y tendrán la calidad de servidores públicos. (*Art. 299*).

Es tarea de la ley fijar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados. No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda. El período de los diputados será de cuatro años y tendrán la calidad de servidores públicos.

Para ser elegido diputado se requiere ser ciudadano en ejercicio, no haber sido condenado a pena privativa de la libertad, con excepción de los delitos políticos o culposos y haber residido en la respectiva circunscripción electoral durante el año inmediatamente anterior a la fecha de la elección.

Los miembros de la asamblea departamental tendrán derecho a una remuneración durante las sesiones correspondientes y estarán amparados por un régimen de prestaciones y seguridad social, en los términos que fijen la ley. (*Art. 299, modificado. A.L. 1/2007, art. 3º*).

#### **De las inhabilidades de los diputados**

De acuerdo con la Ley 617 de 2000 (*art. 30*) no podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado quien se encuentre en una de las siguientes situaciones:

1. Quien haya sido condenado por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.
2. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.



3. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.

4. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.

5. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo departamento en la misma fecha.

### **De las incompatibilidades de los diputados**

De acuerdo con la Ley 617 de 2000 (*art. 34*), los diputados no podrán:

1. Aceptar o desempeñar cargo como empleado oficial; ni vincularse como contratista con el respectivo departamento.

2. Intervenir en la gestión de negocios o ser apoderado ante entidades del respectivo departamento o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, con las excepciones de que trata el artículo siguiente.

3. Ser miembro de juntas o consejos directivos del sector central o descentralizado de cualquier nivel del respectivo departamento, o de instituciones que administren tributos, tasas o contribuciones procedentes del mismo.

4. Celebrar contratos o realizar gestiones con quienes administren, manejen, o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo departamento, o sean contratistas del mismo, o reciban donaciones de este.

3. Ser representante legal, miembro de juntas o consejos directivos, auditor o revisor fiscal, empleado o contratista de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento.

PAR.—El funcionario público departamental que nombre a un diputado para un empleo o cargo público o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta.

#### **- Excepciones**

De acuerdo con la Ley 617 de 2000 (*art. 35*), lo dispuesto en los artículos anteriores no obsta para que los diputados puedan, directamente o por medio de apoderado, actuar en los siguientes asuntos:

1. En las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos tengan interés.
2. Formular reclamos por el cobro de impuestos, contribuciones, tasas y de multas que graven a las mismas personas.
3. Usar los bienes y servicios que las entidades oficiales de cualquier clase, las prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social ofrezcan al público, bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten.
4. Ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la rama jurisdiccional del poder público. Sin embargo, los diputados durante su período constitucional no podrán ser apoderados ni peritos en los procesos de toda clase que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo departamento, los establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales del orden departamental y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento (50%) del capital.

#### **—Duración de las incompatibilidades**

De acuerdo con la Ley 617 de 2000 (*art. 26*), las incompatibilidades de los diputados tendrán vigencia durante el período constitucional para el cual fueron elegidos. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Quien fuere llamado a ocupar el cargo de diputado, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.

#### **Pérdida de investidura de los diputados**

El Consejo de Estado precisa como “La Constitución Política, a diferencia de lo que ocurre respecto de la pérdida de la investidura de los congresistas (*C.P., art. 184*), no determinó la competencia para conocer de los procesos de pérdida de la investidura de los diputados. La Ley 136 de este año, por su parte, atribuye esa competencia a los tribunales de lo contencioso-administrativo de los respectivos departamentos en cuanto a la acción de pérdida de la investidura de los concejales (*L. 136/94, art. 55*).

2. De allí que en tanto no se expida la ley que determine la competencia para conocer de los procesos de pérdida de investidura de los diputados no es posible acoger las demandas que se formulen con ese objeto, precisamente porque se desconoce si ella corresponderá a esta corporación; por la misma razón no es dable cumplir tampoco lo previsto en el artículo 143, inciso 4º del Código Contencioso-Administrativo<sup>603</sup>.

---

<sup>603</sup> C.E., S. Plena, Sent. sep. 5/94. Exp. AC-2052. M.P. Amado Gutiérrez Velásquez.

### Las inhabilidades de los congresistas se extienden a los diputados

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado: "No podrán ser elegidos diputados ni concejales quienes dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección hayan sido empleados públicos o trabajadores oficiales, ni quienes en cualquier época y por autoridad competente hayan sido excluidos en el ejercicio de una profesión o se encuentren en interdicción para la ejecución de funciones públicas.

(...).

c) De no existir, hipotéticamente, un régimen legal (anterior a la Constitución que no la contraría o posterior) existe un mínimo de régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los diputados, por la remisión expresa que hace la Carta Política, en el artículo 299, al de los congresistas.

d) El régimen de inhabilidades e incompatibilidades está previsto en la Constitución y en la ley y por lo tanto es taxativo, como todo régimen de prohibiciones.

e) Deben hacerse dos precisiones, de carácter constitucional, con respecto al legislador en materia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Esas precisiones son que la Constitución Nacional le

- atribuyó competencia para fijar, si lo quiere, un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los diputados, más riguroso que el establecido para los congresistas, en lo que corresponda y le
- prohibió, expresamente, disminuir el mínimo de rigor del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los diputados, con relación al de los congresistas.

Mientras el legislador no dicte un régimen especial de inhabilidades e incompatibilidades en todos los campos para los diputados, en el cual haga más riguroso, en comparación con el de los congresistas, se acudirá al de estos, por el reenvío que hace la Constitución al régimen de los congresistas, en lo que corresponda"<sup>604</sup>.

### **La inviolabilidad de las opiniones de los congresistas no se extiende a los diputados**

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional: "El control político, adscrito constitucionalmente a los congresistas, para que sea efectivo, debe ir acompañado de la inviolabilidad de las opiniones expresadas en ejercicio de sus funciones de los parlamentarios. Así lo estableció la Constitución (C.P., art. 185). Tal inviolabilidad no está consagrada en la Carta ni para el control político que ejercen los ciudadanos, ni tampoco para los diputados. Es más:

El control político escapa a las atribuciones de los diputados en razón de que Colombia es una República unitaria (C.P., art. 1º).

Siendo este control político propio de los congresistas, se colige que es contrario a la Constitución extenderlo a los diputados y, consecuentemente, tampoco se puede incluir dentro de la inviolabilidad de opiniones expresadas en ejercicio de sus funciones a los diputados porque dicha inclusión viola los artículos 1º, 40, 114, 135 (num. 8º, 9º) de la C.P.P. Por lo tanto, la disposición del Código de Régimen Departamental (D. 1222/86), artículo 59, en la parte que establece que: "Los diputados no serán responsables por las opiniones que emitan en el curso de los debates...", es contraria a la Carta y por lo mismo inaplicable (C.P., art. 4º). No puede una norma inferior consagrar una garantía institucional que los constituyentes sólo establecieron para los congresistas:

Además, las asambleas son y han sido entidades administrativas, esto implica que el

<sup>604</sup> C.E., S. Plena, Sent. 140. ago. 8/2000. Exp. S-140. M.P. María Elena Giraldo Gómez.

control que ejercen es administrativo, ello se colige del inicial artículo 300 de la C.P., y del artículo 2º del Acto Legislativo N° 1 de 1996. Los diputados no pueden invocar la inviolabilidad de sus opiniones porque no gozan de ella<sup>605</sup>.

### **Inhabilidades para parientes de diputados y concejales**

ART. 292.—Los diputados y concejales y sus parientes dentro del grado que señale la ley no podrán formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio.

No podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

### **4.5.5.3.3.10 La ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL**

#### **Observaciones generales**

El municipio es una persona de derecho público que depende siempre de una o varias entidades públicas superiores (el departamento y la Nación).

Al municipio como entidad fundamental de la **división político-administrativa** del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes. ( *Art. 311*).

#### **Elecciones de autoridades locales**

ART. 316.—En las votaciones que se realicen para la elección de autoridades locales y para la decisión de asuntos del mismo carácter, sólo podrán participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio.

El alcalde será elegido popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años, y no podrá ser reelegido para el período siguiente (*art. 314, modificado. A.L. 2/2002, art. 3º*).

### **EI ALCALDE MUNICIPAL**

En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local, primera autoridad de policía y representante legal del municipio.

El término alcalde proviene del árabe *al cadí* (el cadí) y era considerado como un juez que presidía el ayuntamiento, la corporación que integraban el alcalde y los concejales de la municipalidad de cada población y estaba encargado de hacer ejecutar sus acuerdos, dictar bandos para mantener el buen orden y la salubridad y cuidado de todo lo relacionado con la policía urbana. En países como Argentina se lo conoce como intendente o comisionado.

#### **Atribuciones del alcalde**

De acuerdo con el artículo 315 de la Constitución, son atribuciones del alcalde:

---

<sup>605</sup> C. Const., Sent. T-405, ago. 23/96. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

### **Generales**

- Cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos del gobierno, las ordenanzas, y los acuerdos del Concejo (Num. 1).
- Representarlo judicial y extrajudicialmente
- Conservar el orden público en el municipio, de conformidad con la ley y las instrucciones y órdenes que reciba del Presidente de la República y del respectivo gobernador. El alcalde es la primera autoridad de policía del municipio. La Policía Nacional cumplirá con prontitud y diligencia las órdenes que le imparta el alcalde por conducto del respectivo comandante (Num. 2).

### **En relación con la administración del municipio:**

- Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo; y nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes (Num. 3).
- Suprimir o fusionar entidades y dependencias municipales, de conformidad con los acuerdos respectivos (Num. 4).
- Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado (Num. 7).
- Ordenar los gastos municipales de acuerdo con el plan de inversión y el presupuesto (Num. 9).

### **En relación con el Consejo Municipal:**

- Presentar oportunamente al concejo los proyectos de acuerdo sobre planes y programas de desarrollo económico y social, obras públicas, presupuesto anual de rentas y gastos y los demás que estime convenientes para la buena marcha del municipio (Num. 5).
- Sancionar y promulgar los acuerdos que hubiere aprobado el Concejo y objetar los que considere inconvenientes o contrarios al ordenamiento jurídico (Num. 6).
- Colaborar con el Concejo para el buen desempeño de sus funciones, presentarle informes generales sobre su administración y convocarlo a sesiones extraordinarias, en las que sólo se ocupará de los temas y materias para los cuales fue citado (Num. 8).

Dispone el numeral 10 del artículo 315 constitucional que el alcalde tendrá las demás funciones que la Constitución y la ley le señalen.

La Ley 136 de 1994 en su artículo 91 establece, por su parte y como precisión a las disposiciones constitucionales, que los alcaldes ejercerán las funciones siguientes:

#### **A. En relación con el concejo**

1. Presentar los proyectos de acuerdo que juzgue convenientes para la buena marcha del municipio.
2. Presentar oportunamente los proyectos de acuerdo sobre planes y programas de desarrollo económico y social, y de obras públicas, que deberá estar coordinado con los planes departamentales y nacionales.
3. Presentar dentro del término legal el proyecto de acuerdo sobre el presupuesto anual de rentas y gastos.
4. Colaborar con el concejo para el buen desempeño de sus funciones; presentarles informes generales sobre su administración en la primera sesión ordinaria de cada año, y

convocarlo a sesiones extraordinarias en las que sólo se ocupará de los temas y materias para los cuales fue citado.

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

6. Reglamentar los acuerdos municipales.

7. Enviar al gobernador, dentro de los cinco (5) días siguientes a su sanción o expedición los acuerdos del concejo, los decretos de carácter general que expida, los actos mediante los cuales se reconozca y decrete honorarios a los concejales y los demás de carácter particular que el gobernador le solicite.

8. Aceptar la renuncia o conceder licencia a los concejales, cuando el concejo esté en receso.

En relación con las objeciones a los proyectos de acuerdo, el artículo 78 de la Ley 136/94 dispone que “el alcalde puede objetar los proyectos de acuerdo, aprobados por el concejo por motivos de inconveniencia o por ser contrarios a la Constitución, la ley y las ordenanzas.

El alcalde dispone de cinco días para devolver con objeciones un proyecto de no más de veinte artículos, de diez días cuando el proyecto sea de veintiuno a cincuenta artículos y hasta de veinte días cuando el proyecto exceda cincuenta artículos.

Si el concejo no estuviere reunido, el alcalde está en la obligación de convocarlo en la semana siguiente a la fecha de las objeciones. Este período de sesiones no podrá ser superior a cinco días”.

### **B. En relación con el orden público**

1. Conservar el orden público en el municipio, de conformidad con la ley y las instrucciones del Presidente de la República y del respectivo gobernador. La Policía Nacional cumplirá con prontitud y diligencia las órdenes que le imparta el alcalde por conducto del respectivo comandante.

2. Dictar para el mantenimiento del orden público o su restablecimiento de conformidad con la ley, si fuera del caso, medidas tales como:

a) Restringir y vigilar la circulación de las personas por vías y lugares públicos;

b) Decretar el toque de queda;

c) Restringir o prohibir el expendio y consumo de bebidas embriagantes;

d) Requerir el auxilio de la fuerza armada en los casos permitidos por la Constitución y la ley, y

e) Dictar dentro del área de su competencia, los reglamentos de policía local necesarios para el cumplimiento de las normas superiores, conforme al artículo 9º del Decreto 1355 de 1970 y demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen.

PAR. 1º—La infracción a las medidas previstas en los literales a), b) y c), se sancionarán por los alcaldes con multas hasta de dos salarios legales mínimos mensuales.

PAR. 2º—Para dar cumplimiento a lo dispuesto por la Ley 52 de 1990, los alcaldes estarán obligados a informar a la oficina de orden público y convivencia ciudadana del Ministerio de Gobierno, los hechos o circunstancias que amenacen con alterar o subvertir el orden público o la paz de la comunidad, con la especificidad de las medidas que se han tomado para mantenerlo o restablecerlo.

### **C. En relación con la Nación, al departamento y a las autoridades jurisdiccionales**

1. Conceder permisos, aceptar renunciaciones y posesionar a los empleados nacionales que ejerzan sus funciones en el municipio, cuando no haya disposición que determine la autoridad que deba hacerlo, en casos de fuerza mayor o caso fortuito o cuando reciba tal



delegación.

2. Coordinar y supervisar los servicios que presten en el municipio entidades nacionales o departamentales e informar a los superiores de las mismas, de su marcha y del cumplimiento de los deberes por parte de los funcionarios respectivos en concordancia con los planes y programas de desarrollo municipal.
3. Visitar periódicamente las dependencias administrativas y las obras públicas que se ejecuten en el territorio de la jurisdicción.
4. Ejercer las funciones que le delegue el gobernador.
5. Colaborar con las autoridades jurisdiccionales cuando éstas requieran de su apoyo e intervención.

#### **D. En relación con la administración municipal**

1. Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y de la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente.
2. Nombrar y remover los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes y directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes.
3. Suprimir o fusionar entidades o dependencias municipales, de conformidad con los acuerdos respectivos.

Los acuerdos que sobre este particular, expida el concejo, facultarán al alcalde para que ejerza la atribución con miras al cumplimiento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad definidos por el artículo 209 de la Constitución Política.

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

Los acuerdos que sobre este particular se expidan podrán facultar al alcalde para que sin exceder el monto presupuestal fijado, ejerza dicha función pro t mpore, en los términos del artículo 209 de la Constitución Política.

5. Ordenar los gastos y celebrar los contratos y convenios municipales de acuerdo con el plan de desarrollo económico, social y con el presupuesto, observando las normas jurídicas aplicables.

6. Ejercer jurisdicción coactiva para hacer efectivo el cobro de las obligaciones a favor del municipio. Esta función puede ser delegada en las tesorerías municipales y se ejercerá conforme a lo establecido en la legislación contencioso administrativa y de procedimiento civil.

7. Velar por el cumplimiento de las funciones de los empleados oficiales municipales y dictar los actos necesarios para su administración.

8. Apoyar con recursos humanos y materiales el buen funcionamiento de las juntas administradoras locales.

9. Imponer multas hasta por diez (10) salarios mínimos diarios, según la gravedad, a quienes le desobedezcan, o le falten al respecto, previo procedimiento sumario administrativo donde se observe el debido proceso y el derecho de defensa, de conformidad con los acuerdos correspondientes.

La oportunidad para el pago y la conversión de las sumas en arresto se gobiernan por lo prescrito en la ley.

10. Ejercer el poder disciplinario respecto de los empleados oficiales bajo su dependencia.

11. Señalar el día o los días en que deba tener lugar el mercado público.

12. Conceder licencias y aceptar renunciaciones a los funcionarios y miembros de las juntas, concejos (sic) y demás organismos cuyos nombramientos corresponda al concejo, cuando

este no se encuentre reunido, y nombrar interinamente a quien deba reemplazarlos, excepto en los casos en que esta ley (L. 136/94) disponga otra cosa.

13. Coordinar las actividades y servicios de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales, sociedades de economía mixta, fondos rotatorios y unidades administrativas especiales del municipio.

14. Distribuir los negocios, según su naturaleza, entre las secretarías, departamentos administrativos y establecimientos públicos.

15. Conceder permisos a los empleados públicos municipales de carrera administrativa para aceptar con carácter temporal cargos de la Nación o del departamento.

16. Adelantar acciones encaminadas a promover el mejoramiento económico de los habitantes del municipio.

17. Desarrollar acciones encaminadas a garantizar la promoción de la solidaridad y la convivencia entre los habitantes del municipio, diseñando mecanismos que permitan la participación de la comunidad en la planeación del desarrollo, la concertación y la toma de decisiones municipales.

18. Velar por el desarrollo sostenible en concurrencia con las entidades que determine la ley.

19. Ejecutar acciones tendientes a la protección de las personas, niños e indigentes y su integración a la familia y a la vida social, productiva y comunitaria.

#### **E. Con relación a la ciudadanía**

1. Informar sobre el desarrollo de su gestión a la ciudadanía de la siguiente manera: En los municipios de 3ª, 4ª, 5ª y 6ª categoría, a través de bandos y medios de comunicación local de que dispongan. En los municipios de la categoría 1ª, 2ª y especial, a través de las oficinas de prensa de la alcaldía.

2. Convocar por lo menos dos veces al año a ediles, a las organizaciones sociales y veedurías ciudadanas, para presentar los informes de gestión y de los más importantes proyectos que serán desarrollados por la administración.

3. Difundir de manera amplia y suficiente el plan de desarrollo del municipio a los gremios, a las organizaciones sociales y comunitarias y a la ciudadanía en general.

4. Facilitar la participación ciudadana en la elaboración del plan de desarrollo municipal.

PAR.—El alcalde que en ejercicio de la función conferida en el numeral 5º de este artículo exceda el presupuesto de la vigencia o la capacidad de endeudamiento establecida, incurrirá en causal de mala conducta.

#### **Prohibiciones a los alcaldes**

Es prohibido a los alcaldes:

1. Inmiscuirse en asuntos de actos oficiales que no sean de su competencia.

2. Decretar en favor de cualquier persona o entidad, gratificaciones, indemnizaciones o pensiones que no estén destinadas a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a la ley, los acuerdos y las decisiones jurisdiccionales.

3. Decretar por motivos políticos, actos de proscripción o persecución contra personas o corporaciones, o decretar insubsistencias masivas. Los retiros masivos de personal solamente podrán realizarse en los casos autorizados por la ley o cuando se ordene la supresión, fusión o restauración de entidades, con arreglo a los acuerdos que lo regulen. (L.136/94, ART. 97).

## **EL ESTATUTO DE LOS ALCALDES**

### **Elección y período del alcalde**



Por expresa disposición de la Carta (*Art. 314.—Modificado. A.L. 2/2002, art. 3º*), el alcalde será elegido popularmente para periodos institucionales de cuatro años y no podrá ser reelegido para el periodo siguiente.

—**Calidades.** Para ser elegido alcalde se requiere ser ciudadano colombiano en ejercicio y haber nacido o ser residente en el respectivo municipio o de la correspondiente área metropolitana durante un (1) año anterior a la fecha de la inscripción o durante un período mínimo de tres (3) años consecutivos en cualquier época (*L. 136/94, art. 86*).

—**Renuncias, permisos y licencias.** La renuncia del alcalde o la licencia o el permiso para separarse transitoriamente del cargo, la aceptará o concederá, el gobernador respectivo o el Presidente de la República en el caso del Distrito Capital de Bogotá. Las incapacidades médicas serán certificadas por el médico legista u oficial del lugar o por la entidad de previsión o servicio de seguridad social, si lo hubiere, en el respectivo municipio o distrito. (*L. 136/94, art. 100*).

De acuerdo con el artículo 134 de la Carta, modificado por el Acto Legislativo 2 de 2002 (*art. 3*), siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá alcalde para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el gobernador designará un alcalde para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el alcalde elegido.

El presidente y los gobernadores, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderán o destituirán a los alcaldes.

La ley establecerá las sanciones a que hubiere lugar por el ejercicio indebido de esta atribución.

### **Inhabilidades e incompatibilidades de los alcaldes**

#### **Inhabilidades para ser alcalde**

Las leyes 136/94 (*art. 95*) y 617 de 2000 (*art. 37*) establecen que no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital que se encuentre en una de las siguientes condiciones:

1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.

2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o en la celebración de contratos con entidades

públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio. Así mismo, quien dentro del año anterior a la elección, haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.

4. Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.

5. Haber desempeñado el cargo de contralor o personero del respectivo municipio en un período de doce (12) meses antes de la fecha de la elección”.

### **Incompatibilidades de los alcaldes**

La Ley 617 de 2000 (*art. 38*) establece que los alcaldes, así como los que los reemplacen en el ejercicio del cargo no podrán:

1. Celebrar en su interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con el respectivo municipio, con sus entidades públicas o privadas que manejen o administren recursos públicos provenientes del mismo.

2. Tomar parte en las actividades de los partidos sin perjuicio de ejercer el derecho al sufragio.

3. Intervenir en cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la celebración de contratos con la administración pública.

4. Intervenir, en nombre propio o ajeno, en procesos o asuntos, fuera del ejercicio de sus funciones, en los cuales tenga interés el municipio, distrito, o sus entidades descentralizadas.

5. Ser apoderado o gestor ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales, o que administren tributos.

6. Desempeñar simultáneamente otro cargo o empleo público o privado.

7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido.

PAR.—Lo dispuesto en el presente artículo se entiende sin perjuicio de las excepciones a las incompatibilidades de que tratan los literales a), b), c) y d) del artículo 46 de la Ley 136 de 1994.

### **—Duración de las incompatibilidades del alcalde municipal y distrital**

Las incompatibilidades de los alcaldes municipales y distritales a que se refieren los numerales 1º y 4º, tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. En el caso

de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7º tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción.

El mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades regirá para el Distrito Capital de Bogotá, D.C.

PAR.—Para estos efectos la circunscripción nacional, coincide con cada una de las circunscripciones territoriales. (*L. 617/2000, art. 39*).

### **Suspensión de alcaldes**

De acuerdo con la Ley 136/94 (*art. 105*), el Presidente de la República en el caso del Distrito Capital de Bogotá, y los gobernadores en los demás casos, suspenderán a los alcaldes en los siguientes eventos:

1. Por haberse dictado en su contra, resolución acusatoria debidamente ejecutoriada, con privación de la libertad, aunque se decrete en favor del alcalde la excarcelación.
2. Por haberse dictado en su contra, medida de aseguramiento, con privación efectiva de la libertad, siempre que esté debidamente ejecutoriada.
3. A solicitud de autoridad jurisdiccional competente de acuerdo con el régimen disciplinario previsto en la ley.
5. Cuando la Contraloría solicite la suspensión provisional de conformidad a lo establecido en el numeral 8º del artículo 268 de la Constitución Política. La contraloría bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios.

En relación con este numeral 5º y en los términos de la sentencia C-603 de mayo 24 de 2000, de la Corte constitucional, los contralores distritales y municipales podrán exigir al Presidente de la República y a los gobernadores la suspensión de los alcaldes.

En caso de delitos culposos, solamente habrá lugar a la suspensión de que trata el numeral segundo cuando no se decrete en favor del alcalde la excarcelación u otro beneficio que implique la libertad física.

### **Destitución de alcaldes**

De acuerdo con la Ley 136/94 (*art. 104*), el Presidente de la República en el caso del Distrito Capital de Bogotá, y los gobernadores en los demás casos, destituirán a los alcaldes cuando se haya proferido sentencia condenatoria de carácter penal debidamente ejecutoriada, aun cuando en su favor se decrete cualquier beneficio.

## **LOS CONCEJOS MUNICIPALES**

En cada municipio habrá una **corporación político-administrativa** elegida popularmente para períodos de cuatro (4) años que se denominará concejo municipal, integrado por no menos de 7, ni más de 21 miembros según lo determine la ley de acuerdo con la población respectiva. Esta corporación podrá ejercer control político sobre la administración municipal.

La ley determinará las calidades, inhabilidades, e incompatibilidades de los concejales y la época de sesiones ordinarias de los concejos. **Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos.**

La ley podrá determinar los casos en que tengan derecho a honorarios por su asistencia a sesiones.

Su aceptación de cualquier empleo público constituye falta absoluta (*C.P. art.312, Modificado. A.L. 1/2007, art. 5º*).

### **Atribuciones de los concejos municipales**

La Constitución establece en su artículo 313, desarrollado por el artículo 32 de la ley 132 de 1994, las siguientes atribuciones a los concejos:

1. Reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios a cargo del municipio y disponer lo referente a la policía en sus distintos ramos, sin contravenir las leyes y ordenanzas, ni los decretos del Gobierno Nacional o del gobernador respectivo.

2. Adoptar los correspondientes planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas. Los concejos municipales mediante acuerdo a iniciativa del alcalde establecerán la forma y los medios como los municipios puedan otorgar los beneficios establecidos en el inciso final de los artículos 13, 46 y 368 de la Constitución Nacional. (13: Igualdad material; 46: Protección a los acianos, y 368: Subsidios para el pago de servicios públicos domiciliarios).

3. Dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos, el cual deberá corresponder al plan municipal o distrital de desarrollo, de conformidad con las normas orgánicas de planeación.

4. Establecer, reformar o eliminar tributos, contribuciones, impuestos y sobretasas, de conformidad con la ley. A través de estas facultades no se autoriza a los municipios para gravar las rentas que el sector exportador haga al exterior.

5. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.

6. A nivel del alcalde y la administración municipal, los concejos podrán exigir los informes escritos o citar a los secretarios de la alcaldía, directores de departamentos administrativos o entidades descentralizadas municipales, al contralor o al personero, así como a cualquier funcionario municipal, excepto el alcalde, para que en sesión ordinaria haga declaraciones orales sobre asuntos relacionados con la marcha del municipio. Igualmente autorizan al alcalde para ejercer *pro tempore* precisas funciones de las que corresponden al Concejo y para delegar en sus subalternos o en las juntas administradoras locales algunas funciones administrativas distintas de las que dispone la ley (L. 132/94). También es competencia de los concejos reglamentar la autorización al alcalde para contratar, señalando los casos en que requiere autorización previa del concejo.

4. Autorizar al alcalde

7. Reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda y determinar la nomenclatura de las vías públicas y de los predios o domicilios.

8. Dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio y velar por la preservación y defensa del patrimonio cultural.

8. Organizar la contraloría y la personería y dictar las normas necesarias para su funcionamiento. Elegir personero para el período que fije la ley y los demás funcionarios que ésta determine.

10. Las demás que la Constitución y la ley le asignen

Aquellas funciones normativas del municipio para las cuales no se haya señalado si la competencia corresponde a los alcaldes o los concejos, se entenderán asignada a estas corporaciones, siempre y cuando no contraríen la Constitución y la ley.

### **Moción de cesura y moción de observaciones**

Mediante el Acto legislativo 1 de 2007 (*art. 6*), se adicionaron al artículo 313 los numerales 11 y 12 relacionados con esta atribución de los concejos:

11. En las capitales de los departamentos y los municipios con población mayor de veinticinco mil habitantes, citar y requerir a los secretarios del despacho del alcalde para que concurran a las sesiones. Las citaciones deberán hacerse con una anticipación no menor de cinco (5) días y formularse en cuestionario escrito. En caso de que los secretarios no concurran, sin excusa aceptada por el Concejo Distrital o Municipal, este podrá proponer moción de censura. Los secretarios deberán ser oídos en la sesión para la cual fueron citados, sin perjuicio de que el debate continúe en las sesiones posteriores por decisión del concejo. El debate no podrá extenderse a asuntos ajenos al cuestionario y deberá encabezar el orden del día de la sesión.

Los concejos de los demás municipios, podrán citar y requerir a los secretarios del despacho del alcalde para que concurran a las sesiones. Las citaciones deberán hacerse con una anticipación no menor de cinco (5) días y formularse en cuestionario escrito. En caso de que los secretarios no concurran, sin excusa aceptada por el Concejo Distrital o Municipal, cualquiera de sus miembros podrá proponer moción de observaciones que no conlleva al retiro del funcionario correspondiente. Su aprobación requerirá el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros que integran la corporación.

12. Proponer moción de censura respecto de los secretarios del despacho del alcalde por asuntos relacionados con funciones propias del cargo o por desatención a los requerimientos y citaciones del Concejo Distrital o Municipal. La moción de censura deberá ser propuesta por la mitad más uno de los miembros que componen el Concejo Distrital o Municipal. La votación se hará entre el tercero y el décimo día siguientes a la terminación del debate, con audiencia pública del funcionario respectivo. Su aprobación requerirá el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros que integran la corporación. Una vez aprobada, el funcionario quedará separado de su cargo. Si fuere rechazada, no podrá presentarse otra sobre la misma materia a menos que la motiven hechos nuevos. La renuncia del funcionario respecto del cual se haya promovido moción de censura no obsta para que la misma sea aprobada conforme a lo previsto en este artículo

### **Los Acuerdos Municipales**

Son actos administrativos expedidos por los concejos distritales y municipales en desarrollo de sus atribuciones constitucionales y legales y con miras al desarrollo de su municipio.

Las decisiones del concejo, que no requieran acuerdo se adoptarán mediante resoluciones y proposiciones que suscribirán la mesa directiva y el secretario de la

corporación (L. 136/94, art. 83).

### **Trámite de los acuerdos municipales**

—**Iniciativa.** Los proyectos de acuerdo pueden ser presentados por los concejales, los alcaldes y en materias relacionadas con sus atribuciones por los personeros, los contralores y las juntas administradoras locales. También podrán ser de iniciativa popular de acuerdo con la ley estatutaria correspondiente. (L. 136/94, art. 71).

—**Iniciativa especial.** Los acuerdos que se refieren a planes y programas de desarrollo, autorizaciones al alcalde para celebrar contratos y ejercer *pro tempore* funciones que le corresponde al concejo y determinación de la estructura de la administración municipal (Art. 313, num. 2º, 3º, y 6º de la Constitución Política) sólo podrán ser dictados a iniciativa del alcalde. (L. 136/94, art. 71).

También serán de iniciativa del alcalde, de los concejales o por iniciativa popular, los proyectos de acuerdo que establecen la división del territorio municipal en comunas y corregimientos y la creación de juntas administradoras locales. (L. 136/94, art. 71).

—**De la participación ciudadana en el estudio de proyectos de acuerdo.** Para expresar sus opiniones, toda persona natural o jurídica, podrá presentar observaciones sobre cualquier proyecto de acuerdo cuyo estudio y examen se esté adelantando en alguna de las comisiones permanentes. La mesa directiva del concejo dispondrá los días, horarios y duración de las intervenciones, así como el procedimiento que asegure el debido y oportuno ejercicio de este derecho. Para su intervención el interesado deberá inscribirse previamente en el respectivo libro de registro que se abrirá para tal efecto. Con excepción de las personas con limitaciones físicas o sensoriales, las observaciones u opiniones presentadas deberán formularse siempre por escrito y serán publicadas oportunamente en la gaceta del concejo. (L. 136/94, art. 77).

—**Objeciones a los proyectos de acuerdo.** Los proyectos de acuerdo pueden ser objetados por los alcaldes cuando estos los consideren inconvenientes o contrarios al orden público.

### **Revisión de acuerdos por el gobernador**

Una vez sancionados y promulgados, los acuerdos están sujetos a la revisión de los gobernadores, quienes, de encontrar motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, deben remitirlos al tribunal contencioso administrativo competente para que este decida sobre su validez.

Dentro de los cinco (5) días siguientes a la sanción, el alcalde enviará copia del acuerdo al gobernador del departamento para que cumpla con la atribución del numeral diez (10) del artículo 305 de la Constitución. La revisión no suspende los efectos de los acuerdos. (L. 136/94, art. 82).

Si el gobernador encontrare que el acuerdo es contrario a la Constitución, la ley o la ordenanza, lo remitirá, dentro de los veinte (20) días siguientes a la fecha en que lo haya recibido, al tribunal de lo contencioso administrativo para que este decida sobre su validez. (D. 1333/86, art. 119).

El gobernador enviará al tribunal copia del acuerdo acompañado de un escrito que

contenga los requisitos señalados en los numerales 2º a 5º del artículo 137 del Código Contencioso-Administrativo (D. 01/84). El mismo día en que el gobernador remita el acuerdo al tribunal, enviará copia de su escrito a los respectivos alcalde, personero y presidente del concejo para que éstos, si lo consideran necesario, intervengan en el proceso. (D. 1333/86, art. 120).

### Funciones de control de los concejos

Corresponde al concejo ejercer función de control a la administración municipal. Con tal fin, podrá citar a los secretarios, jefes de departamento administrativo y representantes legales de entidades descentralizadas así como al personero y al contralor. Las citaciones deberán hacerse con anticipación no menor de cinco días hábiles y formularse en cuestionario escrito. El debate no podrá extenderse a asuntos ajenos al cuestionario y deberá encabezar el orden del día de la sesión. También podrá el concejo solicitar informaciones escritas a otras autoridades municipales. En todo caso, las citaciones e informaciones deberán referirse a asuntos propios del cargo del respectivo funcionario. (L. 136/94, art. 38).

### Prohibiciones a los concejos

La Ley 136 de 1994, en su artículo 41 y en desarrollo de la preceptiva constitucional establece las siguientes prohibiciones a los concejos:

1. Obligar a los habitantes, sean domiciliados o transeúntes a contribuir con dineros o servicios para fiestas o regocijos públicos.
2. Aplicar o destinar los bienes y rentas municipales a objetos distintos del servicio público.
3. Intervenir en asuntos que no sean de su competencia, por medio de acuerdos o de resoluciones.
4. Dar votos de aplauso o de censura a actos oficiales; pero podrán pedir la revocación de los que estimen ilegales o inconvenientes, exponiendo los motivos en que se funden.
5. Privar a los vecinos de otros municipios de los derechos, garantías o protección de que disfruten los de su propio municipio.
6. Decretar actos de proscripción o persecución contra personas naturales o jurídicas.
7. Decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas.
8. Tomar parte en el trámite o decisión de asuntos que no son de su competencia.

### Composición de los concejos municipales

De acuerdo con la Ley (L.136/94 Art. 22), los concejos se compondrán del siguiente número de concejales:

Población municipal	Concejales
No exceda de 5.000 hab.	7
De 5.001 a 10.000	9
De 10.001 hasta 20.000	11
De 20.001 a 50.000	13
De 50.001), hasta 100.000	15
De 100.001 hasta 250.000	17
De 250.001 a 1.000.000	19
De 1.000.001 en adelante	21

La Registraduría Nacional del Estado Civil tendrá a su cargo la determinación y publicación oportuna del número de concejales que puede elegir cada municipio.



—**Circunscripción electoral.** Para la elección de concejales cada municipio formará un círculo único. (L. 136/94, art. 64).

—**Período de sesiones**

Por disposición de la ley 136/94 (art. 23), los concejos de los municipios clasificados en categorías especial, primera y segunda, sesionará ordinariamente en la cabecera municipal y en recinto señalado oficialmente para tal efecto, por derecho propio y máximo una vez por día, seis meses al año, en sesiones ordinarias así:

- a) El *primer período* será en el primer año de sesiones, del dos de enero posterior a su elección, al último día del mes de febrero del respectivo año.  
El segundo y tercer año de sesiones tendrá como primer período el comprendido entre el primero de marzo y el treinta de abril;
- b) El *segundo período* será del primero de junio al último día de julio, y
- c) El *tercer período* será del primero de octubre al treinta de noviembre, con el objetivo prioritario de estudiar, aprobar o improbar el presupuesto municipal.

Los concejos de los municipios clasificados en las demás categorías, sesionarán ordinariamente en la cabecera municipal y en el recinto señalado oficialmente para tal efecto, por derecho propio, cuatro meses al año y máximo una vez (1) por día así: febrero, mayo, agosto y noviembre.

Si por cualquier causa los concejos no pudieran reunirse ordinariamente en las fechas indicadas, lo harán tan pronto como fuere posible, dentro del período correspondiente.

PAR. 1º—Cada período ordinario podrá ser prorrogado por diez días calendario más, a voluntad del respectivo concejo.

PAR. 2º—Los alcaldes podrán convocarlos a sesiones extraordinarias en oportunidades diferentes, para que se ocupen exclusivamente de los asuntos que se sometan a su consideración.

PAR. 3º— Cuando la presidencia de la corporación, por acto motivado declare que, por razones de orden público, intimidación o amenaza, no es posible que algunos miembros de los concejos municipales y distritales concurren a su sede habitual, podrán participar de las sesiones de manera no presencial. (Adicionado. L. 1148/2007, art. 2º).

Para tal fin, los miembros del Concejo podrán deliberar y decidir por comunicación simultánea o sucesiva, utilizando para el efecto los avances tecnológicos en materia de telecomunicaciones tales como fax, teléfono, teleconferencia, videoconferencia, Internet, conferencia virtual y todos aquellos medios que se encuentren al alcance de los concejales.

En caso de existir comisiones permanentes, se podrán adelantar las sesiones en los mismos términos establecidos en el presente artículo.

Los mismos medios podrán emplearse con el fin de escuchar a quienes deseen rendir declaraciones verbales o escritas sobre hechos o temas que requieran ser debatidos, o puedan aportar información o elementos de juicio útiles para las decisiones de los concejos municipales y distritales. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

## ESTATUTO DE LOS CONCEJALES

—**Calidades.** Para ser elegido concejal se requiere ser ciudadano en ejercicio y haber nacido o ser residente del respectivo municipio o de la correspondiente área metropolitana durante los seis (6) meses anteriores a la fecha de la inscripción o durante un período



mínimo de tres (3) años consecutivos en cualquier época. (L. 136/94, art. 42).

—**Período de concejales.** De acuerdo con el Acto Legislativo 2 de 2002 (art. 4), el período de los miembros de los concejos municipales elegidos popularmente será de cuatro (4) años.

—**Inhabilidades.** La Ley 136 de 1994 establece en su artículo 43 (*modificado por la L. 617 de 2000*) que no podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

1. *Por condena judicial:* Quien haya sido condenado por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.

2. *Por ejercicio como empleado público.* Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.

3. *Por gestión de negocios ante entidades públicas.* Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito.

4. *Por vínculos familiares.* Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo municipio o distrito en la misma fecha.

- **Incompatibilidades.** La Ley 136 de 1994, en su artículo 45 y en desarrollo de la preceptiva constitucional establece las siguientes incompatibilidades de los concejales:

Los concejales no podrán:

1. Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública ni vincularse como

trabajador oficial o contratista, so pena de perder la investidura.

2. Ser apoderado ante las entidades públicas del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, con las excepciones que más adelante se establecen.

3. Ser miembros de juntas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio, o de instituciones que administren tributos procedentes del mismo.

4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de este.

5. Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio. (*Adicionado. L. 617/2000, art. 41*).

PAR. 1º—Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra (universitaria)\*.

PAR. 2º—El funcionario público municipal que nombre a un concejal para un empleo o cargo público o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta.

El artículo 46 de la misma ley contempla unas excepciones al disponer que los concejales pueden ya directamente o por medio de apoderado, actuar en los siguientes asuntos:

a) En las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos, tengan interés;

b) Formular reclamos por el cobro de impuestos, contribuciones, tasas y de multas que graven a las mismas personas;

c) Usar los bienes y servicios que las entidades oficiales de cualquier clase, las prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social ofrezcan al público, bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten (*modificado. L. 617/2000, art. 42*).

d) Ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la rama jurisdiccional del poder público. Sin embargo, los concejales durante su período constitucional no podrán ser apoderados ni peritos en los procesos de toda clase que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del orden municipal y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento (50%) del capital.

—**Duración de las incompatibilidades.** Las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales, tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión. (*L. 136/94, art. 47 y L. 617/2000, art. 43*).

Las incompatibilidades establecidas para los concejales y miembros de las juntas administradoras locales señaladas en la Ley 136 de 1994 —“por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”—, hacen parte integral del régimen disciplinario único.

La Corte Constitucional hace las siguientes precisiones: “A estos servidores públicos les está prohibido aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública, vincularse como trabajadores oficiales o contratistas, **ser apoderados ante las entidades públicas del respectivo municipio** (o ante quienes administren tributos procedentes del mismo para el caso de los concejales), celebrar contratos o **realizar gestiones con funcionarios municipales**, así mismo, les está permitido directamente o por medio de apoderado, intervenir “en las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos tengan legítimo interés”, “ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la rama jurisdiccional del poder público”. (*l. 136/94, arts. 46 y 128*).

En este último caso, con una restricción adicional para los concejales, descrita en el artículo 46-d de la ley en mención, según la cual “los concejales durante su período constitucional no podrán ser apoderados ni peritos en los procesos de toda clase que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del orden municipal y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento (50%) del capital”.

Así entonces, y a pesar de las restricciones anotadas, la norma acusada no impide el ejercicio de la profesión de abogado ni el derecho al trabajo, como lo afirma el demandante, pues le permite actuar como litigante, como catedrático o ejercer en el ámbito privado, aunque evidentemente y por razón del cargo, encuentra limitada su esfera de actuación. Esta limitación se encuentra justificada en el cumplimiento de los principios de *moralidad, eficacia e imparcialidad* señalados en el artículo 209 de la Constitución Política, que persiguen el cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los puedan afectar o poner en peligro (*C.P., arts. 123 y 133*).

El derecho a la igualdad, lo ha dicho esta corporación en forma reiterada, no consiste en una igualdad matemática o mecánica que le impida al legislador establecer tratamientos diferentes respecto de aquellos casos que presentan características diversas, producto de las distintas situaciones en que se desenvuelven los sujetos, o de las condiciones particulares que los afectan. La igualdad sólo se vulnera cuando la diferencia no es el resultado de una justa razón, producto de un estudio serio de proporcionalidad entre los medios empleados y la medida considerada. (*Sents. C-040/93 y C-083/96, entre otras*).

En el caso bajo examen, es evidente que la norma acusada no rompe el principio de igualdad, no sólo porque quedó demostrado que los abogados sí pueden ejercer su profesión, aunque con las limitaciones establecidas, sino además, porque las incompatibilidades existen en razón del cargo que se desempeña y de la función que se asigna al servidor público, derivado de una especial condición de la que no gozan los particulares y que implica, por ende, unas especiales responsabilidades con el Estado y con la sociedad, que de manera alguna pueden ser desconocidas por la Constitución y la ley”. (*C. Const., Sent. C-307, jul. 11/96. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa*).

—**Conflicto de interés.** Cuando para los concejales exista interés directo en la decisión porque le (sic) afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá

declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas. Los concejos llevarán un registro de intereses privados en el cual los concejales consignarán la información relacionada con su actividad económica privada. Dicho registro será de público conocimiento. Cualquier ciudadano que tenga conocimiento de una causal de impedimento de algún concejal, que no se haya comunicado a la respectiva corporación, podrá recusarlo ante ella. (L. 136/94, art. 70).

### Comparativo de actividades del ejecutivo a nivel central y descentralizado

Tema relacionado	Nivel Central-188	Nivel Deptal- 303	Municipal-314
Con la Constitución	192	305-1	315-1
Jerarquía	115	115 inc. final 304-1 305-3	115-inc. final 314-inc-2
Nominaciones	189-1-13	305-5-13	315-7
Administración	189-14-15-16-17-18-23	305-2-7-8	315-3-4
Orden público	189-3-4-5 212 213 214	303 inicio	315-2
Económicos	341 346 200-3-4 189-20-22-24-25-26-27	305-4-11-6	315-9-5
Con las corporaciones	189-8-9-10-11 200-1-2 165,166,167	305-4 305-9-10-12	315-6-8
Control	189-12	305-4	315-5-8

### Otros funcionarios del nivel municipal

Es claro que la estructura municipal comprende otros funcionarios, dependencias y funciones, producto de la complejidad en el ejercicio de las funciones públicas. Para este estudio y dado que son objeto de mención constitucional analizaremos algunos de ellos:

#### Personeros

El personero es un servidor público que en un distrito o municipio tiene a su cargo, dentro del correspondiente ámbito territorial, la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.

En ejercicio de sus funciones puede ser invitado a las juntas y consejos de administración que operen dentro de la respectiva entidad municipal o distrital. El personero –que hace parte del ministerio público– es elegido por el concejo para el periodo que fije la ley.

#### **-Periodo de personeros municipales y distritales**

A partir de 2008 los concejos municipales o distritales según el caso, para periodos institucionales de cuatro (4) años, elegirán personeros municipales o distritales, dentro de los primeros diez (10) días del mes de enero del año siguiente a la elección del correspondiente concejo. Los personeros así elegidos, iniciarán su período el primero (1º) de marzo siguiente a su elección y lo concluirán el último día del mes de febrero. Podrán ser reelegidos, por una sola vez, para el período siguiente. (L. 1031/2006, art. 1º).

**Elección, inhabilidades.** El personero distrital será elegido por el concejo durante el

primer mes de sesiones ordinarias, para un período institucional de cuatro (4) años, que se iniciará el primero de marzo y concluirá el último día de febrero. Podrá ser reelegido, por una sola vez, para el período siguiente.

No podrá ser elegido personero quien sea o haya sido en el último año miembro del concejo, ni quien haya ocupado durante el mismo lapso cargo público en la administración central o descentralizada del distrito. Estarán igualmente inhabilitados quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados por faltas a la ética profesional.

Quien haya ocupado en propiedad el cargo de personero no podrá desempeñar empleo alguno en el Distrito Capital, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones. (L. 1031/2006, art. 2º).

#### **4.5.5.3.3.11 DISTRITOS Y FUNCIONES ADMINISTRATIVAS**

Como tuvimos oportunidad de analizar en la organización territorial colombiana, en ella se incluyen los distritos. Se trata de entidades territoriales creadas por la propia Constitución en un cierto paralelismo con los municipios, pero con un régimen peculiar en materia política, fiscal y administrativa.

Entre los distritos se cuentan Bogotá, como distrito capital, además e distrito turístico y cultural de Cartagena de Indias, el distrito cultural e histórico de Santa marta y el distrito industrial y portuario de Barranquilla.

El Distrito capital está constituido por la ciudad de Bogotá, capital de la República y del departamento de Cundinamarca y por los municipios circunvecinos incorporados. Su reglamentación constitucional se encuentra en el Título XI, de la organización territorial, capítulo 4, del régimen especial, artículos 322 a 326 que fueron desarrollados por el Decreto Ley 1421 de 1993, contentivo del Estatuto Orgánico de Bogotá, junto con las normas que lo adicionan y reforman.

A las autoridades distritales corresponderá garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad y la eficiente prestación de los servicios a cargo del distrito; a las locales, la gestión de los asuntos propios de su territorio (Art. 322).

#### **Alcalde Mayor**

—**Atribuciones principales.** Además de las funciones que por ley o acuerdo distrital le puedan ser asignadas, al alcalde de los distritos de que trata la Ley 768 de 2002, art. 9, corresponde ejercer las siguientes atribuciones, dentro de la jurisdicción de su distrito:

1. Orientar la acción administrativa de los gobiernos distritales hacia el desarrollo industrial, portuario y/o turístico del distrito, considerados como factores determinantes para impulsar el desarrollo económico y mejoramiento social de la población del respectivo distrito.

La ejecución de estas políticas deberá coordinarse entre los funcionarios de las entidades distritales y los de las instituciones nacionales que estén localizadas en jurisdicción del distrito, sean éstas públicas o privadas, procurando en tales casos la participación de la comunidad.

2. Presentar proyectos de acuerdo sobre los planes o programas de desarrollo económico y social y de obras públicas, con énfasis en aquellos que sean de especial interés para el

distrito, en las áreas del turismo, la industria, la actividad portuaria, el transporte multimodal, las telecomunicaciones y la educación.

3. Coordinar, vigilar y controlar las actividades que se desarrollen dentro de su jurisdicción, encaminadas a la recuperación de bienes y tesoros pertenecientes al patrimonio de la Nación ubicadas en jurisdicción de uno u otro distrito.

### **Elección de alcalde, concejales y ediles**

La elección de alcalde mayor, de concejales distritales y de ediles se hará en un mismo día por períodos de cuatro (4) años y el alcalde no podrá ser reelegido para el período siguiente.

Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá alcalde mayor para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el Presidente de la República designará alcalde mayor para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el alcalde elegido. (C.P., art. 323 y A.L. 3/2007, art. 1º).

Los alcaldes locales serán designados por el alcalde mayor de terna enviada por la correspondiente junta administradora. En los casos taxativamente señalados por la ley, el Presidente de la República suspenderá o destituirá al alcalde mayor. (C.P., art. 323 y A.L. 3/2007, art. 1º).

Los concejales y los ediles no podrán hacer parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas. A.L. 3/2007, art. 1º.

—**Competencia presidencial para la designación del reemplazo.** El Presidente de la República será la autoridad competente para suspender o destituir al alcalde distrital, designar al alcalde encargado en casos de falta temporal o absoluta y convocar a elecciones para elegir el nuevo alcalde mayor, cuando ello sea procedente.

En todos los casos en que corresponda al Presidente de la República designar el reemplazo del alcalde, deberá escoger a un ciudadano que pertenezca al mismo partido o movimiento político del titular. (L. 768/2002, art. 10).

### **Atribuciones especiales de los concejos distritales**

—**Atribuciones.** Los concejos distritales ejercerán las atribuciones que la Constitución y las leyes atribuyen a los concejos municipales. Adicionalmente, de acuerdo con la ley 768 de 2002 (art. 6), ejercerán las siguientes atribuciones especiales:

1. Expedir las normas con base en las cuales se reglamentarán las actividades turísticas, recreacionales, culturales, deportivas en las playas y demás espacios de uso público, exceptuando las zonas de bajamar.

2. Dictar las normas necesarias para garantizar la preservación y defensa del patrimonio ecológico, los recursos naturales, el espacio público y el medio ambiente.

3. Gravar con impuesto predial y complementarios las construcciones, edificaciones o cualquier tipo de mejora sobre bienes de uso público de la Nación, cuando estén en manos de particulares.

Los particulares ocupantes serán responsables exclusivos de este tributo.

El pago de este impuesto no genera ningún derecho sobre el terreno ocupado.

### **Moción de observaciones y de censura**

Por disposición de la Ley 768 de 2002 (art. 8), en ejercicio de sus poderes de control político, los concejos distritales podrán formular mociones de observaciones respecto de los actos de los secretarios, directores de departamento administrativo y gerentes o directores de entidades descentralizadas del orden exclusivamente distrital, en aquellos eventos en que luego de examinadas las actuaciones o las medidas adoptadas por el funcionario se encuentra que, a juicio de la corporación, éstas no satisfacen los fines de la función pública en general y en especial los intereses del distrito como tal o de su comunidad.

Concluido el debate, su promotor o los concejales que consideren procedente formular la moción de observaciones respecto de las actuaciones del funcionario citado, deberán presentar la correspondiente solicitud para su aprobación o rechazo por la plenaria del concejo distrital en sesión que se realizará entre el tercero y el décimo día siguientes a la terminación del debate. Para ser aprobada la moción de observaciones se exige el voto favorable de las dos terceras partes (2/3) de sus miembros.

### **Elecciones de autoridades y corporaciones locales – prohibiciones**

De acuerdo con el Acto Legislativo 3 de 2007 (art. 1), que modificó el artículo 323 de la Carta, el Concejo distrital se compondrá de cuarenta y cinco (45) concejales.

#### **4.5.5.3.3.12 JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES**

Las juntas administradoras locales son corporaciones administrativas de elección popular que en una comuna o en un corregimiento participan en la elaboración de planes y programas municipales de desarrollo, vigilan y controlan la prestación de los servicios públicos, formulan propuestas de inversión ante las autoridades competentes, distribuyen las partidas globales que le asigna el presupuesto municipal y ejercen funciones delegadas por los concejos y otras autoridades locales (C.P., art. 318).

En cada una de las localidades habrá una junta administradora elegida popularmente para períodos de cuatro (4) años que estará integrada por no menos de siete ediles, según lo determine el concejo distrital, atendida la población respectiva. (Art. 323 y A.L. 3/2007, art. 1º).

#### **Funciones de las juntas administradoras locales**

ART. 318.—Con el fin de mejorar la prestación de los servicios y asegurar la participación de la ciudadanía en el manejo de los asuntos públicos de carácter local, los concejos podrán dividir sus municipios en comunas cuando se trate de áreas urbanas, y en corregimientos en el caso de las zonas rurales.

En cada una de las comunas o corregimientos habrá una junta administradora local de elección popular, integrada por el número de miembros que determine la ley, que tendrá las siguientes funciones:

1. Participar en la elaboración de los planes y programas municipales de desarrollo económico y social y de obras públicas.
2. Vigilar y controlar la prestación de los servicios municipales en su comuna o corregimiento y las inversiones que se realicen con recursos públicos.
3. Formular propuestas de inversión ante las autoridades nacionales, departamentales y municipales encargadas de la elaboración de los respectivos planes de inversión.
4. Distribuir las partidas globales que les asigne el presupuesto municipal.
5. Ejercer las funciones que les deleguen el concejo y otras autoridades locales. Las asambleas departamentales podrán organizar juntas administradoras para el

cumplimiento de las funciones que les señale el acto de su creación en el territorio que este mismo determine

### **Período de los miembros de las juntas administradoras locales**

El período de los miembros de las juntas administradoras locales a las que se refiere el artículo 318 de la Constitución Política será de cuatro años.

Las normas sobre períodos de alcaldes y concejales municipales de este acto legislativo se aplicarán también a los de los distritos. (A. L. 2/2002, art. 6).

El concejo distrital de Bogotá a iniciativa del alcalde y con base en las normas generales que establezca la ley, dividirá el territorio distrital en localidades, de acuerdo con las características sociales de sus habitantes, y hará el correspondiente reparto de competencias y funciones administrativas. Las autoridades locales tendrán a su cargo, la gestión de los asuntos propios de su territorio; en cada una de las localidades habrá una junta (C.P., arts. 322 y 323). Estas disposiciones fueron desarrolladas por la primera ley que se expidió a partir de la carta de 1991.

### **Juntas administradoras y presupuesto del Distrito**

Las juntas administradoras locales distribuirán y apropiarán las partidas globales que en el presupuesto anual del distrito se asignen a las localidades teniendo en cuenta las necesidades básicas insatisfechas de su población. (C.P., art. 324).

### **4.5.5.3.3.13 JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES FUNCIONES DE LOS GOBIERNOS DE LOS TERRITORIOS INDÍGENAS**

ART. 330.—De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el plan nacional de desarrollo.
3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.
4. Percibir y distribuir sus recursos.
5. Velar por la preservación de los recursos naturales.
6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.
7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.
8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren.
9. Las que les señalen la Constitución y la ley.

PAR.—La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

Como normatividad adicional a esta norma tenemos la Ley 21 de 1991, por medio de la cual se aprueba el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra 1989. El tema de explotación de recursos naturales en territorios indígenas, al igual que la



Ley 70 de 1993, han sido reglamentados por medio del Decreto 1320 de 1998 del Ministerio del Interior, en virtud del cual se establece el procedimiento para la celebración de la consulta previa con las comunidades indígenas o negras cuando se adelanten proyectos o actividades que involucren el medio ambiente y/o los recursos naturales dentro de los territorios de dichas comunidades.

#### **4.5.5.3.3.14 ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS DESARROLLADAS POR OTRAS RAMAS DEL PODER PÚBLICO**

##### **El Congreso y la función administrativa**

Las tareas fundamentales del Congreso de la República tienen que ver esencialmente con el ejercicio de la función legislativa; sin embargo, en el desarrollo de sus actividades el Congreso desempeña funciones de control, de carácter judicial y también funciones administrativas o relacionadas con la administración pública.

Por cuanto respecta las actividades relacionadas con la administración pública a continuación presentamos la evolución de algunas de ellas a lo largo de nuestra historia constitucional:

El Congreso tenía, en la Carta de 1830, por ejemplo, facultad de admitir o no la renuncia del Presidente y Vicepresidente de la República. Al Presidente del Senado se le dio vocación presidencial, pues podía reemplazar al Presidente o al Vicepresidente, en caso de falta temporal o absoluta, hasta nueva elección. Esta vocación constitucional no se ha vuelto incluir en las constituciones de la república.

El Congreso en la Carta de 1853 era el encargado de admitir la renuncia y excusas del Presidente y Vicepresidente, del Designado, del Procurador General de la Nación y de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Bajo la Constitución de la Confederación Granadina de 1858, los secretarios de Estado eran nombrados libremente por el Presidente, sin que tuviera que intervenir el Senado, como acontecía en cartas anteriores. Sin embargo, el Congreso que se consideraba como parte integrante del Gobierno General de la Confederación, tenía competencia para legislar sobre organización y reforma del Gobierno, las relaciones con las demás naciones, la defensa exterior, el crédito público, la creación de nuevos estados, el restablecimiento de la paz entre los estados y las vías de comunicación.

En la Carta de 1863 se le dio al Senado competencia para aprobar el nombramiento de Secretarios de Estado hecho por el Poder ejecutivo y el de los empleados superiores en los diferentes departamentos administrativos, el de los agentes diplomáticos y el de los jefes militares, aprobar las instrucciones a los agentes diplomáticos, decretar la suspensión del Presidente y de los Secretarios de Estado y ponerlos a disposición de la Corte Suprema Federal, cuando hubiere lugar a formación de causa contra aquellos.

Más adelante, bajo la Carta de 1886, la reforma de 1945, en cuanto a la citación de los ministros, exigió que la cámara respectiva debía concretar el tema del informe del ministro y que el debate no podía salirse de ese tema.

En la reforma del 68 y en relación con las citaciones a los ministros, como novedad se dispuso que debían hacerse con 48 horas de anticipación y formuladas en cuestionario escrito.

Desde la función administrativa y sus relaciones con el Congreso también se plantea la problemática relacionada con los nombramientos de miembros del Congreso en cargos de la administración pública. La evolución ha sido como sigue:

En la Carta de 1830 se le prohibió nombrar miembros del Congreso en cargos de la administración, salvo por ascenso de escala en su carrera.

Bajo la Carta de 1843 el Presidente podía nombrar a los Secretarios de Estado y a los diplomáticos sin el consentimiento del Senado, aun cuando debía obtener tal consentimiento para nombrar a los generales y jefes del ejército y la marina.

En la Carta de 1853 se les prohibió a los parlamentarios recibir del Presidente un empleo durante el periodo para el cual eran elegidos con excepción de las Secretarías de Estado y empleos diplomáticos; en tal evento, quedaban vacantes las representaciones del Congreso.

Con la Carta de 1863 se mantuvo el principio de que los congresistas no podían aceptar empleo de libre nombramiento del Presidente con excepción de los de Secretarios de Estado, agentes diplomáticos y jefes militares en tiempo de guerra. La admisión de estos empleos dejaba vacante el puesto en la respectiva cámara.

En la Carta de 1863 se les prohibió además a los congresistas hacer por sí o por interpuesta persona ninguna clase de contratos con el Gobierno general. Tampoco podían admitir de ningún Gobierno, compañía o individuo, poder para gestionar negocios que tuvieran relación con el Gobierno de la Unión Colombiana. También se le prohibió al Congreso y a cada una de sus Cámaras delegar ninguna de sus atribuciones.

Con la Carta de 1886 el Congreso siguió con la facultad para dictar estatutos sobre incompatibilidades y responsabilidades de los funcionarios, calidades para ocupar ciertos empleos y condiciones de ascenso y jubilación.

La Carta de 1991 establece en su artículo 180 las siguientes incompatibilidades de los congresistas, relacionadas con aspectos administrativos:

ART. 180.—Los congresistas no podrán:

- Desempeñar cargo o empleo público o privado.
- Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno. La ley establecerá las excepciones a esta disposición.
- Ser miembro de juntas o consejos directivos de entidades oficiales descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos. (*Modificado. A.L. 3/93, art. 2º, par. 2º*).
- Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de este. Se exceptúa la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones.

PAR. 1º—Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra universitaria.

PAR. 2º—El funcionario que en contravención del presente artículo, nombre a un congresista para un empleo o cargo o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, incurrirá en causal de mala conducta.

Adicionalmente el Congreso también se encuentra vinculado con la función administrativa al ejercer funciones legislativas establecidas en el artículo 150, numerales 4, 5, 7, 20 y 23, y relacionadas con la administración pública, así:

- Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las corporaciones autónomas regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta. (Num. 7).
- Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos. (Num. 23).
- Definir la división general del territorio con arreglo a lo previsto en esta Constitución, fijar las bases y condiciones para crear, eliminar, modificar o fusionar entidades territoriales y establecer sus competencias. (Num. 4).
- Conferir atribuciones especiales a las asambleas departamentales. (Num 5).
- Variar, en circunstancias extraordinarias y por graves motivos de conveniencia pública, la actual residencia de los altos poderes nacionales. (Num 6).
- Crear los servicios administrativos y técnicos de las cámaras. (Num. 20).
- También compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.

El Senado, en particular, incluye entre sus funciones la de admitir o no las renuncias que hagan de sus empleos el Presidente de la República o el Vicepresidente. (C.P., art. 173, num. 1).

#### **4.5.5.3.3.15 La rama judicial y la función administrativa**

##### **Consejo Superior de la Judicatura y administración de justicia**

Las preocupaciones de la rama judicial por lograr una efectiva autonomía se vieron concretadas en parte con la creación del Consejo Superior de la Judicatura. Esta institución cumple una doble función: de una parte adelanta acciones disciplinarias vinculadas con sanciones y directamente con la actividad jurisdiccional; pero de otra parte también es la corporación encargada de administrar la carrera judicial. En este sentido adelanta claramente funciones administrativas.

En efecto, de acuerdo con el artículo 254 de la carta, el Consejo Superior de la Judicatura se dividirá en dos salas:

1. La *Sala Administrativa*, integrada por seis magistrados elegidos para un período de ocho años, así: dos por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado.
2. La *Sala Jurisdiccional Disciplinaria*, integrada por siete magistrados elegidos para un período de ocho años, por el Congreso Nacional de ternas enviadas por el gobierno. Podrá haber consejos seccionales de la judicatura integrados como lo señale la ley

##### **Atribuciones del Consejo Superior de la Judicatura**

De acuerdo con el artículo 256 superior, corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los consejos seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones administrativas:

1. Administrar la carrera judicial.
2. Elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales y enviarlas a la entidad que deba hacerla. Se exceptúa la jurisdicción penal militar que se regirá por normas especiales.
3. Llevar el control de rendimiento de las corporaciones y despachos judiciales.
4. Elaborar el proyecto de presupuesto de la rama judicial que deberá ser remitido al gobierno, y ejecutarlo de conformidad con la aprobación que haga el Congreso.

#### **Funciones del Consejo Superior de la Judicatura**

ART. 257.—Con sujeción a la ley, el Consejo Superior de la Judicatura cumplirá las siguientes funciones:

1. Fijar la división del territorio para efectos judiciales y ubicar y redistribuir los despachos judiciales.
2. Crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la administración de justicia. En ejercicio de esta atribución, el Consejo Superior de la Judicatura no podrá establecer a cargo del tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales.
3. Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador.
4. Proponer proyectos de ley relativos a la administración de justicia y a los códigos sustantivos y procedimentales.
5. Las demás que señale la ley.

De otra parte y siempre en asuntos relacionados con la función administrativa, también las otras instancias de la rama judicial desarrollan ciertas actividades administrativas. Por ejemplo la Corte Suprema de Justicia, El Consejo de Estado y La Corte Constitucional están facultadas para darse su propio reglamento (*arts. 234-6, 237-6, 241-11 y 254-1*).

#### **4.5.5.3.3.16 Los organismos de control y la función administrativa**

También los organismos de control, por sus propias necesidades adelantan actividades de carácter administrativo. El Procurador General de la Nación, en particular, de acuerdo con el artículo 277 adelanta las siguientes funciones relacionadas con la administración pública:

- Vigilar el cumplimiento de los actos administrativos. (*Num. 1*).
- Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas. (*Num. 5*).
- Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley. (*Num. 6*).

#### 4.5.5.3.4 LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

##### ¿En qué consiste?

En general a nadie le está permitido en principio hacerse justicia por su propia mano. El ciudadano cede al Estado el *poder-deber* para resolver, mediante organismos, procedimientos y fundamentos adecuados, los conflictos de intereses que se suscitan entre los particulares y entre estos y el Estado, con la finalidad de proteger no tanto el orden jurídico –aspectos formales-, cuanto los valores, principios y derechos que este encarna.

La administración de justicia es entonces la parte de la función pública que cumple el Estado, encargado por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional (*L.E. 270/96, art. 1*). Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo (C.P., art. 228).

La **jurisdicción** es entendida entonces como la “potestad pública de administrar justicia con fuerza de cosa juzgada y de hacer que lo juzgado se ejecute. Es la facultad de hacer valer el ordenamiento jurídico en un caso concreto”<sup>606</sup>

La actuación de quienes administran justicia, tomando como referencia el derecho y sus fuentes, implica entonces un juicio sobre conductas de personas pero también sobre actos tales como las leyes, los decretos y demás que son sometidos a comparación con la Carta Fundamental para decidir su constitucionalidad.

Por expresa disposición constitucional el tema de la administración de justicia debe ser reglamentado mediante ley estatutaria, lo que efectivamente ocurrió por medio de la Ley 270 de 1996.

##### 4.5.5.3.4.1 El derecho de acceso a la administración de justicia

Los artículos 228 y 229 de la Constitución Política atribuyen a todas las personas el derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia. Por esta vía los particulares solicitan a los jueces la protección de sus derechos tanto de los consagrados en la Constitución como en otras normas. “Este derecho se asienta sobre la concepción de un *estado material de derecho* que por definición no agota su pretensión ordenadora en la proclamación formal de los derechos de las personas sino que se configura a partir de su efectiva realización”<sup>607</sup>.

Este derecho se encuentra garantizado por varios tratados internacionales, entre otros, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, en su artículo 25. (*L. 16/72*).

Serán de cargo del Estado el amparo de pobreza y el servicio de defensoría pública. En

<sup>606</sup> MADRID-MALO. Diccionario.... p. 195.

<sup>607</sup> C. Const., Sent. T-006, mayo 12/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

cada municipio habrá como mínimo un defensor público (L.E. 270/96, art. 2). La ley indicará en qué casos podrá la persona solicitar administración de justicia sin la representación de abogado (C.P., art. 229).

#### 4.5.5.3.4.2 El rol de los jueces

El derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia comprende en su ámbito las sucesivas fases de:

- a) Tramitación de las peticiones de actuación que se formulan al órgano de justicia y
- b) La respuesta que este en cada caso dé a las mismas.

Por fuerza de las cosas el mencionado derecho cubre los dos “tramos”.

La Corte Constitucional los sintetiza así:

“En lo que respecta al **primer momento**, debe comenzarse por afirmar que en virtud de lo establecido en el artículo 228 de la Constitución Política, se ha constitucionalizado el principio de interpretación según el cual la ley procesal debe interpretarse teniendo en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. Con esta idea en mente pueden destacarse otros principios con efectos inmediatos en el desenvolvimiento del proceso (...).

El derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia impone a los jueces el deber de actuar como celosos guardianes de la igualdad sustancial de las partes vinculadas al proceso. La notificación, presupuesto esencial para que una parte pueda ejercitar su derecho de defensa, no puede ser reducido a mero requisito de forma y sobre el juez recae la obligación de garantizar el derecho fundamental a ser notificado de conformidad con la ley de manera efectiva y real.

La igualdad sustancial de las partes y el respeto a sus derechos fundamentales obliga al juez a abstenerse de decretar y practicar ciertas pruebas que resulten incompatibles con el ordenamiento constitucional. Pero, sin perjuicio de lo anterior, el juez en términos generales tiene la obligación positiva de decretar y practicar las pruebas que sean necesarias para determinar la verdad material, pues esta es la única manera para llegar a una decisión de fondo que resuelva la controversia planteada y en la que prime el derecho sustancial y el valor justicia, como lo ordena el artículo 228 de la Constitución Política. En este sentido, debe reinterpretarse a la luz de la Constitución, el alcance de la carga de la prueba regulada por algunos códigos de procedimiento.

Independientemente de la aplicación general del indicado principio probatorio, en algunos casos el juez en atención a la necesidad de promover la efectividad de los derechos fundamentales y en razón del principio *pro iustitia* podrá disponer que la prueba de un hecho, dadas las circunstancias concretas y excepcionales de la causa, no recaiga sobre quien lo alega sino sobre la parte que esté en mejores condiciones o posibilidades de probarlo.

En lo que respecta al **segundo momento**, o sea el de la resolución de las controversias, debe tenerse en cuenta que la aplicación e interpretación del derecho debe hacerse conforme a la Constitución. La norma que primero y en grado mayor obliga al juez es la Constitución. Si bien los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley (C.P., art. 230), en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán sus disposiciones (C.P., art. 4º). Las normas constitucionales están llamadas a ser aplicadas directamente a las controversias y para ello, por regla

general, no requieren de la mediación de la ley por cuanto tienen un contenido normativo propio y autosuficiente. Las leyes y demás normas del ordenamiento no deben aplicarse si resultan incompatibles con el sentido de la Constitución y, en todo caso, deberán interpretarse del modo que más armonicen con el texto constitucional. La Constitución aspira a tener una plenitud de sentido y a permear con sus principios y valores el entero ordenamiento. Cualquier pieza normativa del ordenamiento, por ende, para subsistir en él y reclamar obediencia debe conciliarse con la letra y el espíritu de la Constitución. Esa decisiva verificación es una de las tareas más delicadas que el Estado confía al poder judicial, en el momento en que este procede a decidir los asuntos que se someten a su consideración<sup>608</sup>.

#### **4.5.5.3.4.3 Principios de la administración de justicia**

De acuerdo con la Corte Constitucional, el derecho a la administración de justicia significa “permitir al ciudadano dentro del ámbito de un Estado democrático y participativo, tener la oportunidad cuando lo considere necesario y oportuno, de acudir a la administración de justicia, en cualquiera de sus expresiones o manifestaciones. Pero este acceso debe estar enmarcado dentro de unos lineamientos básicos, como lo son el respeto al derecho de un debido proceso y a los principios en él incorporados, como lo son el de la legalidad, la buena fe y la favorabilidad, entre otros. A su vez, surge el deber del Estado, en cabeza de la administración de justicia, una vez se ha tenido acceso a ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 228 de la Carta, de que sus decisiones sean públicas y permanentes, con la prevalencia del derecho sustancial, al igual que observar en las actuaciones judiciales los términos procesales con diligencia. De ello surgen entonces principios que se deben cumplir en las actuaciones judiciales, como son el de la eficacia, la publicidad, la permanencia y la celeridad”<sup>609</sup>.

#### **Celeridad**

La administración de justicia debe ser pronta y cumplida. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. (L.E. 270/96, art. 4).

#### **Principio de publicidad de las decisiones judiciales**

El Consejo de Estado, en concordancia con lo sostenido por al Corte Constitucional considera que según este principio de publicidad, “el juez tiene el deber de poner en conocimiento de los sujetos procesales y de la comunidad en general, los actos que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una obligación, sanción o multa, teniendo en cuenta que su operancia *no constituye una simple formalidad procesal, sino un presupuesto de eficacia de dicha función y un mecanismo para propender por (sic) la efectividad de la democracia participativa (...)*. *el principio de publicidad se ha estructurado como un elemento trascendental del Estado social de derecho y de los regímenes democráticos*, ya que mediante el conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas, y de las razones de hecho y de derecho que les sirven de fundamento, se garantiza la imparcialidad y la transparencia de las decisiones adoptadas por las autoridades, alejándose de cualquier actuación oculta o arbitraria, contraria a los principios, mandatos y reglas que gobiernan la función pública”<sup>610</sup>.

<sup>608</sup> C. Const., Sent. T-006, mayo 12/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>609</sup> C. Const., Sent. T-572, oct. 26/92. M.P. Jaime Sanín Greiffenstein.

<sup>610</sup> C.E., Sent. 726, feb.22/2007. Rad. AP- 41001233100020040072601. M.P. Alir Eduardo Hernández Enríquez.



### **Permanencia**

El servicio público de administración de justicia debe ser un servicio permanente. Aun durante los estados de excepción de que trata la Constitución en sus artículos 212 y 213, el gobierno no podrá suprimir, ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento. (*C.P., art. 252*).

### **Autonomía e independencia de la rama judicial**

La rama judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia.

Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias. (*L.E. 270/96, art. 5*).

### **Gratuidad**

La administración de justicia será gratuita y su funcionamiento estará a cargo del Estado, sin perjuicio de las expensas, agencias en derecho y costas judiciales (*L.E. 270/96, art. 6*).

### **Alternatividad**

La ley podrá establecer mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorarios por estos servicios (*L.E. 270/96, art. 8*).

Gran cantidad de estos principios se encuentran consagrados expresamente en la Carta Política. Entre ellos tenemos:

### **Presunción de inocencia**

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable (*C.P., art. 29*). La presunción de inocencia es un derecho fundamental. De acuerdo con la Corte Constitucional: "Este postulado cardinal de nuestro ordenamiento jurídico, no admite excepción alguna e impone como obligación la práctica de un debido proceso, de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y la ley consagran para desvirtuar su alcance.

Etimológicamente se entiende por presumir, suponer algo por indiscutible aunque no se encuentre probado. La presunción consiste en un juicio lógico del constituyente o del legislador, por virtud del cual, considera como cierto un hecho con fundamento en la reglas o máximas de la experiencia que indican el modo normal como el mismo sucede. La presunción se convierte en una guía para la valoración de las pruebas, de tal manera que las mismas deben demostrar la incertidumbre en el hecho presunto o en el hecho presumido.

La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es



así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del *in dubio pro reo*, según el cual toda duda debe resolverse a favor del acusado.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11, reafirma el carácter fundante de la presunción, por virtud del cual: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. Igualmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, ratificado por Colombia a través de la Ley 16 de 1974, establece: “...Toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...(art. 8º)”<sup>611</sup>.

### **Principio de legalidad**

ART. 28.—Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

ART. 34.—Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.

No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social

### **Prevalencia del derecho sustancial**

Como bien sostiene la Corte, “... el acceso a la justicia y los procedimientos que lo desarrollan, deben “cumplirse a partir de un criterio de interpretación sistemática, que obligue al operador a fijar su alcance consultando los principios, derechos y garantías que consagra la Constitución Política, los cuales, como es sabido, constituyen a su vez la base o punto de partida de todo el ordenamiento jurídico. (...). En este punto resulta entonces relevante, la referencia consagrada en el artículo 228 de la Carta, sobre la prevalencia del derecho sustancial sobre la forma, en la medida en que la interpretación que se haga de las normas procesales que consolidan el acceso a la justicia, en virtud de este principio, debe entenderse “en el sentido que resulte más favorable al logro y realización del derecho sustancial, consultando en todo caso el verdadero espíritu y finalidad de la ley”<sup>612</sup>.

### **Debido proceso**

ART. 29.—El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

---

<sup>611</sup> C. Const., Sent. C-774/2001. jul. 25/2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>612</sup> C. Const., Sent. C-183, mar. 14/2007, Exp. D-6447. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

(...). Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

### **Derecho a la segunda instancia**

Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único. (C.P., art. 31).

### **Habeas Corpus**

Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el *habeas corpus*, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas. (C.P., art. 30).

### **Igualdad ante la ley**

Con respecto al acceso a la justicia, el artículo 229 de la Carta debe ser concordado con el artículo 13 de la Constitución, en el entendido de que “acceder” igualitariamente ante los jueces implica, “no solo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse, por parte de los jueces y tribunales ante decisiones similares”<sup>613</sup>.

### **Derecho de defensa**

En toda clase de actuaciones judiciales y administrativas se garantiza, sin excepción alguna, el derecho de defensa, de acuerdo con la Constitución Política, los tratados internacionales vigentes ratificados por Colombia y la ley. (L.E. 270/96, art. 3).

#### **4.5.5.3.4.4 Criterios para la interpretación de la ley**

Los jueces son independientes en sus decisiones y para tomarlas se deben basar en la Constitución y en las leyes. La **jurisprudencia** y la **equidad** son criterios auxiliares de interpretación. En el ejercicio de su función deben hacer prevalecer el derecho sustancial sobre aspectos meramente formales (C.P., art. 228), “de manera que los procedimientos no sean un fin en si mismo sino el camino para hacer efectivos los derechos”<sup>614</sup>.

### **Imperio de la ley**

Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de

<sup>613</sup> C. Const., Sent. T-583, jul. 26/2006, Exp. T-1327559. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>614</sup> YOUNES. Op. Cit., p. 307.

la actividad judicial. (C.P., art. 230).

L. 153 /887.

ART. 8º—Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

### Rol de la jurisprudencia

Jurisprudencia es el conjunto de decisiones que expresan la interpretación judicial de la ley. Independientemente de la existencia de una norma que predique su obligatoriedad, el valor de la jurisprudencia radica en su uniformidad. De acuerdo con la Carta, la jurisprudencia es criterio auxiliar en la interpretación de las leyes.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional presenta ciertas particularidades especiales, pues en los eventos de sentencias de constitucionalidad producen efectos generales obligatorios *-erga omnes-* y de acuerdo con la misma Corte, en los eventos de sentencias de tutela cuando tales pronunciamientos tienen la calidad de *doctrina constitucional* valen para las partes pero también para los jueces y por tanto, si estos desean apartarse de esta posición de la Corte deben justificar plenamente su posición, so pena de violar el principio de igualdad.

.—**Objetivos de la unificación de la jurisprudencia.** “Un ordenamiento jurídico en un Estado de derecho se caracteriza materialmente por la consagración de un orden social justo y formalmente, al sentir de Kelsen, por su estructura jerárquica (...).

La jerarquía implica, además, unidad. Si una norma jerárquicamente inferior desconoce una norma superior, ella es susceptible de desaparecer del mundo jurídico, mediante las acciones de constitucionalidad o de nulidad —es derecho positivo válido anulable—, o bien es susceptible de ser inaplicada.

La norma jerárquicamente superior es la Constitución, según el artículo 4º de la Carta, que la define como “norma de normas”. Como anota García de Enterría, “la Constitución vincula al juez más fuertemente que las leyes, las cuales sólo pueden ser aplicadas si son conformes a la Constitución”. Se exige pues, para que una norma sea aplicada, que formalmente haya sido expedida de manera regular, y que materialmente ella sea conforme con los contenidos axiológicos de la Constitución (...).

Le corresponde al operador jurídico, entonces, apreciar ambos elementos al momento de aplicar una norma jurídica. Ahora bien, en el caso de los jueces, según el artículo 228 de la Constitución, ellos son independientes para apreciar tales elementos. En virtud de dicha independencia, los jueces pueden no siempre coincidir en sus apreciaciones.

Pues bien, ¿cómo se logra entonces la unidad de un ordenamiento jurídico?

La respuesta es clara. Mediante la unificación de la jurisprudencia.

En efecto, si cada juez, al momento de interpretar la ley, le confiere en sus sentencias un sentido diferente a una misma norma, sin que el propio ordenamiento consagre mecanismos orientados a tal unificación, habrá caos, inestabilidad e inseguridad jurídica. Las personas no podrían saber, en un momento dado, cuál es el derecho que rige en un país. Luego es indispensable para el normal funcionamiento del sistema jurídico jerárquico y único el establecimiento de mecanismos que permitan conferirle uniformidad a la jurisprudencia.

Así lo ha establecido la Sala Plena de la Corte Constitucional a propósito de la unificación de la jurisprudencia de la acción de tutela, cuando afirmó:

Aun cuando los efectos jurídicos emanados de la parte resolutive de un fallo de revisión solamente obligan a las partes, el valor doctrinal de los fundamentos jurídicos o consideraciones de estas sentencias trasciende el asunto revisado. La interpretación constitucional fijada por la Corte determina el contenido y alcance de los preceptos de la Carta y hace parte, a su vez, del “imperio de la ley” a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución.

Por otra parte, la uniformidad no es un fin despreciable. Ella busca garantizar los siguientes altos objetivos:

1. Asegurar la efectividad de los derechos y colaborar así en la realización de la justicia material (*C.N., art. 2º*).
2. Procurar exactitud.
3. Conferir confianza y credibilidad de la sociedad civil en el Estado, a partir del principio de la buena fe de los jueces (*C.N., art. 83*).
4. Unificar la interpretación razonable y disminuir la arbitrariedad.
5. Permitir estabilidad.
6. Otorgar seguridad jurídica materialmente justa.
7. Llenar el vacío generado por la ausencia de mecanismos tutelares contra providencias judiciales.

El recurso de casación (*CPC, art. 365; CPP, art. 210 y CPT, art. 86*) y la súplica (*CCA, art. 130*), bien que distintos, se establecieron con el mismo objetivo: unificar la jurisprudencia<sup>615</sup>.

#### **4.5.5.3.4.5 Antecedentes penales y contravencionales**

Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales. (*C.P., art 248*).

La limitación de antecedentes penales no implica eliminación de informaciones para prevenir conductas antisociales. De acuerdo con la Corte: “Es usual que, tanto en las instancias públicas como en las instancias privadas, se recojan informaciones, bien como fin propio de su actividad o para servir de soporte a otras actividades igualmente de naturaleza pública o privada. Ha sostenido la jurisprudencia de esta corporación la importancia de la información en el funcionamiento de la sociedad actual. Sus abusos han sido el motivo del surgimiento del nuevo derecho denominado “*hábeas data*”, como una evocación similar a la clásica expresión latina del derecho de “*hábeas corpus*” aportado por la tradición inglesa, según la cual se protegía la esencialísima libertad física, que se expresa en la dicha frase. No es, pues indiferente la coincidencia idiomática con una de las más caras e indiscutibles garantías liberales; este fenómeno de la información es objeto de la norma jurídica en diversos campos, de suerte que cualquier enumeración puede resultar insuficiente. En efecto, y para mostrar la complejidad e importancia del fenómeno, basta a la corporación evocar algunos registros informativos indispensables para el funcionamiento institucional: la información contentiva de la lista de votantes como soporte de la organización democrática; la información contenida en los censos, base que permite determinar la realidad social y sus necesidades, las informaciones comerciales que confieren elementos necesarios al normal funcionamiento del crédito. No puede entonces pensarse que una entidad pública no sólo no disponga sino que no tenga la posibilidad de utilizar informaciones, recogidas con motivo de la persecución del delito,

---

<sup>615</sup> C. Const., Sent. C-104, mar. 11/93. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

con fines de interés público. Toda una estrategia criminal, conocida en el lenguaje especializado, como las actividades de “inteligencia y contrainteligencia”, no hace más que recoger y manejar informaciones relacionadas con los ilícitos, por lo que se constituyen en instrumento fundamental del Estado contemporáneo en la lucha contra el delito, lucha que no sólo se realiza frente a los actos delictivos consumados, sino también en el campo preventivo (...).

El artículo 248 elabora un concepto de “antecedentes penales”, indicando que debe entenderse por tales únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales, con ocasión de delitos o contravenciones. (...), observa la Sala que se dispone constitucionalmente la elaboración o el mantenimiento de una información que tiene que ver con los condenados judicialmente, con motivo de sus conductas antisociales. Esta información lógicamente no puede entenderse como una prohibición del constituyente para que existan otras informaciones relacionadas con los delitos y las contravenciones, en manos de las agencias públicas encargadas de la defensa social, porque una tal interpretación conduciría al absurdo de eliminar instrumentos indispensables para la prevención del delito, como antes se indicó<sup>616</sup>.

#### **4.5.5.3.4.6 Instituciones habilitadas para ejercer la función jurisdiccional**

De acuerdo con la Constitución, la tarea de administrar justicia se entrega a una rama encargada especialmente de la tarea, aunque no se excluye la posibilidad del ejercicio y colaboración judicial por otras instancias del poder público y por los particulares.

El artículo 116 de la Carta (*modificado por el A.L. 3/2002, art. 1º*), distribuye la función así:

##### **a) Rama judicial**

La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces, administran justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

##### **b) Rama legislativa**

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

##### **c) Autoridades administrativas**

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

##### **d) Los particulares**

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley

Adicionalmente la Carta establece la **jurisdicción de paz** y la **jurisdicción indígena**.

#### **a) De la organización y ejercicio de la función jurisdiccional por las autoridades judiciales**

---

<sup>616</sup> C. Const., Sent. C-114, mar. 25/93. M.P. Fabio Morón Díaz.

## **- Organización**

La Ley Estatutaria 270 de 1996, en su artículo 11, modificado por la L. 585/2000, art. 1º, establece la organización de la rama judicial del poder público así:

### **1. Los órganos que integran las distintas jurisdicciones son:**

#### **a) De la jurisdicción ordinaria:**

1. Corte Suprema de Justicia.
2. Tribunales superiores de distrito judicial.
3. Juzgados civiles, laborales, penales, agrarios, de familia, de ejecución de penas, y los demás especializados y promiscuos que se creen conforme a la ley;

#### **b) De la jurisdicción de lo contencioso administrativo:**

1. Consejo de Estado.
2. Tribunales administrativos.
3. Juzgados administrativos:

#### **c) De la jurisdicción constitucional:**

*Corte Constitucional*

*Consejo de Estado*

*Jueces de tutela*

Excepcionalmente también ejercen jurisdicción constitucional, para el caso concreto, los jueces y corporaciones que profieren decisiones de tutela o resuelven acciones y recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales.

#### **d) De la jurisdicción de la paz:**

Jueces de paz

#### **e) De la jurisdicción de las comunidades indígenas:**

Autoridades de los territorios indígenas.

Además hacen parte de la rama judicial:

### **1. La Fiscalía General de la Nación**

El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

### **2. El Consejo Superior de la Judicatura.**

### **2- Del ejercicio de la función jurisdiccional por las autoridades judiciales**

La Ley Estatutaria 270/96 en su artículo 12 dispone:

La función jurisdiccional se ejerce como propia y habitual y de manera permanente por las corporaciones y personas dotadas de investidura legal para hacerlo, según se precisa en la Constitución Política y en la presente ley estatutaria.

Dicha función se ejerce por la jurisdicción constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las jurisdicciones especiales tales como: la penal militar, la indígena y la justicia de paz, y la jurisdicción ordinaria que conocerá de todos los asuntos que no estén atribuidos expresamente por la Constitución o la ley a otra jurisdicción.

El Fiscal General de la Nación, el vicefiscal y los fiscales delegados ante las distintas jerarquías judiciales del orden penal, ejercen las funciones jurisdiccionales que determine la ley.

Los jueces de paz conocen en equidad de los conflictos individuales y comunitarios en los casos y según los procedimientos establecidos por la ley.

Las autoridades de los territorios indígenas previstas en la ley ejercen sus funciones jurisdiccionales únicamente dentro del ámbito de su territorio y conforme a sus propias normas y procedimientos, los cuales no podrán ser contrarios a la Constitución y a las leyes. Estas últimas establecerán las autoridades que ejercen el control de constitucionalidad y legalidad de los actos proferidos por las autoridades de los territorios indígenas.

Los tribunales y jueces militares conocen, con arreglo a las prescripciones de la ley y del Código Penal Militar, de los delitos sometidos a su competencia.

#### **4.5.5.3.4.7 LA JURISDICCIÓN ORDINARIA**

Esta jurisdicción está integrada por la Corte Suprema de Justicia –su máximo tribunal-, los juzgados superiores de distrito judicial y los juzgados civiles, penales, laborales, agrarios, de familia, especializados, promiscuos y demás creados conforme a la ley. Conoce de todos los asuntos no atribuidos a otras jurisdicciones. La Carta de ocupa de la Corte Suprema.

#### ***Atribuciones de la Corte Suprema de Justicia***

ART. 235.—Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

1. Actuar como tribunal de casación.
2. Juzgar al Presidente de la República o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174, por cualquier hecho punible que se les impute, conforme al artículo 175 numerales 2º y 3º.
3. Investigar y juzgar a los miembros del Congreso.
4. Juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, a los ministros del despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los tribunales; a los directores de los departamentos administrativos, al Contralor General de la República, a los embajadores y jefes de misión diplomática o consular, a los gobernadores, a los magistrados de tribunales y a los generales y almirantes de la fuerza pública, por los hechos punibles que se les imputen.
5. Conocer de todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la Nación, en los casos previstos por el Derecho Internacional.
6. Darse su propio reglamento.
7. Las demás atribuciones que señale la ley.

PAR.—Cuando los funcionarios antes enumerados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas

#### ***Estructura de la Corte Suprema de Justicia***

ART. 234.—La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y se compondrá del número impar de magistrados que determine la ley. Ésta dividirá la Corte en salas, señalará a cada una de ellas los asuntos que deba conocer separadamente y determinará aquellos en que deba intervenir la Corte en pleno.



#### **4.5.5.3.4.8 LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**

Integran esta jurisdicción el Consejo de Estado –su máximo tribunal- , los tribunales administrativos y los juzgados administrativos. Juzga los litigios y controversias de carácter administrativo originados en la actividad de las entidades públicas y de las entidades privadas que cumplen funciones administrativas. Inicialmente tuvo funciones consultivas.

#### **Historia del Consejo de Estado**

De acuerdo con Younes, “su previsión en nuestras instituciones se remonta al año 1817, mediante decreto del Libertador. Inicialmente se le atribuyó un carácter meramente consultivo. Posteriormente, por decreto de 1928 Bolívar lo restablece y se mantiene bajo la legislación de 1830, dictada por el Congreso Admirable, pero cuyos contenidos no alcanzaron a regir.

Con la disolución de la Gran Colombia se dictó la Constitución de 1832 para la Nueva Granada y en ella se conservó el Consejo de Estado, hasta la Carta de 1843 en que fue abolido, situación que se mantuvo con las Constituciones de 1853, la centro federal de 1858 y la federal de Rionegro de 1863.

Restablecido con la Carta de 1886. Con Rafael Reyes se convirtió en una corporación incómoda y el Acto Legislativo de 1905 lo eliminó.

El constituyente de 1910 ordenó al legislativo la creación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Ley 130 de 1913 trataba el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, pero la Corte consideró la ley inconstitucional e inconveniente. El acto legislativo de 1914 le devolvió la constitucionalidad. Desde esa fecha varias disposiciones legales se han ocupado del Consejo de Estado y la Jurisdicción contenciosa administrativa. Quizás la norma más importante es el decreto-Ley 1 de 1984 que contiene el actual Código Contencioso Administrativo<sup>617</sup>.

#### **Atribuciones del Consejo de Estado**

De acuerdo con el artículo 237 de la Carta, son atribuciones del Consejo de Estado:

1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley.
  2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.
  3. Actuar como cuerpo supremo consultivo del gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen.
- En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la Nación, el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado.
4. Preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley.
  5. Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley.
  6. Darse su propio reglamento y ejercer las demás funciones que determine la ley

---

<sup>617</sup> YOUNES. Op. cit., p. 313.



La ley desarrolla los otros órganos y los procedimientos de esta jurisdicción.

### **Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo**

De acuerdo con el Código Contencioso Administrativo (*art. 82*), la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

### **Estructura del Consejo de Estado**

El Consejo de Estado tendrá el número impar de magistrados que determine la ley. El Consejo se dividirá en salas y secciones para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la Constitución y la ley.

La ley señalará las funciones de cada una de las salas y secciones, el número de magistrados que deban integrarlas y su organización interna. (C.P., art. 236).

#### **- Comisión para la Defensa de los Intereses Jurídicos de la Nación**

Es interesante anotar que ante las graves pérdidas por demandas contra la Nación, recientemente el gobierno, mediante el Decreto 2484 del 2008, resolvió crear la *Comisión para la defensa de los intereses jurídicos de la Nación*, de la cual hacen parte los ministros del Interior, de Hacienda y de la Protección Social, el viceministro de Justicia, el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, la Directora del Departamento Nacional de Planeación y la Dirección de Defensa Judicial de la Nación. La tarea de esta Comisión intersectorial será la defensa de los intereses de la Nación; tendrá en consecuencia la misión de estudiar la problemática de las controversias judiciales que por su naturaleza o cuantía amenacen con afectar gravemente los intereses patrimoniales de la Nación y proponer soluciones jurídicas que garanticen la adecuada defensa de los intereses de la misma.

#### **4.5.5.3.9 LA JURISIDCCIÓN CONSTITUCIONAL**

Esta jurisdicción se encuentra integrada por la Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución. También hace parte de ella el Consejo de Estado al conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos presidenciales cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional y los jueces de la república cuando conocen de acciones de tutela.

Es importante anotar que en países como España la Corte Constitucional no hace parte de la rama judicial.

### **Estructura de la jurisdicción constitucional**

La Corte Constitucional ejerce la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos de los artículos 241 a 244 de la Constitución Política. El Consejo de Estado conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

También ejercen jurisdicción constitucional, excepcionalmente, para cada caso concreto, los jueces y corporaciones que deban proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales. (*L.E. 270/96, art. 43*).

### **Funciones de la Corte Constitucional**

ART. 241.—A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.
4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.
6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.
7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.
8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.
10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.
11. Darse su propio reglamento.

PAR.—Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanao el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto.

### **Importancia de la jurisdicción constitucional**

De acuerdo con su supremo tribunal: "(...) La jurisdicción constitucional establecida del modo indicado, o sea en términos materiales, corresponde a la extensión del derecho fundamental de toda persona a la integridad y primacía de la Constitución, que exige que en los distintos ámbitos de la vida pública y privada la Constitución pueda desplegar en concreto su máxima eficacia ordenadora como suprema condición de la paz social y pueda convertirse así en Constitución material, con lo cual satisface su objetivo esta jurisdicción.

"37. El derecho fundamental a la integridad y primacía de la Constitución y las normas que articulan la jurisdicción constitucional, deben interpretarse de manera que potencien al máximo la defensa y cumplimiento de la Constitución. Basta observar que la jurisdicción constitucional tiene una significación esencial para el perfeccionamiento y vigencia del Estado constitucional de derecho, la división y equilibrio de las ramas del poder público, la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, la división vertical del poder del Estado y el respeto de los derechos fundamentales.

"38. La jurisdicción constitucional es la garantía básica del Estado constitucional de derecho. El poder público en todas sus manifestaciones —Estado-legislador, Estado-administrador y Estado-juez— se origina en el pueblo y se ejerce en los términos que la Constitución establece (*C.N., art. 3º*). La jurisdicción constitucional asegura que efectivamente todos los poderes públicos sujeten sus actos (aquí quedan comprendidos entre otros las leyes, las sentencias y los actos administrativos) a las normas, valores y principios constitucionales, de modo que cada una de las funciones estatales sea el correcto y legítimo ejercicio de una función constitucional.

El ejercicio de la jurisdicción constitucional, indispensable en el estado de derecho, es hoy además crucial a fin de mantener un adecuado equilibrio de poderes y salvaguardar la esfera de la libertad y los derechos de grupos y minorías carentes de influencia real en el proceso de toma de decisiones. La intervención creciente del Estado en sectores de la vida económica y social, antes alejados de su interferencia, ha multiplicado el tamaño y poder de la administración y modificado el papel de la ley y la función del Congreso. A lo anterior se suma el grado variable de incidencia de los grupos privados organizados sobre las dos ramas que concentran los más importantes recursos de poder en la sociedad. La rama judicial, a través de la jurisdicción constitucional, está llamada a contrapesar inteligente y responsablemente el crecimiento del legislativo y del ejecutivo modernos. El estado de derecho requiere el igual fortalecimiento de las tres ramas del poder público.

"39. La jurisdicción constitucional, y el derecho fundamental a la integridad y primacía de la Constitución, se orientan a preservar la división, que nunca debe soslayarse, entre poder constituyente y poderes constituidos. Esta función esencial se cumple por la Jurisdicción Constitucional, al impedir que los poderes constituidos (ramas legislativa, ejecutiva y judicial) se aparten de los mandatos y cauces de actuación establecidos en la Constitución. La ausencia de control, tesis sostenida por la Corte Suprema de Justicia en relación con las sentencias, lleva a que se esfumen los contornos de esta división sobre la cual se asienta la existencia de la Constitución.

"40. La jurisdicción constitucional garantiza el respeto y adecuada distribución de competencias entre la administración central del Estado y las entidades territoriales de modo que no se lesione su autonomía. Leyes y actos administrativos que desconozcan el grado de autonomía constitucionalmente reconocido a las entidades territoriales, que

expresan una forma de división vertical del poder del Estado, se exponen a ser proscritos del ordenamiento al ponerse en marcha variados mecanismos de control constitucional<sup>618</sup>.

### **Estructura de la Corte Constitucional**

La Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del derecho. (C.P., art. 239).

## **ESTATUTO DE LOS MAGISTRADOS**

### **Nombramiento de magistrados**

Este proceso ha tenido la siguiente evolución constitucional:

Con la **Carta de 1821** La integración de la Alta Corte de Justicia se hacía con participación de INICIAL Senado y de la Cámara de Representantes.

**Carta de 1830:** Al Senado se le dio competencia para presentar al Presidente la terna de los magistrados de la Alta Corte de Justicia, y de los arzobispos y obispos y dar su consentimiento para el nombramiento de los generales del ejército y la armada.

**Carta de 1832:** Se le dio atribución al Congreso de elegir los Consejeros de Estado y admitir las excusas de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

**Carta de 1853:** En esta Carta se instituyó por primera vez el voto directo de los ciudadanos granadinos para elegir Presidente de la República y Vicepresidente, magistrados de la Suprema Corte de Justicia y Procurador General de la Nación, gobernadores de provincia, Senadores y representantes y se dejó a la ley su organización

**Constitución de la Confederación Granadina de 1858:** El Congreso elegía a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia a propuesta de ternas enviadas por las legislaturas de los Estados. La Cámara de Representantes elegía al Procurador General de la Nación.

**Carta de 1886:** A la Cámara de Representantes se le mantuvieron varias atribuciones que venían de la Constitución de 1863 incluido el poder de elegir Consejeros de Estado. La función acusadora de la cámara quedó intacta.

**Carta de 1991:** Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado serán nombrados por la respectiva corporación, de listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura. (C.P., art. 231).

### **Calidades para ser nombrado magistrado**

ART. 232.—Para ser Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se requiere:

1. Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio.
2. Ser abogado.
3. No haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto

---

<sup>618</sup> C. Const., Sent. T-006, mayo 12/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

por delitos políticos o culposos.

4. Haber desempeñado, durante diez años, cargos en la rama judicial o en el Ministerio Público, o haber ejercido, con buen crédito, por el mismo tiempo, la profesión de abogado, o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente.

PAR.—Para ser magistrado de estas corporaciones no será requisito pertenecer a la carrera judicial.

### **Período, reelección y ejercicio del cargo de magistrado**

Los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, y del Consejo de Estado serán elegidos para períodos individuales de ocho años, no podrán ser reelegidos y permanecerán en el ejercicio de sus cargos mientras observen buena conducta, tengan rendimiento satisfactorio y no hayan llegado a edad de retiro forzoso. (C.P., art. 233).

### **Elección de magistrados**

Los magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Los magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelegidos. (C.P., art. 239.).

#### **4.5.5.3.10 LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR**

Es una jurisdicción especial que no hace parte de la rama judicial. Conoce de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio.

Solo puede procesar a militares y policías mayores de 18 años.

Está integrada por las llamadas cortes marciales y los tribunales militares. No debe conocer de los delitos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos. Tampoco debe conocer de los delitos atribuidos a generales y almirantes, pues el juzgamiento de estos altos oficiales compete a la Corte Suprema de Justicia.<sup>619</sup>

#### **4.5.5.3.11 LA JURISDICCIÓN DE PAZ**

Establece la Carta que la ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. También podrá ordenar que se elijan por votación popular. (C.P., art. 247).

Los procedimientos para la creación, reglamentación, organización y funcionamiento de los jueces de paz fueron establecidos en la Ley 497 de 1999.

### **Principios de la justicia de paz**

**Tratamiento integral y pacífico de los conflictos comunitarios y particulares.** La jurisdicción de paz busca lograr la solución integral y pacífica de los conflictos comunitarios o particulares (art. 1º). **Equidad.** Las decisiones que profieran los jueces de paz deberán ser en equidad, conforme a los criterios de justicia propios de la comunidad (art. 2º). **Eficiencia.** La administración de justicia de paz debe cumplir con la finalidad de promover la convivencia pacífica en las comunidades de todo el territorio nacional (art.

---

<sup>619</sup> MADRID MALO. Diccionario... p. 196.

3º).**Oralidad.** Todas las actuaciones que se realicen ante la jurisdicción de paz serán verbales, salvo las excepciones señaladas en la presente ley (*art. 4º*).**Autonomía e independencia.**La justicia de paz es independiente y autónoma con el único límite de la Constitución Nacional. Ningún servidor público podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un juez de paz las decisiones o criterios que deba adoptar en sus intervenciones, so pena de incurrir en mala conducta, sancionable disciplinariamente (*art. 5º*).**Gratuidad.**La justicia de paz será gratuita y su funcionamiento estará a cargo del Estado, sin perjuicio de las expensas o costas que señale el Consejo Superior de la Judicatura (*art. 6º*).**Garantía de los derechos.**Es obligación de los jueces de paz respetar y garantizar los derechos, no sólo de quienes intervienen en el proceso directamente, sino de todos aquellos que se afecten con él (*art. 7º*).

### Objeto, jurisdicción y competencia de la justicia de paz

**Objeto.** La jurisdicción de paz busca lograr el tratamiento integral y pacífico de los conflictos comunitarios o particulares que voluntariamente se sometan a su conocimiento (*art. 8º*).**Competencia.** Los jueces de paz conocerán de los conflictos que las personas o la comunidad, en forma voluntaria y de común acuerdo, sometan a su conocimiento, que versen sobre asuntos susceptibles de transacción, conciliación o desistimiento y que no sean sujetos a solemnidades de acuerdo con la ley, en cuantía no superior a los cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. No obstante, los jueces de paz no tendrán competencia para conocer de las acciones constitucionales y contencioso administrativas, así como de las acciones civiles que versen sobre la capacidad y el estado civil de las personas, salvo el reconocimiento voluntario de hijos extramatrimoniales. PAR.—Las competencias previstas en el presente artículo, serán ejercidas por los jueces de paz, sin perjuicio de las funciones que para el mantenimiento del orden público se encuentren asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades de policía (*art.9º*).**Competencia territorial.** Será competente para conocer de los conflictos sometidos a su consideración el juez de paz del lugar en que residan las partes o en su defecto, el de la zona o sector en donde ocurran los hechos o el del lugar que las partes designen de común acuerdo (*art. 10*).

.—**Los jueces de paz en la Constitución Política.** "Los fines buscados por el constituyente al incorporar la figura de los jueces de paz al ordenamiento colombiano se pueden apreciar consultando los debates surtidos en la Asamblea Nacional Constituyente sobre el particular (Cfr. Gaceta Constitucional N° 66-Informe de ponencia). De ellos se resalta que la consagración constitucional de esta figura fue resultado de varias iniciativas presentadas por diferentes delegados a la asamblea, que confluían en cuanto a los rasgos principales de la nueva figura que se proponía<sup>620</sup>: (a) cercanía a la comunidad cuyos conflictos cotidianos habrá de resolver el juez de paz, (b) competencia para resolver conflictos menores de manera ágil e informal —es decir, sin ritualismos o fórmulas procesales—, (c) respetabilidad del juez dentro del medio social en el cual habrá de desempeñar su función, (d) adopción de fallos en equidad, (e) coercibilidad de sus decisiones y (f) elección por parte de la comunidad.

---

<sup>620</sup> Cita de la Corte: Valga precisar que la institución de los jueces de paz ciertamente no es nueva; fue introducida desde las épocas más tempranas de la colonización española en América, pero progresivamente cayó en desuso, hasta el punto de que al final del siglo XX, durante la década de los años ochenta, Perú era el único Estado latinoamericano que aún conservaba —en plena vigencia— los cargos en cuestión. Véase a este respecto REVILLA, María Teresa: "La justicia de paz y las organizaciones sociales en el Perú". En: BARRIOS GIRALDO, Adriana Elvira (ed.): "Conflicto y contexto-Resolución alternativa de conflictos y contexto social". Instituto Ser de Investigaciones - Tercer Mundo Editores — Colciencias— programa de reinserción, Bogotá, 1997.



En general, la introducción de esta figura al ordenamiento —junto con la de otras formas alternativas de resolución de conflictos— obedeció no solo al imperativo de descongestionar la rama judicial para atender con más eficacia las necesidades ciudadanas de administración de justicia, sino también a un replanteamiento fundamental de la relación existente entre el Estado —en particular, aunque no exclusivamente, la administración de justicia— y la sociedad: tanto desde la perspectiva genérica de la consagración del Estado social de derecho en tanto fórmula política fundamental, como desde el punto de vista específico de la introducción de una serie de mecanismos alternativos a la justicia formal para la resolución de los conflictos sociales, fue deseo del constituyente consolidar un modelo nuevo de interacción entre la ciudadanía y el poder público, que —entre otras— fomentara un acercamiento progresivo de los mecanismos formales de promoción de la convivencia a las realidades sociales en las que habrían de operar.

La figura de los jueces de paz también es reflejo de la filosofía democrática y participativa que inspiró al constituyente de 1991. Ya ha señalado la jurisprudencia de esta corporación que “la institución de los jueces de paz se inscribe dentro del concepto de democracia participativa, al permitir la intervención del ciudadano en el cumplimiento de funciones del Estado, como lo es, en este caso, la judicial” (*Sent. C-536 de 1995*), y que “esta institución guarda también relación con algunos de los deberes que la Constitución consagra a cargo de la persona y del ciudadano, concretamente los de “propender al logro y mantenimiento de la paz” (*C.P., art.(sic) y 95-6*) y el de “colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia” (*C.P., art. 95-7*)” (*Sent. C-536 de 1995*). En esa medida, la creación de los jueces de paz fue prevista como un canal para que el ciudadano común participe, en virtud de sus calidades personales y su reconocimiento comunitario, en la función pública de administrar justicia, jugando así un rol complementario al que asignó la Carta a las demás autoridades y particulares que participan de dicho cometido estatal: “se trata, en últimas, que personas que en principio no cuentan con una formación jurídica, pero que son reconocidas dentro de la comunidad a la que pertenecen por su capacidad, su ecuanimidad y su sentido de la justicia, puedan ocuparse de asuntos que por su sencillez no ameriten el estudio por parte de la rama judicial, ni supongan un conocimiento exhaustivo del derecho. Con todo, valga anotar que se trata de inconvenientes en apariencia pequeños o intrascendentes, pero que afectan de manera profunda la convivencia diaria y pacífica de una comunidad, por lo que la labor a ellos asignada resulta a todas luces esencial” (*Sent. C-536 de 1995*). En ese mismo orden de ideas, es aplicable a los jueces de paz lo que la Corte Constitucional ha afirmado respecto de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos: “no deben ser interpretados solamente como una manera de descongestionar el aparato de justicia sino también, y principalmente, como una forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que los afectan. En este sentido, es incuestionable su estirpe democrática, en la medida en que generan espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional evitando la conflictivización de la sociedad y logrando, por ende, el fortalecimiento de la legitimidad del aparato de justicia estatal en la medida en que este puede dedicarse a resolver aquellos asuntos que son de verdadera trascendencia social (*Sent.C-893 de 2001 M.P. Clara Inés Vargas Hernández*)”<sup>621</sup>.

#### **4.5.5.3.12 LA JURISDICCIÓN INDÍGENA**

La Carta reconoce esta jurisdicción en el artículo 246 al disponer que las autoridades de

---

<sup>621</sup> C. Const., Sent. C-103, feb. 10/2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

los pueblos indígenas pueden 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 Corte Constitucional considera que el análisis de esta norma muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional:

- a) la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas,
- b) la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios,
- c) la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y
- d) la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional<sup>622</sup>.

### ***Límites al ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades indígenas***

Precisa la Corte: “Interesa aquí, particularmente, el estudio de los límites que se fijan para el ejercicio de las facultades jurisdiccionales, conferidas de manera potestativa a las autoridades de las comunidades indígenas, a la luz del principio de la diversidad cultural, pues si bien la Constitución se refiere de manera general a “la Constitución y la ley” como parámetros de restricción, resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía (...).

“Ahora, para concretar este mínimo, es preciso distinguir dos situaciones que deben ser objeto de una regulación diferente. Una es aquella en la que la comunidad juzga comportamientos en los que se ven involucrados miembros de comunidades distintas (v. gr., un blanco y un indígena, un negro y un indígena, indígenas de dos comunidades diferentes). La otra es la situación típicamente interna, es decir, una situación en la que todos los elementos definitorios pertenecen a la comunidad: el autor de la conducta pertenece a la comunidad que juzga, el sujeto (u objeto) pasivo de la conducta pertenece también a la comunidad y los hechos ocurrieron en el territorio de la misma.

“La distinción es relevante, porque en tanto en el primer caso los sujetos involucrados pertenecen a ambientes culturales diversos, en el segundo, todos comparten, en principio, la misma tradición. Es este segundo caso el que ocupará la atención de la Corte, de acuerdo con lo señalado inicialmente al plantear los problemas jurídicos que encierra la tutela.

“El principio de maximización de la autonomía adquiere gran relevancia en este punto por tratarse de relaciones puramente internas, de cuya regulación depende en gran parte la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo. Los límites a las formas en las que se ejerce este control interno deben ser, entonces, los mínimos aceptables, por lo que sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre.

“A juicio de la Sala, este núcleo de derechos intangibles incluiría solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Dos son las razones que llevan a esta conclusión: en primer lugar, el reconocimiento de que únicamente

---

<sup>622</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-139 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.



respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural<sup>623</sup>. En segundo lugar, la verificación de que este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles<sup>624</sup> que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado. (...).

“También la Convención americana de derechos humanos de 1969 (*aprobada por la L. 16/72*) prevé dentro de los derechos que no pueden ser suspendidos en ningún caso el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de la esclavitud. Su artículo 27 dispone, (...).

“A este conjunto de derechos habría que agregar, sin embargo, el de la legalidad en el procedimiento y, en materia penal, la legalidad de los delitos y de las penas, por expresa exigencia constitucional, ya que el artículo 246 taxativamente se refiere a que el juzgamiento deberá hacerse conforme a las “normas y procedimientos” de la comunidad indígena, lo que presupone la existencia de las mismas con anterioridad al juzgamiento de las conductas. Pero claro, la exigencia en este caso no puede ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades; de otra manera, el requisito llevaría a un completo desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es precisamente lo que pretende preservarse. “(...).

“Estas restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas en lo que hace a la determinación de sus instituciones jurídicas y sus formas de juzgamiento estarían justificadas, según lo expuesto anteriormente, porque: a) se trata de medidas necesarias para proteger intereses de superior jerarquía, que en este caso serían el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la tortura y la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas; y b) se trata de las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional”<sup>625</sup>.

#### **4.5.5.3.13 EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL POR OTRAS AUTORIDADES Y POR PARTICULARES**

De acuerdo con lo establecido en la Constitución Política también ejercen función jurisdiccional:

1. El Congreso de la República
2. Las autoridades administrativas
3. Los particulares

#### **1. Funciones jurisdiccionales del Congreso de la República**

##### ***Evolución de las facultades de juzgamiento***

**Carta de 1821:** A la Cámara de Representantes se le concedió desde esta primera Constitución la competencia de acusar ante el Senado, al Presidente de la República, al

---

<sup>623</sup> Abdullahi Ahmed An-na'im, "Toward a Cross Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights: The Meaning of Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment" en Abdullah Ahmed An-na'im (comp.), Human Rights in Cross-Cultural Perspectives, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1991 y Richard Falk, "Cultural foundations for the International Protection of Human Rights", *ibid.* Cita de la Corte.

<sup>624</sup> SUDRE Fréderick, La convention européenne des droits de l'homme, Presses Universitaires de France, París, págs. 23-25.

<sup>625</sup> C. Const., Sent. T-1127 oct. 25/01. M.P. Jaime Araújo Rentería.

Vicepresidente y a los ministros de la Alta Corte de Justicia, por violación de la Constitución y de los deberes de sus empleos o de delitos graves contra el orden social.

**Carta de 1830:** A la Cámara de Representantes se le dio la competencia de acusar a los ministros y consejeros de Estado, al Procurador General de la Nación y se le mantuvo la de acusar al Presidente y Vicepresidente, pero sólo por alta traición a la patria, y quedó con la facultad de acusar a los magistrados de la Alta Corte de Justicia.

**Carta de 1843:** La Cámara de Representantes conservó la competencia para acusar ante el Senado a los encargados del poder ejecutivo, a los secretarios de estado, a los ministros de la Corte Suprema de Justicia, y a cualesquiera otros empleados públicos, por abuso de sus atribuciones. La facultad del Senado para condenar los sería limitar a destituir al acusado de su cargo y a declararlo inhabilitado para ejercer el mismo cargo por abuso de las atribuciones que le correspondían o por falta de cumplimiento en los deberes de su empleo. Los condenados quedaban sujetos además al juez competente. Si el Presidente y el Vicepresidente eran condenados por el Senado, serían puestos a disposición de la Corte Suprema de Justicia.

**Constitución de la Confederación Granadina de 1858:** La cámara conservó la competencia para acusar a los altos funcionarios ante el Senado. Se le dio competencia al Procurador General de la Nación, para qué acusar ante el Senado a los altos funcionarios.

**Carta de 1886:** Al Senado se le mantuvo la competencia para el juzgamiento de los altos funcionarios del Estado y además, para rehabilitar a los que hubieren perdido la ciudadanía,

**Carta de 1991:** El Congreso de la República ejerce funciones jurisdiccionales con motivo de las acusaciones y faltas disciplinarias que se formulen contra el Presidente de la República o quien haga sus veces; contra los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos (*L.E. 270/96, art. 13*).

#### ***Función de acusación de la Cámara***

De acuerdo con el artículo 178 de la Carta, “La Cámara de Representantes tendrá las siguientes atribuciones especiales:(...).

3. Acusar ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales, al Presidente de la República o a quien haga sus veces, a los magistrados de la Corte Constitucional, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a los miembros del Consejo Superior de la Judicatura, a los magistrados del Consejo del Estado y al Fiscal General de la Nación.
4. Conocer de las denuncias y quejas que ante ella se presenten por el Fiscal General de la Nación o por los particulares contra los expresados funcionarios y, si prestan mérito, fundar en ellas acusación ante el Senado.
5. Requerir el auxilio de otras autoridades para el desarrollo de las investigaciones que le competen, y comisionar para la práctica de pruebas cuando lo considere conveniente”.

#### **La comisión de investigación y acusación de la Cámara**

La comisión de investigación y acusación, forma parte de la Cámara de Representantes, desempeña funciones judiciales de investigación y acusación en los juicios especiales que tramita dicha cámara; y conoce del régimen disciplinario contra los magistrados de la

Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional, del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación.

En los procesos disciplinarios que se adelanten contra los citados funcionarios, sometidos a fuero especial, se oirá el concepto previo del Procurador General de la Nación. (*L.E. 270/96, art. 179*).

### **Función judicial del Senado**

Corresponde al Senado conocer de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra el Presidente de la República o quien haga sus veces; contra los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este caso, conocerá por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos. (*C.P. art. 174*).

### **Presencia obligatoria del Ministerio Público**

En todos los procesos que se adelanten ante la comisión de investigación y acusación de la Cámara de Representantes, es obligatoria la presencia del Ministerio Público a través del Procurador General de la Nación (*L. 273/96, art. 5º*).

### **Reglas para juicios ante el Senado**

ART. 175.—En los juicios que se sigan ante el Senado, se observarán estas reglas:

1. El acusado queda de hecho suspenso de su empleo, siempre que una acusación sea públicamente admitida.
2. Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones, o a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos; pero al reo se le seguirá juicio criminal ante la Corte Suprema de Justicia, si los hechos lo constituyen responsable de infracción que merezca otra pena.
3. Si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa y, en caso afirmativo, pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema.
4. El Senado podrá cometer la instrucción de los procesos a una diputación de su seno, reservándose el juicio y la sentencia definitiva, que será pronunciada en sesión pública, por los dos tercios, al menos, de los votos de los senadores presentes.

#### **4.5.5.3.14 Funciones jurisdiccionales de ciertas autoridades administrativas**

##### **- Atribuciones del Gobierno con respecto a la Rama Judicial**

Corresponde al gobierno, en relación con la Rama Judicial:

1. Prestar a los funcionarios judiciales, con arreglo a las leyes, los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias.
2. Conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley, e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad. En ningún caso estos indultos podrán comprender la responsabilidad que tengan los favorecidos respecto de los particulares. (*C.P., art. 201*).

##### **Autoridades administrativas con funciones judiciales**

Las autoridades administrativas, de acuerdo con las normas sobre competencia y procedimiento previstas en las leyes pueden ejercer funciones jurisdiccionales. Tales autoridades no podrán, en ningún caso, realizar funciones de instrucción o juzgamiento de carácter penal. (*L.E. 270/96, art. 13*).

### **Requisitos de los funcionarios administrativos que ejercen atribuciones jurisdiccionales**

¿Puede la ley conferir atribuciones judiciales a cualquier funcionario administrativo? O, por el contrario, como lo sugiere el cargo del actor, ¿para que puedan desarrollar esas potestades judiciales, esos funcionarios deben gozar de ciertas cualidades propias de los jueces, como la imparcialidad y la independencia?

Para responder a esta pregunta, la Corte Constitucional entra a examinar los requisitos de imparcialidad e independencia de los funcionarios administrativos que ejercen atribuciones jurisdiccionales, así:

“18. Una lectura aislada y literal del artículo 116 parecería indicar que la ley puede atribuir funciones judiciales a cualquier autoridad administrativa, puesto que esa disposición constitucional no establece que el funcionario a quien se le confieran esas competencias jurisdiccionales deba reunir determinados requisitos. Sin embargo, una interpretación constitucional sistemática lleva a la inevitable conclusión de que para que un funcionario administrativo pueda ejercer funciones jurisdiccionales debe contar con ciertos atributos de independencia e imparcialidad. En efecto, la Carta es clara en señalar que las decisiones de la justicia son independientes (*C.P. art. 228*), mientras que las normas internacionales de derechos humanos, conforme a las cuales se deben interpretar los derechos constitucionales (*C.P. art. 93*) indican que toda persona tiene derecho a ser oída por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (*art. 8.1 Convención Interamericana y art. 14-1 del Pacto de derechos civiles y políticos*). En tales condiciones, es necesario armonizar la posibilidad que confiere el artículo 116 de la Carta de conferir funciones judiciales a las autoridades administrativas con los requisitos de imparcialidad, predeterminación e independencia que deben tener las personas que ejercen funciones jurisdiccionales. Una conclusión se impone: La ley puede conferir atribuciones judiciales a las autoridades administrativas, pero siempre y cuando los funcionarios que ejercen concretamente esas competencias no sólo se encuentren previamente determinados en la ley sino que gocen de la independencia e imparcialidad propia de quien ejercita una función judicial (...).”<sup>626</sup>

#### **Diferencias entre un acto judicial y un acto administrativo**

“la independencia no es una garantía en beneficio del funcionario sino del ciudadano, pues se considera que el juez, al actuar exclusivamente con base en el derecho y gozar de independencia funcional, reúne los requisitos para que sus determinaciones, una vez decididos los recursos de ley, puedan ser definitivas, esto es, hacer tránsito a cosa juzgada, ya que se pueden presumir conformes al ordenamiento.”<sup>627</sup>

#### **4.5.5.5.3.15 Ejercicio de la función jurisdiccional por particulares**

Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad. (*L.E. 270/96, art. 13*).

<sup>626</sup> C. Const., Sent. C-1641, nov. 29/2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>627</sup> C. Const., Sent. C-1641, nov. 29/2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

#### 4.5.5.3.17 La Fiscalía General de la Nación

##### Creación en la Carta de 1991

La constitucionalización de la Fiscalía General de la Nación ya había sido prevista por el proyecto de reforma constitucional de 1979 pero se concretó en la Carta de 1991; se establece también el predominio del sistema acusatorio en el proceso penal, dejando atrás el anterior sistema mixto inquisitivo-acusatorio. En efecto, las críticas sobre los resultados de la administración de justicia en lo penal con los jueces de instrucción criminal hicieron sentir la necesidad de reformas, pues los jueces fallaban los casos sobre los expedientes elaborados por otros jueces encargados de la instrucción, cuando teóricamente sólo estaban preparados para juzgar.

“La función instructora o investigadora se considera como eminentemente técnica que requiere de especialistas en las distintas ciencias forenses, como la dactiloscopia, La grafología, la investigación científica, la medicina legal, la antropología y la psiquiatría forenses, la hematología criminal, la balística, etc. De ahí surge la necesidad de separar las dos tareas, asignándole la de investigación a la Fiscalía y la de decisión o fallo a los jueces”<sup>628</sup>

Las críticas, sin embargo no han faltado. Primero, porque haber ubicado a la Fiscalía como un órgano que hace parte de la rama judicial, “ubicación muy discutida, pues este funcionario no administra justicia y depende, en la mayoría de países del jefe del Ejecutivo. Creemos que, por razones políticas, se le dio la ubicación que aquí aparece”<sup>629</sup>

Por su naturaleza, la función investigativa y acusatoria incluye elementos de la función de policía, propia del Ejecutivo. En cuanto órgano de la rama judicial la Fiscalía “no tiene personería jurídica distinta de la de la Nación; sin embargo, como una garantía para que en la función investigativa y acusatoria no vayan a tener injerencia otros órganos, la Carta la dota de autonomía en materia administrativa y presupuestaria para que para el ejercicio de sus funciones no necesite del concurso de otros”<sup>630</sup>.

##### La policía judicial

La policía judicial es entendida como “el conjunto de autoridades que colaboran con los funcionarios judiciales en la investigación de los delitos y en la captura de los delincuentes. No se trata de dos especies de un género común, sino que la policía judicial es una denominación que se emplea para aludir a las fuerzas de policía en cuanto dirigen su actividad para preparar la función represiva de los funcionarios judiciales (fiscales y jueces de la República). Por eso, la concepción moderna de la policía judicial es la de un cuerpo que requiere la aplicación de principios de unidad orgánica y, sobre todo, de especialización científica y que actúa bajo la dirección funcional de los fiscales o los jueces.

La Constitución Política en el numeral 3º del artículo 250 establece como función de la Fiscalía General de la Nación la de dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la

---

<sup>628</sup> YUNES. Op. cit., p. 321.

<sup>629</sup> LLERAS DE LA FUENTE, Carlos. Interpretación y génesis de la constitución colombiana. Depto. Publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá. 1992.

<sup>630</sup> CFR. Younes 322

ley y como función especial del fiscal general se encuentra la de otorgar atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir misiones de policía judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación (C.P., art. 251.4)<sup>631</sup>.

### **Funciones de la Fiscalía**

El Acto legislativo 3 de 2002 (art. 2) modificó el artículo 250 de la Carta precisando las funciones de la Fiscalía General de la Nación así:

La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

#### ***a) Ante el juez de garantías:***

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.

#### ***b) Ante el juez de conocimiento***

4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediatez de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.

5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.

---

<sup>631</sup> C. Const., Sent. C-024, ene. 27/94. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

8. Dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

9. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El fiscal general y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

En el evento de presentarse escrito de acusación, el fiscal general o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al procesado.

PAR.—La Procuraduría General de la Nación continuará cumpliendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional.

### **Estructura de La Fiscalía**

ART. 249.—La Fiscalía General de la Nación estará integrada por el Fiscal General, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la ley.

El Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido. Debe reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

La Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal

### **4.5.5.3.18 El Consejo Superior de la Judicatura**

Es otro de los nuevos órganos de la rama judicial. Está encargado de administrar la carrera judicial y en materia judicial, en particular, examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, y la de los abogados en la instancia que señale la ley (*C.P., art. 276*). Este órgano representa el anhelo de la rama de contar con una verdadera autonomía e independencia, no sólo para dictar sus fallos, sino para darse su propia administración.

Como ya tuvimos oportunidad de informar, el Consejo Superior de la Judicatura se divide en dos salas la Sala administrativa y la sala Jurisdiccional disciplinaria. En relación con la función jurisdiccional, que es la que está siendo objeto de análisis, presentaremos sus funciones y su estructura.

### **Alcances de la función jurisdiccional disciplinaria**

La L.E. 270/96 en su art. 111 precisa que mediante el ejercicio de la función jurisdiccional disciplinaria se resuelven los procesos que por infracción a sus regímenes disciplinarios, se adelantan contra los funcionarios de la rama judicial, salvo sobre aquellos que gocen de fuero especial según la Constitución Política, los abogados y aquellas personas que ejerzan función jurisdiccional de manera transitoria u ocasional. Dicha función la ejerce el Consejo Superior de la Judicatura a través de sus salas disciplinarias.



Las providencias que en materia disciplinaria se dicten en relación con funcionarios judiciales son actos jurisdiccionales no susceptibles de acción contencioso-administrativa. (...).

### **Funciones de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.**

De acuerdo con el artículo 112 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (*L.E. 270/96*), y en desarrollo del artículo 256 superior, corresponde a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura:

1. Resolver los impedimentos y recusaciones que se presenten con ocasión de las actuaciones de los miembros de la corporación.
2. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones, y entre éstas y las autoridades administrativas a las cuales la ley les haya atribuido funciones jurisdiccionales, salvo los que se prevén en el artículo 114, numeral tercero, de esta ley y entre los consejos seccionales o entre dos salas de un mismo consejo seccional.
3. Conocer, en única instancia, de los procesos disciplinarios que se adelanten contra los magistrados de los tribunales y consejos seccionales de la judicatura, el Vicefiscal, los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia y los tribunales.
4. Conocer de los recursos de apelación y de hecho, así como de la consulta, en los procesos disciplinarios de que conocen en primera instancia las salas jurisdiccionales disciplinarias de los consejos seccionales de la judicatura.
5. Designar a los magistrados de la sala jurisdiccional disciplinaria de los consejos seccionales de la judicatura, de las listas de aspirantes que hayan aprobado el concurso previamente convocado por la dirección de administración judicial.
6. Designar a los empleados de la sala.

PAR. 1º—Las sentencias u otras providencias que pongan fin de manera definitiva a los procesos disciplinarios de que conocen en primera instancia los consejos seccionales de la judicatura y no fueren apeladas serán consultadas cuando fueren desfavorables a los procesados.

PAR. 2º—Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional, del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación en materia disciplinaria están sujetos al régimen previsto por los artículos 174, 175 y 178 de la Constitución Política, para lo cual el Congreso de la República adelantará el proceso disciplinario por conducto de la comisión legal de investigación y acusación de la Cámara de Representantes y la Comisión instructora del Senado de la República.

### **Composición del Consejo Superior de la Judicatura**

ART. 254.—El Consejo Superior de la Judicatura se dividirá en dos salas:

1. La Sala Administrativa, integrada por seis magistrados elegidos para un período de ocho años, así: dos por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado.
2. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria, integrada por siete magistrados elegidos para un período de ocho años, por el Congreso Nacional de ternas enviadas por el gobierno. Podrá haber consejos seccionales de la judicatura integrados como lo señale la ley.

### **4.5.5.3.19 MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS – MASC-**

#### **Presentación general**



La implementación de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) significa la presencia de diferentes posibilidades que tienen las personas envueltas en una controversia, para solucionarla sin la intervención de un juez, pero siempre por las vías jurídicas. Los MASC son una opción para resolver conflictos de una forma ágil, eficiente, eficaz y con plenos efectos legales.

En sentencia C-893 de 2001, la Corte Constitucional colombiana precisó como “los mecanismos alternativos de solución de conflictos no deben ser interpretados solamente como una manera de descongestionar el aparato de justicia sino también, y principalmente, como una forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que los afectan. En este sentido, es incuestionable su estirpe democrática, en la medida en que generan espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional evitando la conflictivización de la sociedad y logrando, por ende, el fortalecimiento de la legitimidad del aparato de justicia estatal en la medida en que éste puede dedicarse a resolver aquellos asuntos que son de verdadera trascendencia social”<sup>632</sup>.

Tales mecanismos alternativos incluyen la *conciliación*, el *arbitraje*, la *amigable composición*, la *mediación* y el *arreglo directo*, todos los cuales tienen sus características y técnicas de aplicación específicas.

#### **La conciliación**

**Definición.** La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador (L. 446/98, art. 64).

#### **El arbitraje**

**Definición y modalidades.** El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral. (D. 1818/98, art 115).

#### **—Elementos que caracterizan la justicia arbitral.**

Considera la Corte Constitucional que según lo dispuesto por el último inciso del artículo 116 de la Constitución Política, “este precepto constituye entonces el fundamento constitucional de la justicia arbitral y define los principales elementos que la caracterizan: (i) es el ejercicio de la función jurisdiccional por particulares, (ii) el arbitraje tiene naturaleza procesal, (iii) es de carácter transitorio o temporal, (iii) tiene origen en la voluntad de las partes del conflicto, (iv) los fallos pueden ser proferidos en derecho o en equidad, (v) el arbitraje se desarrolla en los términos que señala la ley, de manera que el legislador tiene una amplia libertad de configuración de la justicia arbitral, con el límite último de los preceptos constitucionales”<sup>633</sup>.

#### **4.5.5.5.3.20 ÁMBITO INTERNACIONAL DE LA JUSTICIA**

En síntesis podemos decir que las controversias internacionales se pueden resolver de dos maneras: por medios pacíficos y por medios coercitivos. A través de los medios pacíficos “las controversias internacionales pueden ser solucionadas de manera directa entre las partes o con la intervención de terceros. La intervención directa es generalmente

<sup>632</sup> C. Const. Sent. C-893 de 2001. M.P. Clara Ines Vargas Hernández. Relatoría.

<sup>633</sup> C. Const., Sent. T-244, mar. 30/2007, Exp. T-1120439. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

el paso preliminar que se da cuando hay una controversia entre dos estados. Los jefes de Estado suelen buscar canales de comunicación y lo mismo los agentes diplomáticos y otras veces se aprovechan las conferencias internacionales para buscar soluciones concretas. En el caso de la solución de controversias con intervención de terceros, los medios más simples y conocidos son: los buenos oficios, la mediación, la investigación, la conciliación, el arbitraje y el procedimiento de las cortes internacionales de justicia”<sup>634</sup>

Al analizar el tema de las relaciones internacionales del Estado Colombiano presentamos los aspectos relacionados con la intervención del derecho internacional en el tema de administración de justicia, incluido del tema de la Corte Penal Internacional.

### **La Corte Internacional de Justicia**

Esta Corte nació con la Conferencia de San Francisco de 1945. Su naturaleza, organización, competencia y reglas de procedimiento están consignadas en la carta de las Naciones Unidas. Está compuesta de 15 jueces de distintas nacionalidades que fallan en derecho. Su sede es en La Haya (Holanda).

La jurisdicción de la Corte es en principio voluntaria y no compulsiva y se extiende “a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de Naciones Unidas o en los tratados o convenciones vigentes” (*art. 36, par. 1 del Estatuto*).

### **El sistema interamericano de solución pacífica de controversias**

El sistema interamericano de solución pacífica comenzó a elaborarse prácticamente desde el Congreso Anfictiónico de Panamá de 1826 y luego siguió discutiéndose en todas las conferencias panamericanas. El primer intento fue institucionalizar el arbitraje general y obligatorio; pero este propósito tuvo que aplazarse por la existencia de conflictos territoriales entre algunos estados hispanoamericanos y la política del “*big stick*” del presidente Teodoro Roosevelt, que tuvo su más funesta consecuencia en la separación de nuestro departamento de Panamá en 1903.<sup>635</sup>

### **La Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Es un órgano judicial autónomo que tiene su sede en San José de Costa Rica, cuyo propósito es aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos. Forma parte del llamado *Sistema interamericano de protección de derechos humanos*.

#### **- Funciones**

La Corte tiene dos tipos de competencias:

##### *a) Competencia contenciosa*

La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, por declaración especial o por convención especial.

---

<sup>634</sup> GAVIRIA LIÉVANO, Enrique. Derecho Internacional Público, Universidad Externado de Colombia, 2ª ed. 1985. p. 423.

<sup>635</sup> GAVIRIA LIÉVANO, Enrique. Op. cit. p. 430.

Básicamente, conoce de los casos en que se alegue que uno de los Estados partes ha violado un derecho o libertad protegidos por la Convención, siendo necesario que se hayan agotados los procedimientos previstos en la misma.

Las personas, grupos o entidades que no son Estados no tienen capacidad de presentar casos ante la Corte, pero si pueden recurrir ante Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión puede llevar un asunto ante la Corte, siempre que el Estado cuestionado haya aceptado su competencia. De todas maneras, la Comisión debe comparecer en todos los casos ante la Corte.

El procedimiento ante la Corte es de carácter contradictorio. Termina con una sentencia motivada, obligatoria, definitiva e inapelable. Si el fallo no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tiene derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual.

En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

#### *b) Competencia consultiva*

Los Estados miembros de la OEA pueden consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Además, pueden consultarla, en los que les compete, los órganos de la Organización de los Estados Americanos.

Asimismo, la Corte, a solicitud de un Estado miembro de la OEA, puede darle a tal Estado opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

#### **Composición**

La Corte está compuesta de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos. No puede haber más de un juez de la misma nacionalidad.

### **4.5.5.3.5 FUNCIONES DE CONTROL**

#### **4.5.5.3.5.1 La Constitución, un sistema de controles**

Sobre el tema, el tratadista Younes Moreno, en las primeras páginas de su extensa obra "Régimen del Control Fiscal y del Control Interno" presenta las bases de este sistema. Sostiene el autor<sup>636</sup> que el proceso de diseño de las actividades del Estado no se limita a prever cuales funciones deben cumplirse y que órganos las deben desarrollar, sino que se preocupa por establecer al mismo tiempo cuales controles se deben institucionalizar para garantizar el cumplimiento de aquellas funciones y la actuación de los órganos públicos dentro de parámetros justamente demarcados, y dentro de un gran respeto.

---

<sup>636</sup> YOUNES MORENO Diego, Régimen del Control fiscal y del Control Interno. 4ª ed. Legis, 2000. p.p. 5 y 6.

La idea del temor al uso arbitrario, despótico o simplemente por fuera de los canales institucionalmente marcados obligó, pues, a delinear todo un sistema plural de controles, con suficiente capacidad de contención frente a los excesos en el ejercicio de la función atribuida a cada uno de los órganos estatales.

El Estado colombiano, a pesar de sus imperfecciones, está diseñado como un Estado constitucional democrático y social de derecho; en efecto, la Constitución Política además de reconocer los derechos y libertades del hombre, establece la participación del pueblo en el manejo del Estado y, mas aun, el control por parte del mismo pueblo del manejo de los recursos económicos de la comunidad.

Así, pues, en el Estado democrático quien gobierna no lo hace a nombre propio sino de la comunidad a la cual hay que rendir cuentas sobre las tareas adelantadas desde el Gobierno.

En el Estado moderno se pretende garantizar el ejercicio del poder con arreglo a una legalidad previamente establecida, idea que se conoce en el vocabulario de los expertos en derecho público como Estado de derecho o subordinación del poder a la juridicidad. De esta manera, la preocupación por el control está inserta en un contexto múltiple que no es otro que el del constitucionalismo moderno: representación, legalidad, distribución de funciones y control.

Elecciones libres, partidos políticos, congreso y prensa libre son –como dice Agustín Gordillo– “elementos mínimos de participación y control en cualquier pensamiento democrático occidental”<sup>637</sup>.

Por lo tanto, sobre las organizaciones públicas de los Estados modernos, y sobre Colombia como Estado moderno, recaen diversos controles enderezados a encuadrar la gestión administrativa dentro de normas que predeterminen su funcionamiento y que persiguen asegurar el interés general, el bien común y el respeto a los administrados.

#### **4.5.5.3.5.2 Clasificación de los controles**

Younes Moreno siguiendo a doctrinantes como Enrique Sayagues Laso y Carlos del Piazzo, considera que los controles se pueden agrupar con arreglo a los siguientes criterios:

1. Por la naturaleza del órgano.
2. Por la índole de los actos respectivos.
3. Por la posición institucional del órgano de control.
4. Por su oportunidad.
5. Por su objeto.
6. Por su alcance.

Según su **naturaleza** los controles son:

1. Parlamentario, que es el ejercido por los órganos legislativos.
2. Administrativo, que es el confiado a los órganos administrativos.
3. Jurisdiccional, que es atribuido a los órganos jurisdiccionales en su más amplio sentido.

---

<sup>637</sup> GORDILLO, Agustín, Problemas del control de la administración pública en América Latina. Madrid. Civitas, 1982, p. 15.

De acuerdo con la **forma** del acto, son:

1. Control legislativo, aquel que se manifiesta mediante el dictado de leyes.
2. Control jurisdiccional, aquel que culmina con la sentencia.

Si se mira la **posición institucional** del órgano de control, puede distinguirse entre:

1. Control interno, que es el confiado a dependencias pertenecientes a la misma administración y, por ende, sometidas a la jerarquía del órgano máximo respectivo.
2. Control externo, que es asignado a órganos ajenos a la administración controlada.

Conforme a la **oportunidad**:

1. Control preventivo, que se realiza durante el proceso de formación del acto o, al menos, antes que este produzca sus efectos.
2. Control *a posteriori*, que se efectúa con ulterioridad.

Si del **objeto** del control se trata, se distingue:

1. El control de legalidad, que busca y persigue que los actos de la administración controlada se ajusten a las normas jurídicas que regulan su actividad.
2. El control de merito, que esta destinado a apreciar la oportunidad y conveniencia de los actos emanados de la administración controlada.

Según su **alcance**, el control puede recaer:

1. sobre las personas, es decir, sobre la conducta de los funcionarios que desempeñan tareas en la administración controlada; y
2. sobre la gestión de dicha administración, abarcando los actos y hechos que son el contenido mismo de la función administrativa.

#### 4.5.3.5.3 EL CONTROL POLITICO

Según Vidal Perdomo, control político es aquel que: “pueden poner en marcha los órganos políticos del Estado (Senado de la Republica y Cámara de Representantes y sus comisiones) y los caudales de opinión publica como son los partidos políticos, la prensa y los grupos de personas que también la expresan”.<sup>638</sup> Otros prefieren referir el control político a las corporaciones publicas de elección popular, comprendiendo dentro de ellas no solo el Congreso, sino también las asambleas y los consejos, órganos igualmente deliberantes y excluir de el los controles de opinión haciendo de estos un control específico.

Por lo tanto, para su estudio, se puede dividir el control político en control por el legislativo y el control por la opinión publica.

#### Control por el legislativo

---

<sup>638</sup> VIDAL PERDOMO, Jaime. El control político en Colombia en Revista del Colegio mayor del Rosario, 1980. citado por Younes en Régimen del Control fiscal y del Control interno, 4ª ed. p. 21.

Es una función preponderante de los congresos y parlamentos en los Estados modernos, y consiste en el ejercicio de permanente vigilancia y fiscalización de la gestión del ejecutivo.

Es evidente que este control es mas fuerte en los sistemas parlamentarios que en los sistemas presidencialistas como el nuestro.

Las manifestaciones del control legislativo son:

- El examen que hace el Congreso de los distintos informes del presidente y los ministros, dentro de los cuales se destacan los atinentes al presupuesto, a la celebración de contratos, los que versan sobre los motivos que determinaron la declaratoria de los estados de excepción.
- Las citaciones a los ministros a las sesiones plenarias y las citaciones a los directores de departamentos administrativos y a los gerentes, presidentes o directores de entidades descentralizadas, a las comisiones constitucionales.
- La consagración en la nueva carta de 1991 de la moción de censura, trae consigo el retiro del ministro.
- La acusación que ante el Senado puede hacer la Cámara, cuando haya causas constitucionales o legales, del presidente de la Republica, los magistrados de la Corte Constitucional, del Consejo Superior de la Judicatura, Consejeros de Estado y del Fiscal General, por hechos u omisiones ocurridos en el ejercicio de sus cargos.

Este control legislativo tiene, pues, una indiscutible naturaleza política; abarca todas las actividades de la administración y puede ponerse en juego por distintas razones: jurídicas, éticas, de conveniencia, etc.

Los analistas han hecho observaciones a este tipo de control por diversas causas relacionadas con su efectividad. Jaime Castro<sup>639</sup>, por ejemplo, expresa sobre este control que: “las Cámaras han carecido siempre de medios técnicos y administrativos adecuados para el cumplimiento de tan delicada misión; que por su propia naturaleza el Congreso no puede ser permanente, aunque otra cosa digan proposiciones de final de legislatura que ordenan la reunión de las comisiones durante el periodo de receso. De manera que el control legislativo no se ejerce durante buena parte del año y que el control del Congreso tiene indudablemente cierta connotación o cariz político”.

Agrega además este autor que otro de los obstáculos se debe a que “como los congresistas intervienen activamente en la vida administrativa del país (recomiendan empleados, presionan determinadas decisiones, hacen parte de juntas directivas, etc.) pierden la independencia que requiere una buena fiscalización y que las comisiones del Senado y de la Cámara, en cuyo seno debe cumplirse esta clase de debates, no tienen sobre el particular la tradición y experiencia de que gozan corporaciones de la misma naturaleza en otros países, como en Estados Unidos. En Inglaterra, las preguntas escritas

---

<sup>639</sup> CASTRO, Jaime. Gobierno y administración transparentes. Bogotá. Publicaciones del Ministerio de Gobierno. 1986, citado por Younes en Régimen del Control fiscal y del Control interno, 4ª ed. p. 21.

de la Cámara de los Comunes hicieron innecesaria la aparición de una jurisdicción administrativa, pues mediante ellas se solucionaban las peticiones y reclamos de los ciudadanos”.

A su turno, el tratadista Jaime Vidal Perdomo sostiene que: “El balance que arroja el ejercicio del control político deja mucho que desear en Colombia. No es que no existan caminos abiertos por la Constitución con ese destino. Es que ellos no se transitan por circunstancias que dependen más de la vida política del país que de los propios textos. Como en otros campos, la realidad está distante de la inocente declaración de las disposiciones jurídicas”<sup>640</sup>.

### **Control político territorial**

El esfuerzo por concretar este tipo de control se extiende a las entidades territoriales. En el ámbito territorial, por ejemplo, de acuerdo con la Ley 768/2002 (art. 7), en cumplimiento de las funciones de vigilancia y control que corresponde ejercer a los concejos distritales sobre los demás órganos y autoridades de la administración distrital, éstos podrán citar a los secretarios, alcaldes locales, jefes de entidades descentralizadas, así como al personero y al contralor. Las citaciones deberán hacerse con anticipación no menor de cinco (5) días hábiles y formularse en cuestionario escrito. En los tres (3) días siguientes al recibo de la citación, el funcionario citado deberá radicar en la secretaría general de la corporación la respuesta al cuestionario. El debate objeto de la citación encabezará el orden del día de la sesión y no podrá extenderse a asuntos ajenos al cuestionario.

De la misma manera podrán citar a los gerentes o jefes seccionales de las entidades nacionales que tengan jurisdicción en los respectivos distritos.

El concejo o sus comisiones también podrán solicitar informaciones por escrito a las otras autoridades distritales, convocándolas para que en sesión especial rindan declaraciones sobre hechos relacionados con los asuntos que la corporación investigue o sean objeto de su estudio y reglamentación. Esta facultad se extiende a toda persona natural o jurídica para emplazarla a fin de que en sesión especial rindan informes o declaraciones orales o por escrito sobre los hechos mencionados. El concejo adoptará las medidas para asegurar el acatamiento a sus decisiones en los casos de renuencia o negativa a atender las citaciones o a rendir los informes solicitados en las fechas previstas para ello.

Estas medidas incluye la posibilidad de la moción de censura o la moción de observaciones ya analizadas.

### **Control por la opinión pública**

También este tipo de control tiene dos aspectos a tener en consideración, de una parte se presenta el fenómeno de la opinión pública y de otro, las instancias institucionalizadas, como vemos a continuación:

Younes considera que el control por la opinión pública consiste en “el sentir general que se expresa de manera coincidente en relación con los asuntos de interés colectivo. Esta opinión pública tiene diversos canales de expresión, como los medios masivos de

---

<sup>640</sup> VIDAL PERDOMO, op. cit., p. 11.

comunicación, la prensa, la radio, la televisión, las organizaciones sindicales, la censura y juicios que emite el hombre de la calle”.<sup>641</sup>

### ***Vigilancia ciudadana de la gestión pública***

Por su parte la Carta, en su artículo 270 dispone:

La ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados.

### ***Campo de acción de las veedurías ciudadanas***

De acuerdo con la Ley 850 de 2003 (art. 4), la vigilancia de la gestión pública por parte de la veeduría ciudadana se podrá ejercer sobre la gestión administrativa, con sujeción al servicio de los intereses generales y la observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, y publicidad.

Será materia de especial importancia en la vigilancia ejercida por la veeduría ciudadana la correcta aplicación de los recursos públicos, la forma como estos se asignen conforme a las disposiciones legales y a los planes, programas, y proyectos debidamente aprobados, el cumplimiento del cometido, los fines y la cobertura efectiva a los beneficiarios que deben ser atendidos de conformidad con los preceptos antes mencionados, la calidad, oportunidad y efectividad de las intervenciones públicas, la contratación pública y la diligencia de las diversas autoridades en garantizar los objetivos del Estado en las distintas áreas de gestión que se les ha encomendado.

Las veedurías ejercen vigilancia *preventiva* y *posterior* del proceso de gestión haciendo recomendaciones escritas y oportunas ante las entidades que ejecutan el programa, proyecto o contrato y ante los organismos de control del Estado para mejorar la eficiencia institucional y la actuación de los funcionarios públicos.

### ***Alcances de la vigilancia***

El artículo 5º de la misma Ley 850/2003 dispone que las veedurías ejercerán la vigilancia en el ámbito nacional, departamental, municipal, y demás entidades territoriales, sobre la gestión pública y los resultados de la misma, trátense de organismos, entidades o dependencias del sector central o descentralizado de la administración pública.

En el caso de organismos descentralizados creados en forma indirecta, o de empresas con participación del capital privado y público tendrán derecho a ejercer la vigilancia sobre los recursos de origen público.

La vigilancia de la veeduría ciudadana se ejercerá sobre entidades de cualquier nivel o sector de la administración y sobre particulares y organizaciones no gubernamentales que cumplan funciones públicas, de acuerdo con las materias que interesen a aquellas, de conformidad con su acta de constitución, sin importar el domicilio en el que se hubiere inscrito.

El ejercicio de las veedurías se hará sin perjuicio de otras formas de vigilancia y control de la sociedad civil y de la comunidad, consagradas en las disposiciones legales vigentes y

---

<sup>641</sup> YOUNES. Régimen del control... p. 23.



sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 167 de la Ley 136 de 1994, cuando dicha participación se refiera a los organismos de control.

### **Objetivos**

El artículo 6 de la Ley 850/2003 menciona los siguientes objetivos:

- a) Fortalecer los mecanismos de control contra la corrupción en la gestión pública y la contratación estatal;
- b) Fortalecer los procesos de participación ciudadana y comunitaria en la toma de decisiones, en la gestión de los asuntos que les atañen y en el seguimiento y control de los proyectos de inversión;
- c) Apoyar las labores de las personerías municipales en la promoción y fortalecimiento de los procesos de participación ciudadana y comunitaria;
- d) Velar por los intereses de las comunidades como beneficiarios de la acción pública;
- e) Propender por el cumplimiento de los principios constitucionales que rigen la función pública;
- f) Entablar una relación constante entre los particulares y la administración por ser este un elemento esencial para evitar los abusos de poder y la parcialización excluyente de los gobernantes;
- g) Democratizar la administración pública;
- h) Promocionar el liderazgo y la participación ciudadana.

### **Funciones, medios y recursos de acción de las veedurías**

Las funciones de las veedurías ciudadanas establecidas por el artículo 15 de la Ley 850 de 2003 (art. 15), comprenden los siguientes aspectos:

#### **a) Vigilar**

- los procesos de planeación, para que conforme a la Constitución y la ley se dé participación a la comunidad;
- que en la asignación de los presupuestos se prevean prioritariamente la solución de necesidades básicas insatisfechas según criterios de celeridad, equidad, y eficacia;
- que el proceso de contratación se realice de acuerdo con los criterios legales;
- d) Vigilar y fiscalizar la ejecución y calidad técnica de las obras, programas e inversiones en el correspondiente nivel territorial;

#### **b) Recibir informes y hacer comunicaciones**

- Recibir los informes, observaciones y sugerencias que presenten los ciudadanos y organizaciones en relación con las obras o programas que son objeto de veeduría;
- Solicitar informes, presupuestos, fichas técnicas y demás documentos a interventores, supervisores, contratistas, ejecutores, autoridades contratantes y demás autoridades concernientes, que permitan conocer el cumplimiento de los respectivos programas, contratos o proyectos;
- Comunicar a la ciudadanía, mediante asambleas generales o en reuniones, los avances de los procesos de control o vigilancia que estén desarrollando;
- Remitir a las autoridades correspondientes los informes que se desprendan de la función de control y vigilancia en relación con los asuntos que son objeto de veeduría;

### **c) Denunciar**

Denunciar ante las autoridades competentes los hechos o actuaciones irregulares de los funcionarios públicos.

#### **4.5.5.3.5.4 EL CONTROL SOBRE LA HACIENDA PÚBLICA**

De acuerdo con Younes<sup>642</sup>, la fiscalización del presupuesto tiene orígenes en el propio poder impositivo que se predica del estado, en ejercicio de su soberanía y que ejerce mediante los órganos constitucionales dotados de poder tributario. Esta fiscalización tiene por objeto velar si tanto la facultad impositiva como la de ejecutar el presupuesto, se sujetan a las normas que regulan tales funciones. De esta manera el control fiscal nace como una necesidad de vigilar desde la recaudación hasta la inversión de los recursos públicos. Este control, entre otras finalidades, persigue proteger el patrimonio de la Nación y garantizar la legalidad y correcta utilización de los recursos públicos.

Se entiende por **Hacienda Nacional** el conjunto de derechos, recursos y bienes de propiedad de la Nación y comprende el tesoro nacional y los bienes fiscales, el primero se compone del dinero, los derechos y valores que ingresan a las oficinas nacionales a cualquier título; bienes fiscales, aquellos que le pertenecen así como los que adquiera conforme a derecho (L. 42/93, art. 35).

#### **Conceptos de control fiscal y de gestión fiscal**

Siguiendo el pronunciamiento más reciente de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se tiene la siguiente delimitación de ese concepto:

“El control fiscal es una función pública que tiene por objeto la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejan fondos o bienes públicos, ejercida por la Contraloría General de la República(1), las contralorías territoriales y la auditoría general, que se cumple mediante el ejercicio del control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales, en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establece la ley (C.N., art. 267)”.

En tanto que en ese mismo pronunciamiento la gestión fiscal se define así, con base en el artículo 3º de la Ley 610 de 2000:

“Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el *conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado*, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales” (itálicas no son del texto). (...).

---

<sup>642</sup> YOUNES, op. cit., p. 8.

Una cosa es la gestión fiscal y otra muy distinta es la vigilancia o el control que sobre ella se ejerce, de no ser así, resultaría que el control fiscal también sería gestión fiscal, esto es, sería a la vez la función y el objeto de esa función<sup>643</sup>.

### **La función pública de control fiscal**

ART. 267.—El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Ésta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

### **Atribuciones del Contralor General**

De acuerdo con el artículo 268 superior, el Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones constitucionales más las que le señale la ley:

#### **a) En relación con la gestión fiscal**

- Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación. (num. 4).
  - Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma. (num. 5).
  - Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado. (num. 6).
  - Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial. (num. 12).
- b) En relación con las cuentas

- Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse (num. 1).
- Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado. (num. 2).

---

<sup>643</sup> C.E., Sec. Primera, Sent. 2003-00182, mayo 10/2007. M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

- Presentar a la Cámara de Representantes la cuenta general del presupuesto y del tesoro y certificar el balance de la hacienda presentado al Congreso por el Contador General (inc. final).

- Llevar un registro de la deuda pública de la Nación y de las entidades territoriales. (num. 3).

#### c) Informes al Congreso

- Presentar al Congreso de la República un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente. (num. 7).

- Presentar informes al Congreso y al Presidente de la República sobre el cumplimiento de sus funciones y certificación sobre la situación de las finanzas del Estado, de acuerdo con la ley. (num. 11).

- Presentar proyectos de ley relativos al régimen del control fiscal y a la organización y funcionamiento de la Contraloría General. (num. 9).

#### d) Denuncias

- Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios. (num. 8).

#### e) En relación con la administración

- Proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley. Esta determinará un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la contraloría. Se prohíbe a quienes formen parte de las corporaciones que intervienen en la postulación y elección del Contralor, dar recomendaciones personales y políticas para empleos en su despacho. (num. 10).

### **La institución contralora**

La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización. (c.P., art. 267).

### **Contralorías departamentales, distritales y municipales**

La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.

La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal. (C.P., art. 272).

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal. (C.P., art. 272).

## EL ESTATUTO DE LOS CONTRALORES

### El Contralor General de la República

Es un servidor público que encabeza y dirige la Contraloría General de la República.

**Elección y período.** De acuerdo con el artículo 267 de la Carta, el Contralor será elegido por el Congreso en pleno en el primer mes de sus sesiones para un período igual al del Presidente de la República, de terna integrada por candidatos presentados a razón de uno por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, y no podrá ser reelegido para el período inmediato ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo. Quien haya ejercido en propiedad este cargo no podrá desempeñar empleo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, ni aspirar a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.

**Renuncia.** Sólo el Congreso puede admitir las renunciaciones que presente el contralor y proveer las vacantes definitivas del cargo; las faltas temporales serán provistas por el Consejo de Estado.

**Requisitos.** Para ser elegido Contralor General de la República se requiere ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía; tener más de 35 años de edad; tener título universitario; o haber sido profesor universitario durante un tiempo no menor de 5 años; y acreditar las calidades adicionales que exija la ley.

**Inhabilidades.** No podrá ser elegido Contralor General quien sea o haya sido miembro del Congreso u ocupado cargo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, en el año inmediatamente anterior a la elección. Tampoco podrá ser elegido quien haya sido condenado a pena de prisión por delitos comunes.

En ningún caso podrán intervenir en la postulación o elección del contralor personas que se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil o legal respecto de los candidatos

### Los contralores departamentales, distritales y municipales

**Elección y período.** Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales elegir contralor para período igual al del gobernador o alcalde, según el caso, de ternas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso-administrativo.

Ningún contralor podrá ser reelegido para el período inmediato.

**Requisitos.** Para ser elegido contralor departamental, distrital o municipal se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de 25 años, acreditar título universitario y las demás calidades que establezca la ley.

**Inhabilidades e incompatibilidades.** No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia.

Quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones

#### **Vigilancia de gestión fiscal de la Contraloría**

Por expresa disposición del artículo 274 de la Carta, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República se ejercerá por un auditor elegido para períodos de dos años por el Consejo de Estado, de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia.

La ley determinará la manera de ejercer dicha vigilancia a nivel departamental, distrital y municipal

#### **4.5.5.3.5.5 CONTROL DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La sociedad política precisa un sistema de controles, y además un organismo que vele por los intereses de la sociedad, por el interés público que sea el guarda de los más caros valores jurídicos. Esta tarea se encarga precisamente al Ministerio Público a cuya cabeza se encuentra el Procurador General. Procurador es otra expresión de abogado, se trata entonces del abogado general de la Nación.

El Ministerio Público es entonces otro órgano de control que tiene a su cargo tres tareas básicas:

- a) La guarda y protección de los derechos humanos,
- b) La protección del interés público, y
- c) la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.

Ejercen el Ministerio Público el procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, los procuradores delegados y los agentes de la procuraduría ante las autoridades jurisdiccionales, los personeros, y los demás funcionarios que determine la ley.

#### **Facultades de investigación del Ministerio Público**

Salvo las excepciones previstas en la Constitución y la ley, el Procurador General de la Nación y el Defensor del Pueblo podrán requerir de las autoridades las informaciones necesarias para el ejercicio de sus funciones, sin que pueda oponérseles reserva alguna. (C.P., art. 284).

#### **EL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN**

El Procurador General de la Nación es el supremo director del Ministerio Público. La Carta de 1991 modificó notablemente la estructura del Ministerio Público, por cuanto la Constitución anterior establecía, en el artículo 142, que el Ministerio Público era ejercido *“bajo la suprema dirección del gobierno* por un Procurador General de la Nación. Bajo el imperio de la Carta Política de 1991, el Procurador General de la Nación no depende ya, en sus funciones del Presidente de la República.

De acuerdo con la Corte Constitucional, “esto obedece a la filosofía que inspira todo el ordenamiento constitucional contemporáneo, según la cual los organismos de control no pueden estar supeditados a los organismos que ellos mismos controlan, porque sería una contradicción lógica que atentaría contra el ejercicio del control. En efecto, sería inconveniente que el Procurador General de la Nación, de acuerdo con el numeral 6º del artículo 277 de la Constitución, ejerciera “vigilancia superior de la conducta oficial de

quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular”, y al mismo tiempo y bajo algún aspecto dependiera en su ejercicio del Presidente de la República (...).”(C. Const., Sent. T-06, ene. 17/94. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

Además, la Procuraduría General de la Nación debe ser considerada como un sujeto procesal independiente de la rama ejecutiva del poder público al tenor del artículo 275 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 113 y 117 superiores<sup>644</sup>.

### **Funciones del Procurador**

De acuerdo con el artículo 277 de la Carta, el Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.
2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo.
3. Defender los intereses de la sociedad.
4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente.
5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas.
6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.
7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.
8. Rendir anualmente informe de su gestión al Congreso.
9. Exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria.
10. Las demás que determine la ley.

Para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial, y podrá interponer las acciones que considere necesarias.

### **Funciones directas del Procurador**

El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones (art. 278):

---

<sup>644</sup> Cfr. VELASCO GUERRERO, José María. Exposición de motivos del proyecto de acto reformativo de la Constitución Política de Colombia, N° 105.

1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo.
2. Emitir conceptos en los procesos disciplinarios que se adelanten contra funcionarios sometidos a fuero especial.
3. Presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia.
4. Exhortar al Congreso para que expida las leyes que aseguren la promoción, el ejercicio y la protección de los derechos humanos, y exigir su cumplimiento a las autoridades competentes.
5. Rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad.
6. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia

### **Estructura y funcionamiento de la Procuraduría**

La ley determinará lo relativo a la estructura y al funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación, regulará lo atinente al ingreso y concurso de méritos y al retiro del servicio, a las inhabilidades, incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración y al régimen disciplinario de todos los funcionarios y empleados de dicho organismo. (C.P., ART.279).

### **Elección del Procurador**

El Procurador General de la Nación será elegido por el Senado, para un período de cuatro años, de terna integrada por candidatos del Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. (C.P., art. 276).

### **Situación de los demás agentes del Ministerio Público**

Los agentes del Ministerio Público tendrán las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo. (art. 280).

### **EL DEFENSOR DEL PUEBLO**

La institución de la Defensoría del Pueblo es nueva en el derecho constitucional colombiano. El Defensor del Pueblo formará parte del Ministerio Público y ejercerá sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación. (Art. 281).

### **Funciones del Defensor del Pueblo**

La disposición constitucional (art. 282) establece que el Defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, para lo cual ejercerá las siguientes funciones:



1. Orientar e instruir a los habitantes del territorio nacional y a los colombianos en el exterior en el ejercicio y defensa de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado.
2. Divulgar los derechos humanos y recomendar las políticas para su enseñanza.
3. Invocar el derecho de *habeas corpus* e interponer las acciones de tutela, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados.
4. Organizar y dirigir la defensoría pública en los términos que señale la ley.
5. Interponer acciones populares en asuntos relacionados con su competencia.
6. Presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia.
7. Rendir informes al Congreso sobre el cumplimiento de sus funciones.
8. Las demás que determine la ley

La Ley 24 de 1992 por medio de la cual se establece la organización y funcionamiento de la Defensoría del pueblo, en desarrollo del artículo 283 de la Carta establece en su artículo 9 que, además de las atribuciones señaladas en la Constitución, el Defensor del Pueblo tendrá las siguientes:

**a) En relación con los derechos humanos**

6. Difundir el conocimiento de la Constitución Política de Colombia, especialmente los derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos y del ambiente.

- Diseñar y adoptar con el Procurador General de la Nación las políticas de promoción y divulgación de los derechos humanos en el país, en orden a tutelarlos y defenderlos.

- Velar por los derechos de las minorías étnicas y de los consumidores.

- Auxiliar al Procurador General para la elaboración de informes sobre la situación de derechos humanos en el país.

- Hacer las recomendaciones y observaciones a las autoridades y a los particulares en caso de amenaza o violación a los derechos humanos y para velar por su promoción y ejercicio. El Defensor podrá hacer públicas tales recomendaciones e informar al Congreso sobre la respuesta recibida.

- Realizar diagnósticos de alcance general sobre situaciones económicas, sociales, culturales, jurídicas y políticas en las cuales se puedan encontrar las personas frente al Estado.

- Apremiar a las organizaciones privadas para que se abstengan de desconocer un derecho.

- Diseñar los mecanismos necesarios para establecer comunicación permanente y compartir información con las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales nacionales e internacionales de protección y defensa de los derechos humanos.
- Rendir informes periódicos a la opinión pública sobre el resultado de sus investigaciones, denunciando públicamente el desconocimiento de los derechos humanos.
- Celebrar convenios con establecimientos educativos y de investigación nacionales e internacionales, para la divulgación y promoción de los derechos humanos.

b) En relación con otras instancias del Estado

- Presentar anualmente al Congreso un informe sobre sus actividades en el que se incluirá una relación del tipo y número de las quejas recibidas, de las medidas tomadas para su atención y trámite, de la mención expresa de los funcionarios renuentes o de los particulares comprometidos y de las recomendaciones de carácter administrativo y legislativo que considere necesarias.
- Participar en las reuniones mensuales que realice la comisión de los derechos humanos y audiencias del Congreso, y en la celebración de audiencias especiales con el fin de establecer políticas de conjunto, en forma coordinada en la defensa de los derechos humanos, de acuerdo con lo prescrito en los artículos 56, 57 del reglamento del Congreso (L. 5ª jun. 17/92).
- Demandar, impugnar o defender ante la Corte Constitucional, de oficio o a solicitud de cualquier persona y cuando fuere procedente, normas relacionadas con los derechos humanos. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución Nacional, de la ley, del interés general y de los particulares, ante cualquier jurisdicción, servidor público o autoridad.
- Ser mediador entre los usuarios y las empresas públicas o privadas que presten servicios públicos, cuando aquellos lo demanden en defensa de sus derechos que presuman violados.
- Ser mediador de las peticiones colectivas formuladas por organizaciones cívicas o populares frente a la administración pública, cuando aquellas lo demanden.

b) en relación con su organización

- Dirigir y coordinar las labores de las diferentes dependencias que conforman la Defensoría del Pueblo.
- Designar defensores delegados por materias para el estudio y defensa de determinados derechos.
- Celebrar los contratos y expedir los actos administrativos que se requieran para el funcionamiento de la entidad, así como llevar su representación legal y judicial pudiendo para ello otorgar los poderes o mandatos que fueren necesarios.

- Ejercer la ordenación del gasto inherente a su propia dependencia con sujeción a las disposiciones consagradas en la ley orgánica del presupuesto general de la Nación y normas reglamentarias en cuanto al régimen de apropiaciones, adiciones, traslados, acuerdo de gastos, sujeción al programa caja, pagos y constitución y pagos de reservas.
- Presentar a la consideración del Gobierno Nacional el proyecto de presupuesto de la Defensoría del Pueblo
- Administrar los bienes y recursos destinados para el funcionamiento de la defensoría y responder por su correcta asignación y utilización.
- Nombrar y remover los empleados de su dependencia así como definir sus situaciones administrativas.
- Dictar los reglamentos necesarios para el eficiente y eficaz funcionamiento de la Defensoría del Pueblo, lo relacionado con la organización y funciones internas y la regulación de trámites administrativos en lo no previsto en la ley.

### **Estructura y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo**

La Constitución delega en la Ley la tarea de determinar lo relativo a la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo (C.P., art. 283); tarea que como hemos manifestado fue asumida por la Ley 24 de 1992.

### **Elección del Defensor del Pueblo**

Será elegido por la Cámara de Representantes para un período de cuatro años de terna elaborada por el Presidente de la República.

#### **4.5.5.3.5.6 EL CONTROL ADMINISTRATIVO**

Este control, también conocido como autocontrol de la administración “es el conjunto de instrumentos jurídicos de que ella está dotada, tanto para orientar su actividad en un determinado sentido, como para enmendar sus propias decisiones. El auto control es de naturaleza endógena”<sup>645</sup>. Dentro de los primeros u orientadores se encuentra:

- a) El control de tutela,
- b) El jerárquico, y
- c) El de ejecución presupuestal.

Dentro de los segundos, o correctores se encuentran:

- a) los recursos ordinarios de la vía gubernativa, y
- b) El extraordinario de revocatoria directa.

El *control jerárquico* lo ejercen los funcionarios superiores de la administración. Por ello se les permite revocar o reformar los actos de los subalternos, dar órdenes y aplicar sanciones disciplinarias.

Este control es igualmente puesto en juego con ocasión de la impugnación que de sus decisiones interpongan los administrados, por medio de los recursos de la vía gubernativa. Entre tales recursos se incluyen los de reposición y apelación; también aplica

<sup>645</sup> YOUNES. Régimen del control... p. 32.

el recurso extraordinario de revocatoria directa que despoja de eficacia a las propias decisiones.

El *control de tutela* recae sobre las entidades descentralizadas y tiene por objeto asegurar que estas desarrollen sus actividades de manera coordinada con la acción política gubernamental.

El *control presupuestal* es otra vigilancia endógena de la administración y es ejercido por el ministerio de Hacienda y Crédito Público por intermedio de la Dirección general del presupuesto. Tiene por objeto la supervisión administrativa y económica de las actividades presupuestales de las oficinas gubernamentales. Este control opera sin perjuicio del control propio de la Contraloría General de la República.

#### **4.5.5.3.5.7 EL CONTROL INTERNO DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS**

La Constitución de 1991 ordenó a la administración tener sus controles internos en los términos que señalara la ley (*C.P., art. 209*). La ley 87 de 1993 estableció las normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del estado.

Por su parte, el artículo 269 dispone que en las entidades públicas, las autoridades correspondientes están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la ley, la cual podrá establecer excepciones y autorizar la contratación de dichos servicios con empresas privadas colombianas.

#### **Objetivos del sistema de control interno**

La Ley 87 de 1993 asume la tarea y en su artículo 2 fija los objetivos del sistema, así:

Atendiendo los principios constitucionales que debe caracterizar la administración pública, el diseño y el desarrollo del sistema de control interno se orientará al logro de los siguientes objetivos fundamentales:

- a) Proteger los recursos de la organización, buscando su adecuada administración ante posibles riesgos que los afecten;
- b) Garantizar la eficacia, la eficiencia y economía en todas las operaciones promoviendo y facilitando la correcta ejecución de las funciones y actividades definidas para el logro de la misión institucional;
- c) Velar por que todas las actividades y recursos de la organización estén dirigidos al cumplimiento de los objetivos de la entidad;
- d) Garantizar la correcta evaluación y seguimiento de la gestión organizacional;
- e) Asegurar la oportunidad y confiabilidad de la información y de sus registros;
- f) Definir y aplicar medidas para prevenir los riesgos, detectar y corregir las desviaciones que se presenten en la organización y que puedan afectar el logro de sus objetivos;
- g) Garantizar que el sistema de control interno disponga de sus propios mecanismos de verificación y evaluación, y

h) Velar por que la entidad disponga de procesos de planeación y mecanismos adecuados para el diseño y desarrollo organizacional, de acuerdo con su naturaleza y características.

### **Características del control interno**

El artículo 3 de la misma ley indica que son características del control interno las siguientes:

a) El sistema de control interno forma parte integrante de los sistemas contables, financieros, de planeación, de información y operacionales de la respectiva entidad;

b) Corresponde a la máxima autoridad del organismo o entidad, la responsabilidad de establecer, mantener y perfeccionar el sistema de control interno, el cual debe ser adecuado a la naturaleza, estructura y misión de la organización;

c) En cada área de la organización, el funcionario encargado de dirigirla es responsable por el control interno ante su jefe inmediato de acuerdo con los niveles de autoridad establecidos en cada entidad;

d) La unidad de control interno o quien haga sus veces es la encargada de evaluar en forma independiente el sistema de control interno de la entidad y proponer al representante legal del respectivo organismo las recomendaciones para mejorarlo, y

e) Todas las transacciones de las entidades deberán registrarse en forma exacta, veraz y oportuna de forma tal que permita preparar informes operativos, administrativos y financieros.

### **4.5.3.5.8 EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

Ya hemos tenido oportunidad de analizar la jurisdicción constitucional al analizar las funciones jurisdiccionales. Sólo resta agregar que esta jurisdicción es también un sistema de control puesto que consiste en el conjunto de órganos y procedimientos tendientes a preservar la supremacía de los preceptos constitucionales.

#### ***El control de constitucionalidad hecho por la Corte Constitucional***

##### **Por vía de acción**

Ni vamos a repetir las funciones de la Corte Constitucional pero si podemos adicionar que tales funciones se ejercen por vía de acción, por acusación que ante ella formule un ciudadano contra todas las leyes, los decretos leyes, los decretos legislativos y los decretos de planificación cuando el Congreso no tome la decisión en los plazos fijados por la Carta (*art. 341*).

##### **Por la vía automática**

Todos los de decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los artículos 212 (estado de guerra exterior), 213 (estados de conmoción interior) y 215 (estado de emergencia) deben ser enviados por el gobierno a la Corte Constitucional el día siguiente de su expedición, para que este alto tribunal decida definitivamente sobre su constitucionalidad.

#### ***El control de constitucionalidad hecho por el Consejo de Estado***

De acuerdo con el artículo 237 superior, corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los demás decretos dictados por el gobierno distintos de los mencionados anteriormente. Entre ellos se incluyen por ejemplo los reglamentos constitucionales, los decretos reglamentarios y los decretos ejecutivos.

La jurisdicción contencioso administrativa es pues un control externo a la administración. Las acciones contencioso-administrativas son los instrumentos que el estado de Derecho coloca a disposición de los administrados para garantizar la supremacía del orden jurídico establecido en la Carta Fundamental y para que se tutelen los derechos que se les haya conculcado con la actividad de la administración.

El ejercicio de estas acciones está regulado por el Código Contencioso Administrativo e incluye las acciones de nulidad, y de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa y cumplimiento, la acción contenciosa contractual y la de definición de competencias.

#### **La excepción de inconstitucionalidad**

La excepción de inconstitucionalidad obliga a todo funcionario llamado a decidir dentro de un proceso judicial o actuación administrativa, abstenerse de dar aplicación a cualquier acto normativo que estime contrario a la Constitución, para aplicar, en consecuencia, al asunto sometido a su conocimiento, la norma constitucional.

El artículo 4 de la Carta expresamente dispone que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

La excepción de inconstitucionalidad -que antes de aparecer en el ordenamiento constitucional que había sido consagrada por el artículo 5 de la ley 57 de 1887-tiene las siguientes características:

- 1, concierne, de oficio o a petición de parte, a todo funcionario que investido de autoridad o jurisdicción deba aplicar la ley.
2. Es un medio de control de constitucionalidad que ópera mediante la inaplicación de la norma de carácter legal.
3. Genera efectos *inter partes* y no incide sobre la vigencia de la norma considerada incompatible con la Constitución
4. No produce cosa juzgada.

#### **4.5.5.3.5.9 Los controles a los estados de excepción**

La actuación del gobierno que declare los estados de excepción se ejerce, por medio de decretos legislativos, las facultades especiales concedidas por la Constitución está sujeta a un triple control:

1. El político, a cargo del congreso
3. El jurisdiccional, a cargo de la Corte Constitucional

3. El de la vía de extensión, a cargo de todo funcionario llamado a aplicar dichos decretos (como artículo 215 de la carta de 1886 normas que disponía "en todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.

#### **4.5.5.3.5.10 La pluralidad de controles**

Justamente y con oportunidad de los distintos controles antes estudiados, se deriva como conclusión, sencilla pero axiomática, que "la vigilancia es múltiple, que la fiscalización se ejerce desde distintos ángulos, ya que tan solo uno de ellos no bastaría para lograr el equilibrio de poder, la tutela de los administrados, el respeto a la ley, y el obedecimiento a los mandatos soberanos del pueblo, que son ideales del Estado de derecho y de la organización democrática de la comunidad política"<sup>646</sup>.

Por ello el control fiscal no es único ni exclusivo: por el contrario, coexiste con los demás sistemas de vigilancia institucionalmente concebidos.

El Consejo de Estado ha expresado sobre este particular:

"Los controles fiscal y administrativo no son únicos; con ellos concurren":

- a) La supervigilancia de carácter político correspondiente al Congreso Nacional sobre toda la administración pública, tanto general en cuanto puede pedir información sobre todos los asuntos de la misma que no tenga reserva como la especial que realiza por conducto de las comisiones constitucionales permanentes.
- b) Los controles internos de algunos organismos con el carácter de sociedades, en las cuales el auditor o revisor es designado por las asambleas de accionistas o de socios de ternas presentadas por el Contralor General de la República.
- c) Los que podemos llamar autocontroles de la administración, tengan el carácter de control jerárquico o control de tutela, mediante los cuales, en el primer caso, aquella tiene oportunidad de rectificar sus propias actuaciones, o coordinarlas o dirigir las, en el segundo.
- d) El control de la ejecución presupuestal que compete a la Dirección General del Presupuesto para garantizar el equilibrio de este, sin perjuicio del normal cumplimiento de sus programas.

El control fiscal tiende a la administración legal y correcta del patrimonio y recursos del erario público (sic) desde el punto de vista hacendístico y presupuestal, verificando la existencia de autorización para la operación de que se trate, y la destinación, cuantía y forma de contabilización de la misma, realizándose antes, en , o después de ser efectuada.

La inspección administrativa esta enderezada directamente a la protección del interés de terceros y el cumplimiento de la ley, e indirectamente, con ello, a la defensa del patrimonio estatal vinculado a la gestión de la entidad se refiere a los entes del Estado como empresario industrial y comercial y, por eso, el carácter de ese control sería mas financiero que fiscal.

---

<sup>646</sup> YOUNES, El régimen de control....p. 38.

Los controles jerárquicos y de tutela tienen por objeto: el primero, la legalidad de las actuaciones administrativas; el segundo, asegurar que las políticas sectoriales se ajusten a las generales de la planificación del desarrollo de donde su índole sería más bien técnica y política. Los controles internos son mixtos. En parte financieros, en parte fiscales, primando ese carácter.

Los primeros, por referencia a los accionistas, especialmente los privados, si los hay, y a terceros. Los segundos, en cuanto a la conformidad de las operaciones con las pautas legales, estatutarias o emanadas de la asamblea de socios, respecto del manejo e inversión de los caudales del ente.

Los controles políticos tienden a establecer la responsabilidad gubernamental en lo administrativo, con sus obvias consecuencias, y el presupuestal al orden en las inversiones y gastos de funcionamiento, en el campo específico de la ley orgánica del presupuesto y la ley anual de presupuesto de cada vigencia. De manera que no se puede concluir que (...) al establecer el control de la Superintendencia Bancaria sobre los entes estatales de crédito se determine ese control como único”<sup>647</sup>.

#### **4.5.5.3.6 FUNCIONES ELECTORALES**

Por primera vez aparece en la Constitución un título sobre las elecciones y la organización electoral. Como novedades se introdujo la figura del voto programático que obliga a los candidatos a alcaldes y a gobernadores a inscribir un programa respecto del cual podrán pedirle cuentas sus electores.

Se estableció la facultad del Consejo de Estado de investigar la procedencia y usos de los dineros que se utilizan en las campañas, de vigilar el funcionamiento de las encuestas de opinión, y de reglamentar la participación de los partidos y movimientos en los medios de comunicación social del Estado.

##### **4.5.5.3.6.1 Importancia de la función electoral**

La Corte Constitucional ha puesto claramente de presente la importancia de esta función en la siguiente jurisprudencia:

“La función electoral cumple un papel esencial en cualquier democracia constitucional, tal y como esta corporación ya lo había señalado en anteriores decisiones (Sent. C-145/94, fundamento Jurídico N° 3), puesto que, desde el punto de vista formal, una democracia puede ser definida como un gobierno en el cual los destinatarios de las normas son los mismos que las producen, en la medida en que las decisiones colectivas son tomadas por los propios miembros de la comunidad. Esto diferencia el principio democrático de autoorganización de la sociedad —en el cual el orden es construido a partir de la voluntad de los gobernados— del principio autocrático —en el cual son los propios gobernantes quienes determinan de manera discrecional el orden social—. Y esa autoorganización y autogobierno de la sociedad democrática se efectúa en lo esencial por medio de los procedimientos electorales, ya que gracias a ellos, los ciudadanos conforman y controlan los órganos representativos y toman, de manera directa, determinadas decisiones por medio de referendums, consultas y otros mecanismos de democracia participativa.

---

<sup>647</sup> C. de E., Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente, Luis Carlos Sábica, mayo 3 de 1974.



Ahora bien, esta función electoral, que articula al pueblo —como fuente soberana de todo poder (C.P., art. 3º)— con las instituciones que de él emanan, requiere para su adecuado desarrollo de instrumentos materiales y de una serie de instituciones que se responsabilicen de que la voluntad popular se pueda manifestar en forma genuina y que sus decisiones sean respetadas. Esta Corte ya había señalado que la realización de cualquier proceso electoral “entraña una serie de responsabilidades estatales cuyo cumplimiento es indispensable para el buen funcionamiento del sistema” (Sent. T-324/94, fundamento Jurídico N° A-2). De allí la necesidad de una organización electoral, que tenga a su cargo la estructuración de las elecciones, su dirección y su control (C.P., arts. 120 y 265). Por ello, así como no puede haber democracia sin función electoral, esta última no puede ser ejercida sin una organización electoral adecuada, ya que sin ésta “la expresión de la voluntad política individual deja de tener eficacia y sentido”, por lo cual “corresponde al Estado poner en marcha los medios para que la voluntad ciudadana sea adecuadamente recepcionada y contabilizada” (Sent. T-324/94, fundamento Jurídico N° B-4). Esto explica entonces que las funciones electorales y la organización electoral deban ser consideradas como la expresión orgánica e institucional del principio democrático. La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 confirió a la organización electoral un papel central en el diseño institucional, al punto no sólo de regularla directamente en la propia Carta, sino también de definirla como un órgano autónomo e independiente, con una función propia (C.N., arts. 113 y 121).

(...). Por su parte, la regulación constitucional de la organización electoral se basó, en cierta medida, en algunos de los desarrollos legales e institucionales existentes antes de 1991. Así, en vez de optar por una Corte Electoral, como existe en otros países, el Constituyente de 1991 decidió preservar los organismos básicos de la organización electoral, a saber, el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional, atribuyendo al primero, en el artículo 265, nuevas e importantes funciones respecto a aquellas establecidas en los artículos 12 y 13 del Código Electoral.

Ahora bien, una comparación entre la normatividad legal preconstituyente y la regulación constitucional de las funciones del Consejo Nacional Electoral, muestra que la Carta de 1991 le asignó a este nuevas competencias, como la posibilidad de presentar directamente proyectos de ley y actos legislativos (y no solamente efectuar recomendaciones al gobierno), así como una serie de funciones relativas a los partidos y movimientos políticos, como velar por el cumplimiento de las normas en esta materia, distribuir aportes, colaborar en las consultas internas de los partidos y reglamentar su participación en los medios de comunicación del Estado.

Estas nuevas competencias, así como su consagración constitucional, modifican en parte la naturaleza jurídica del Consejo Nacional Electoral y, en especial, la libertad del legislador para regular la materia. En efecto, con la Constitución actual, esta entidad no sólo conserva las competencias que se le atribuían desde antes de la reforma constitucional de 1991, que incluso se ven en parte fortalecidas, sino que además, aumenta su importancia como órgano autónomo del Estado, por cuanto, adquiere jerarquía constitucional, y unas funciones y responsabilidades más complejas, como la vigilancia permanente del cumplimiento de las normas sobre partidos y movimientos políticos en el marco de una democracia participativa (C.P., arts. 108 y ss.), y velar por el respeto y la garantía de los procesos electorales (C.P., art. 265, ord. 5º)<sup>648</sup>.

---

<sup>648</sup> C. Const., Sent. C-055, mar. 4/98. M.P. Alejandro Martínez Caballero y Hernando Herrera Vergara.

#### **4.5.5.3.6.2 De los partidos y de los movimientos políticos**

La Carta Política establece la garantía a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse.

En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento políticos con personería jurídica.

Los partidos y movimientos políticos se organizarán democráticamente. Para la toma de sus decisiones o la escogencia de sus candidatos podrán celebrar consultas populares o internas que coincidan o no con las elecciones a corporaciones públicas, de acuerdo con lo previsto en sus estatutos. En el caso de las consultas populares se aplicarán las normas sobre financiación y publicidad de campañas y acceso a los medios de comunicación del Estado, que rigen para las elecciones ordinarias. Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral.

También se garantiza a las organizaciones sociales el derecho a manifestarse y participar en eventos políticos. (*C.P., art.107, modificado. A.L. 1/2003, art. 1º*).

El Estatuto básico de los partidos y movimientos políticos se encuentra en la Ley 130 de 1994.

#### **Definición de partidos y movimientos políticos**

La ley estatutaria 130 de 1994 (*art. 2*) define los partidos políticos instituciones permanentes que reflejan el pluralismo político, promueven y encauzan la participación de los ciudadanos y contribuyen a la formación y manifestación de la voluntad popular, con el objeto de acceder al poder, a los cargos de elección popular y de influir en las decisiones políticas y democráticas de la Nación.

Los movimientos políticos son asociaciones de ciudadanos constituidas libremente para influir en la formación de la voluntad política o para participar en las elecciones. Los partidos tendrían entonces vocación de permanencia.

Los partidos y movimientos políticos constituidos con el lleno de todos los requisitos constitucionales y legales tendrán personería jurídica.

#### **Personería jurídica de partidos y movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos**

El Consejo Nacional Electoral reconocerá personería jurídica a los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos. Éstos podrán obtenerlas con votación no inferior al dos por ciento (2%) de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional en elecciones de Cámara de Representantes o Senado. Las perderán si no consiguen ese porcentaje en las elecciones de las mismas corporaciones públicas. Se exceptúa el régimen excepcional que se estatuya en la ley para las circunscripciones de minorías, en las cuales bastará haber obtenido representación en el Congreso. (*C.P., art.107, modificado. A.L. 1/2003, art. 1º*).

#### **Inscripción de candidatos**

Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida podrán inscribir candidatos a elecciones sin requisito adicional alguno.

Dicha inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue.

Los movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos también podrán inscribir candidatos.

La ley determinará los requisitos de seriedad para la inscripción de candidatos.

Los estatutos de los partidos y movimientos políticos regularán lo atinente a su régimen disciplinario interno. (C.P., art.108, modificado. A.L. 1/2003, art.2°).

### Representación legal de los partidos políticos

“Entendida la representación legal como atributo de la personalidad en el derecho, es menester determinar si el ejercicio de la misma equivale al desempeño de un cargo o empleo. El diccionario de la Real Academia de la Lengua define **cargo** como “dignidad, empleo, oficio”; a su vez el empleo está definido por el artículo 1° del Decreto 3074 de 1968 en los siguientes términos: “Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural”.

En consonancia con lo últimamente expresado se impone como conclusión que el ejercicio de las funciones asignadas a quien ostente la representación legal de una persona jurídica, implica desempeño de un cargo o empleo, el cual puede ser público o privado según la naturaleza de la actividad<sup>649</sup>.

De acuerdo con la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la representación legal de los partidos políticos no puede ser ejercida por un congresista, pues “En la eventualidad de que un congresista desempeñase la representación legal de un partido político estaría atendiendo las funciones propias de un cargo o empleo de orden privado, lo cual le está vedado por expresa prohibición del numeral 1° del artículo 180 de la Constitución Política.

De otra parte, observa la Sala, que los congresistas son servidores públicos a tenor de lo dispuesto por el artículo 123 de la Constitución, motivo por el cual “no pueden celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales (art. 127 *ibídem*); sin embargo, ello no obsta para que puedan ejercer actividades de orden político; ni debe entenderse lo dicho como un cercenamiento del derecho consagrado en el artículo 107 y consistente en fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos. Sólo que la calidad de congresista limita el ejercicio de ciertas actividades, como las previstas en el numeral 1° del artículo 180 de la Carta, en razón de “la dedicación laboral exclusiva de este a los deberes de su cargo; y además dicha prohibición procura alejarlo de toda situación que pudiera comprometer su independencia en las actuaciones propias de su investidura, bien ante otras autoridades públicas, o bien ante empleadores privados”<sup>650</sup> Finalmente debe

<sup>649</sup> C.E., S. de Consulta. Conc. 1811, ago. 31/93. M.P. Roberto Suárez Franco

<sup>650</sup> Cita de la Corte: Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia, LLERAS DE LA FUENTE, Carlos y otros. Editorial Carrera 7ª, Bogotá, D.C., 1992; pág. 321.

aclararse que si bien es cierto que en el reglamento del Congreso (L. 5ª/92, art. 283), se enumeran algunas excepciones a las incompatibilidades constitucionales dentro de las cuales en su numeral 9º señala la de participar en los organismos directivos de los partidos o movimientos políticos, no es menos cierto que la disposición no cubre a los representantes legales por cuanto se hallaría en abierta oposición con lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 180 de la Constitución, el cual prohíbe a todo congresista “desempeñar cargo o empleo público o privado”.

En conclusión la Sala responde:

1. No puede un congresista ser representante legal de ningún partido o movimiento político con personería jurídica reconocida, por cuanto el desempeño de las funciones que le son inherentes implica el ejercicio de un cargo o empleo privado, lo cual está expresamente prohibido por el numeral 1º del artículo 180 de la Constitución.

Sin embargo, las personas que ostentan la investidura de congresistas pueden fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, así como participar en sus organismos directivos, porque ninguna de estas actividades constituye el ejercicio de un empleo<sup>651</sup>.

### Régimen de bancadas

Los miembros de las corporaciones públicas elegidos por un mismo partido o movimiento político o ciudadano actuarán en ellas como bancada en los términos que señale la ley y de conformidad con las decisiones adoptadas democráticamente por éstas.

Los estatutos internos de los partidos y movimientos políticos determinarán los asuntos de conciencia respecto de los cuales no se aplicará este régimen y podrán establecer sanciones por la inobservancia de sus directrices por parte de los miembros de las bancadas, las cuales se fijarán gradualmente hasta la expulsión, y podrán incluir la pérdida del derecho de voto del congresista, diputado, concejal o edil por el resto del período para el cual fue elegido. (C.P., art. 108, modificado. A.L. 1/2003, art. 2º).

La Ley orgánica 974 de 2005 reglamenta el tema así:

—**Bancadas.** Los miembros de las corporaciones públicas elegidos por un mismo partido, movimiento social o grupo significativo de ciudadanos constituyen una bancada en la respectiva corporación.

Cada miembro de una corporación pública pertenecerá exclusivamente a una bancada (art. 1).

—**Actuación en bancadas.** Los miembros de cada bancada actuarán en grupo y coordinadamente y emplearán mecanismos democráticos para tomar sus decisiones al interior de las corporaciones públicas en todos los temas que los estatutos del respectivo partido o movimiento político no establezcan como de conciencia (art. 2).

—**Facultades.** Las bancadas tendrán derecho, en la forma prevista en la presente ley, a promover citaciones o debates y a intervenir en ellos, a participar con voz en las sesiones plenarias de la respectiva corporación; a intervenir de manera preferente en las sesiones en las que se voten proyectos normativos; a presentar mociones de cualquier tipo; a hacer interpelaciones; a solicitar votaciones nominales o por partes y a postular candidatos.

Lo anterior sin perjuicio, de las facultades o atribuciones que por virtud del reglamento del Congreso se les confieren de manera individual a los congresistas, para participar con voz en las sesiones plenarias de la respectiva corporación; a intervenir en las sesiones en las

---

<sup>651</sup> C.E., S. de Consulta. Conc. 1811, ago. 31/93. M.P. Roberto Suárez Franco.

que se voten proyectos normativos; a presentar mociones de cualquier tipo; a hacer interpelaciones; a solicitar votaciones nominales o por partes, así como verificaciones de quórum, mociones de orden, mociones de suficiente ilustración y las demás establecidas en el citado reglamento (art. 3).

—**Estatutos.** Los partidos deberán establecer en sus estatutos las reglas especiales para el funcionamiento de sus bancadas y los mecanismos para la coordinación de sus decisiones dentro de las corporaciones públicas, en las que se establezcan obligaciones y responsabilidades distintas según se trate del cumplimiento de funciones legislativas, de control político o electorales, por parte de la respectiva corporación.

Así mismo, determinarán lo atinente a su régimen disciplinario interno. Podrán establecer sanciones por la inobservancia de sus directrices, las cuales se fijarán gradualmente hasta la expulsión, y podrán incluir la pérdida del derecho de voto del miembro de la respectiva corporación pública, observando el debido proceso.

En todo caso la sanción deberá ser comunicada a la mesa directiva de la respectiva corporación, para que a través de ella se le dé cumplimiento, siempre que ello implique limitación de derechos congresuales.

Los estatutos de los partidos también contemplarán sanciones estrictas por la inasistencia reiterada a reuniones de bancada, las que podrán incluir la pérdida temporal del derecho al voto.

La inasistencia a las reuniones de las bancadas no excusará al ausente de actuar conforme a las decisiones adoptadas por las mismas, y si no lo hiciere así este quedará sujeto a las sanciones previstas por los estatutos del partido o movimiento político para la violación del régimen de bancadas.

En caso de la imposición de una sanción por un partido o movimiento a uno de sus miembros procede el recurso de apelación en el efecto suspensivo, que se surtirá dentro del mismo partido y ante la instancia correspondiente que determine los estatutos.

El retiro voluntario de un miembro de corporación pública del partido o movimiento político o ciudadano en cuyo nombre se eligió, implica el incumplimiento del deber de constituir bancada, y como tal podrá sancionarse como una violación al régimen de bancada en los términos de la Constitución y la ley (art. 4).

—**Decisiones.** Las bancadas adoptarán decisiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo segundo de esta ley. Cuando la decisión frente a un tema sea la de dejar en libertad a sus miembros para votar de acuerdo con su criterio individual, se dejará constancia de ello en el acta respectiva de la reunión de la bancada.

La bancada puede adoptar esta decisión cuando se trate de asuntos de conciencia (art. 5).

### - Alcance del régimen de bancadas

De acuerdo con el Consejo de Estado, "(...) el régimen de bancadas es un sistema de toma de decisiones que, salvo los asuntos de conciencia que definan los estatutos internos de cada partido o movimiento político, obliga a que los miembros de las corporaciones públicas elegidos por un mismo partido o movimiento político o ciudadano se sometan a una determinada directriz de conducta, de conformidad con lo dispuesto en la ley y las decisiones adoptadas democráticamente por las bancadas.

En ese sentido, se pronunció la Corte Constitucional al referirse, en los siguientes términos, a los asuntos sometidos a las directrices de las bancadas (Sent. C-859/06):

"8. De conformidad con las finalidades descritas, el nuevo régimen de bancadas convierte a los partidos y movimientos —y no simplemente a las personas elegidas— en protagonistas del acontecer legislativo. Adicionalmente, los partidos y movimientos quedan constitucionalmente habilitados para establecer una férrea disciplina interna y

para obligar a sus miembros a votar, en todos los casos —salvo en los “asuntos de conciencia”—, de conformidad con las decisiones democráticas adoptadas (...).

9. En virtud de los argumentos expuestos, la Corte encuentra que los incisos 6º y 7º del artículo 108 de la Carta tienen, al menos, los siguientes alcances. En primer lugar todas las decisiones deben ser adoptadas por la respectiva bancada, de manera democrática y según las directrices del partido. En segundo término, estas cláusulas constitucionales habilitan al legislador para reformar el reglamento del Congreso con la finalidad de promover la actuación en bancadas, siempre que no vulnere la garantía institucional de la autonomía de la respectiva organización. (...) Adicionalmente, la cláusula constitucional comentada autoriza a los partidos y movimientos políticos para sancionar a quien no obedezca la disciplina de partido, incluso, con la pérdida del voto. Finalmente, las bancadas encuentran un límite en el derecho —de configuración reglamentaria— de sus miembros, de votar individualmente los asuntos de conciencia definidos por el propio partido o movimiento. En este sentido cabe indicar que cuando la Carta se refiere a los “asuntos de conciencia” no se está limitando exclusivamente a las cuestiones que pueden dar lugar a la objeción de conciencia de que trata el artículo 18 de la Carta. Compete a cada partido o movimiento, en virtud de su autonomía, definir los asuntos de conciencia que queden eximidos del régimen de bancadas.

En este sentido, la reforma se sitúa en un punto intermedio entre el régimen liberal clásico de representación individual y el sistema fuerte de partidos que no da espacio a la acción individual de la persona que ha sido popularmente elegida para pertenecer a una de las corporaciones públicas<sup>652</sup>.

Igualmente ha puesto de presente en Consejo de Estado que el voto secreto en las corporaciones públicas no se aplica cuando se actúa dentro del régimen de bancadas, pues en términos generales, “la nueva regla de funcionamiento de las corporaciones públicas obliga a que, en la mayoría de los casos, sea la bancada y no cada uno de los congresistas que la integran, quien determine el sentido en que se emitirá cada voto individual. Por tanto, es válido suponer que, en tales eventos, el voto de cada congresista se emitirá en cumplimiento del deber que le impone el nuevo régimen, es decir, en el sentido democráticamente acordado al interior de la bancada de la cual hace parte, según las reglas que al respecto haya adoptado el estatuto interno del partido o movimiento político de que se trate (L. 794/2005, art. 4º).

Surge de lo dicho que, salvo los asuntos de conciencia que definan los estatutos internos de cada partido o movimiento político (L. 794/2005, art. 5º), el voto de cada congresista no puede ser secreto, al menos, frente a sus compañeros de bancada, pues, se insiste, la ley obliga a que “Los miembros de cada bancada actuarán en grupo y coordinadamente” (art. 2º, *ibíd.*). En esa hipótesis, no hay duda de que todo congresista está obligado a votar en el sentido determinado por la bancada de la cual hace parte, lo que supone el conocimiento previo por parte de sus compañeros de bancada del sentido en que votará. Esa trascendental limitación en el ejercicio del derecho al voto de los congresistas, el cual sigue siendo “personal, intransferible e indelegable” (L. 5ª/92, art. 123 num. 3º), desvirtúa el carácter secreto que pudiera pretenderse de esa manifestación de voluntad, pues, a menos que se trate de un asunto de conciencia, el sentido en que se emitirá el voto se supone previamente conocido, al menos, por todos los miembros de la bancada, en cuanto fue esta quien lo determinó mediante decisión de obligatorio acatamiento por todos sus miembros, al punto de que “la inasistencia a las reuniones de las bancadas no

---

<sup>652</sup> C.E., Sec. Quinta, Sent. mar. 23/2007. Exp. 4120. M.P. Darío Quiñones Pinilla.

excusará al ausente de actuar conforme a las decisiones adoptadas por las mismas" (L. 794/2005, art. 4º).

Además de lo anterior, no debe dejarse de lado la posibilidad de que, en relación con determinado punto del debate, el sentido del voto de cada congresista, sometido a una directriz de bancada, sea conocido, no solamente por los miembros de su bancada, sino, además, por los miembros de otras<sup>653</sup>.

#### **4.5.5.3.6.3 Financiación de partidos y campañas electorales**

##### **Financiación de partidos**

El Estado concurrirá a la financiación de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, de conformidad con la ley.

La financiación anual de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica ascenderá como mínimo a dos punto siete veces la aportada en el año 2003, manteniendo su valor en el tiempo. (Art. 109, modificado. (A.L. 1/2003, art. 3º).

##### **Financiación de campañas**

De acuerdo con la reforma introducida por el Acto legislativo 1 de 2003, las campañas que adelanten los partidos y movimientos con personería jurídica y los grupos significativos de ciudadanos que postulen candidatos serán financiadas con recursos estatales mediante el sistema de reposición por votos depositados.

La ley determinará el porcentaje de votación necesario para tener derecho a dicha financiación. También se podrá limitar el monto de los gastos que los partidos, movimientos o candidatos puedan realizar en las campañas electorales, así como la máxima cuantía de las contribuciones privadas, de acuerdo con la ley.

Las campañas para elegir Presidente de la República dispondrán de acceso a un máximo de espacios publicitarios y espacios institucionales de radio y televisión costeados por el Estado, para aquellos candidatos de partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos cuya postulación cumpla los requisitos de seriedad que, para el efecto, determine la ley.

Para las elecciones que se celebren a partir de la vigencia del acto legislativo 1 de 2003, la violación de los topes máximos de financiación de las campañas, debidamente comprobada, será sancionada con la pérdida de investidura o del cargo. La ley reglamentará los demás efectos por la violación de este precepto.

Los partidos, movimientos y candidatos deberán rendir públicamente cuentas sobre el volumen, origen y destino de sus ingresos.

Las consultas populares internas de los partidos y movimientos que opten por este mecanismo recibirán financiación mediante el sistema de reposición por votos depositados, manteniendo para ello el valor en pesos constantes vigente en el momento de aprobación de este acto legislativo.

##### **Prohibición de contribución en política**

---

<sup>653</sup> Ibidem.



La Carta prohíbe a quienes desempeñan funciones públicas hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley. (C.P. art. 110).

El incumplimiento de cualquiera de estas prohibiciones será causal de remoción del cargo o de pérdida de la investidura.

#### **4.5.5.3.6.4 Código Disciplinario y régimen electoral**

Establece la Ley 734 de 2002 –CDU- en su artículo 48 que, entre otras, son faltas gravísimas las siguientes:

- Utilizar el cargo para participar en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas, sin perjuicio de los derechos previstos en la Constitución y la ley. (num 39).

- Utilizar el empleo para presionar a particulares o subalternos a respaldar una causa o campaña política o influir en procesos electorales de carácter político partidista. (num. 40).

#### **4.5.5.3.6.5 Derecho de partidos y movimientos a utilizar medios de comunicación**

Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica tienen derecho a utilizar los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, en todo tiempo, conforme a la ley. Ella establecerá así mismo los casos y la forma como los partidos, los movimientos políticos y los candidatos debidamente inscritos, tendrán acceso a dichos medios. (C.P., art. 111 modificado. A.L. 1/2003, art. 4º).

La Ley 182 de 1995, en su artículo 31 reglamentó la norma constitucional al disponer que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica y reconocimiento de la autoridad electoral, tendrán acceso a la utilización de los servicios de televisión operados por el Estado, en los términos que determinen las leyes y reglamentos que expida la Comisión Nacional de Televisión y el Consejo Nacional Electoral.

#### **4.5.5.3.6.6 Del sufragio y de las elecciones**

##### **El voto**

De acuerdo con el artículo 258 (modificado. A.L. 1/2003, art. 11): “El voto es un derecho y un deber ciudadano. El Estado velará porque se ejerza sin ningún tipo de coacción y en forma secreta por los ciudadanos en cubículos individuales instalados en cada mesa de votación sin perjuicio del uso de medios electrónicos o informáticos. En las elecciones de candidatos podrán emplearse tarjetas electorales numeradas e impresas en papel que ofrezca seguridad, las cuales serán distribuidas oficialmente. La organización electoral suministrará igualitariamente a los votantes instrumentos en los cuales deben aparecer identificados con claridad y en iguales condiciones los movimientos y partidos políticos con personería jurídica y los candidatos. La ley podrá implantar mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de este derecho de los ciudadanos.

PAR 1º—Deberá repetirse por una sola vez la votación para elegir miembros de una corporación pública, gobernador, alcalde o la primera vuelta en las elecciones



presidenciales, cuando los votos en blanco constituyan mayoría absoluta en relación con los votos válidos. Tratándose de elecciones unipersonales no podrán presentarse los mismos candidatos, mientras que en las de corporaciones públicas no se podrán presentar a las nuevas elecciones las listas que no hayan alcanzado el umbral.

PAR. 2º—Se podrá implementar el voto electrónico para lograr agilidad y transparencia en todas las votaciones”.

### **- Beneficios del voto**

La Ley 403 de 1997 los establece en su artículo segundo así:

Quien como ciudadano ejerza el derecho al voto en forma legítima en las elecciones gozará de los siguientes beneficios:

1. Quien hubiere participado en las votaciones inmediatamente anteriores tendrá derecho a ser preferido, frente a quienes injustificadamente no lo hayan hecho, en caso de igualdad de puntaje en los exámenes de ingreso a las instituciones públicas o privadas de educación superior.

2. Quien hubiere participado en las votaciones inmediatamente anteriores al reclutamiento en el servicio militar tendrá derecho a la rebaja de un (1) mes en el tiempo de prestación de este servicio, cuando se trate de soldados bachilleres o auxiliares de policía bachiller, y de dos (2) meses, cuando se trate de soldados campesinos o soldados regulares.

3. Quien hubiere participado en la votación inmediatamente anterior tendrá derecho a ser preferido frente a quienes injustificadamente no lo hubieren hecho, en caso de igualdad de puntaje en la lista de legibles para un empleo de carrera del Estado.

4. Quien hubiere ejercido el derecho al voto en la votación inmediatamente anterior tendrá derecho a ser preferido, frente a quienes injustificadamente no lo hicieron, en la adjudicación de becas educativas, de predios rurales y de subsidios de vivienda que ofrezca el Estado, en caso de igualdad de condiciones estrictamente establecidas en concurso abierto.

5. El estudiante de institución oficial de educación superior tendrá derecho a un descuento del 10% del costo de la matrícula, si acredita haber sufragado en la última votación realizada con anterioridad al inicio de los respectivos períodos académicos.

6. Como una contribución a la formación de buenos ciudadanos, las universidades no oficiales podrán establecer, dentro de sus estrategias de mercadeo, un descuento en el valor de la matrícula a los estudiantes de pregrado y postgrado que acrediten haber sufragado en las últimas elecciones. (*Adicionado. L. 815/2003, art. 2º*).

PAR.—Las universidades que voluntariamente establezcan el descuento en la matrícula no podrán trasladar a los estudiantes el valor descontado ni imputarlo como costo adicional en los reajustes periódicos legalmente autorizados. El gobierno otorgará reconocimiento especial e incentivos a las universidades que den aplicación al estímulo electoral previsto en este numeral.

7. Quien haya ejercido el derecho al sufragio se beneficiará, por una sola vez, de una rebaja del diez por ciento (10%) en el valor de expedición del pasaporte que solicite

durante los cuatro (4) años siguientes a la votación. Este porcentaje se descontará del valor del pasaporte que se destina a la Nación. (*Adicionado. L. 815/2003, art. 2º*)

8. Quien acredite haber sufragado tendrá derecho a los siguientes descuentos durante el tiempo que transcurra hasta las siguientes votaciones:

a) Diez por ciento (10%) del valor a cancelar por concepto de trámite de expedición inicial y renovación del pasado judicial.

b) Diez por ciento (10%) del valor a cancelar por concepto de trámite inicial y expedición de duplicados de la libreta militar.

c) Diez por ciento (10%) del valor a cancelar por duplicados de la cédula de ciudadanía del segundo duplicado en adelante. (*Adicionado. L. 815/2003, art. 2º*)

### **- Descanso compensatorio**

L. 403/97.

ART. 3º—El ciudadano tendrá derecho a media jornada de descanso compensatorio remunerado por el tiempo que utilice para cumplir su función como elector. Tal descanso compensatorio se disfrutará en el mes siguiente al día de la votación, de común acuerdo con el empleador.

### **Tipos de voto**

**Voto programático.** Quienes elijan gobernadores y alcaldes, imponen por mandato al elegido el programa que presentó al inscribirse como candidato. La ley reglamentará el ejercicio del voto programático. (*C.P., art. Art. 259*).

**Voto válido.** Es el correctamente marcado en la tarjeta electoral suministrada por la organización electoral, que permite identificar con claridad la voluntad del elector. (*Regl. 1/2003, CNE, art. 10*).

**Voto nulo.** Será nulo el voto que no permita determinar con certeza cuál fue la voluntad del elector. (*Regl. 1/2003, CNE, art. 11*).

**Voto en blanco.** Es aquel que se marca en la casilla correspondiente a dicha forma de expresión electoral. (*Regl. 1/2003, CNE, art. 12*).

### **El Umbral electoral**

Es la cantidad mínima de votos válidos que debe obtener una lista para que le sea aplicada la cifra repartidora. Se emplea para listas a corporaciones. En ningún caso se computarán para su cálculo las tarjetas no marcadas ni los votos nulos. No se aplicará esta norma en el caso que ninguna de las listas obtenga la votación mínima. (*Regl. 1/2003, CNE, art. 14*).

### **Residencia electoral**

Para efectos de lo dispuesto en el artículo 316 de la Constitución Política, el artículo 4 de la Ley 163 de 1994 considera que la residencia será aquella en donde se encuentre registrado el votante en el censo electoral.

Se entiende que, con la inscripción, el votante declara, bajo la gravedad del juramento, residir en el respectivo municipio.

Sin perjuicio de las sanciones penales, cuando mediante procedimiento breve y sumario se compruebe que el inscrito no reside en el respectivo municipio, el Consejo Nacional

Electoral declarará sin efecto la inscripción.

Se exceptúa el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en el cual se seguirán aplicando disposiciones especiales.

#### **De la acción de nulidad electoral**

La jurisdicción contencioso administrativa decidirá la acción de nulidad electoral en el término máximo de un (1) año. En los casos de única instancia, según la ley, el término para decidir no podrá exceder de seis (6) meses. (*C.P., art. 264 modificado. A.L. 1/2003, art. 14*).

#### **4.5.5.3.6.7 De los otros mecanismos de participación democrática**

Al analizar el principio de participación democrática como fundante de nuestro estado de Derecho, tuvimos oportunidad de analizar estos mecanismos. Ahora bástenos recordar el artículo 103 de la Carta que dispone: “Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato”.

#### **De la violación al ejercicio de mecanismos de participación ciudadana**

El Código penal tipifica los siguientes delitos:

##### **Perturbación de certamen democrático**

El que por medio de maniobra engañosa perturbe o impida votación pública relacionada con los mecanismos de participación democrática, o el escrutinio de la misma, o la realización de un cabildo abierto, incurrirá en prisión de cuatro (4) a nueve (9) años.

La pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años cuando la conducta se realice por medio de violencia.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público. (*Código Penal, art. 386 (modificado. L. 1142/2007, art. 39)*).

##### **Constreñimiento al sufragante**

El que utilice las armas o amenace por cualquier medio a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley, con el fin de obtener apoyo o votación por determinado candidato o lista de candidatos, o voto en blanco, o por los mismos medios le impida el libre ejercicio del derecho al sufragio, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.

En igual pena incurrirá quien por los mismos medios pretenda obtener en plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato, apoyo o votación en determinado sentido, o impida el libre ejercicio del derecho al sufragio.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público. (*Código penal, art. 387*).

##### **Fraude al sufragante**

El que mediante maniobra engañosa, obtenga que un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley, vote por determinado candidato, partido o corriente política, o lo haga en blanco, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

En igual pena incurrirá quien por el mismo medio obtenga en plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato votación en determinado sentido. (*Código Penal, art. 388, modificado. L. 1142/2007, art. 40*).

#### **Fraude en inscripción de cédulas**

El que por cualquier medio indebido logre que personas habilitadas para votar inscriban documento o cédula de ciudadanía en una localidad, municipio o distrito diferente a aquel donde hayan nacido o residan, con el propósito de obtener ventaja en elección popular, plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público. (*Código penal, art. 389*).

#### **Corrupción de sufragante**

El que prometa, pague o entregue dinero o dádiva a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley para que consigne su voto en favor de determinado candidato, partido o corriente política, vote en blanco, o se abstenga de hacerlo, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años y multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En igual pena incurrirá quien por los mismos medios obtenga en plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato votación en determinado sentido.

El sufragante que acepte la promesa, el dinero o la dádiva con los fines señalados en el inciso primero, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público. (*Código penal, art. 390*).

#### **Voto fraudulento**

El que suplante a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley, o vote más de una vez, o sin derecho consigne voto en una elección, plebiscito, referendo, consulta popular, o revocatoria del mandato, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años. (*Código Penal, art. 391.—Modificado. L. 1142/2007, art. 41*).

#### **Favorecimiento de voto fraudulento**

El servidor público que permita suplantar a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley, o votar más de una vez o hacerlo sin derecho, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años. (*Código penal, art. 392, modificado. L. 1142/2007, art. 42*).

#### **Mora en la entrega de documentos relacionados con una votación**

El servidor público que no haga entrega oportuna a la autoridad competente de registro electoral, sellos de urna o de arca triclave, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. (*Código penal, art. 393*).

#### **Alteración de resultados electorales**

El que por medio distinto de los señalados en los artículos precedentes altere el resultado de una votación o introduzca documentos o tarjetones indebidamente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, salvo que la conducta constituya delito sancionado con pena mayor.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público. (*Código penal, art. 394, modificado. L. 1142/2007, art. 43*).

#### **Ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédula**

El que haga desaparecer, posea o retenga cédula de ciudadanía ajena o cualquier otro documento necesario para el ejercicio del derecho de sufragio, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, salvo que la conducta constituya delito sancionado con pena mayor. (*Código penal, art. 395.—Modificado. L. 1142/2007, art. 44*).

#### **Denegación de inscripción**

El servidor público a quien legalmente corresponda la inscripción de candidato o lista de candidatos para elecciones populares que no cumpla con esta función o la dilate o entorpezca, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

En igual pena incurrirá quien realice las conductas anteriores cuando se trate de plebiscito, referendo, consulta popular y revocatoria del mandato

La misma pena se impondrá al que por cualquier medio impida u obstaculice la inscripción a que se refieren los incisos anteriores. (*Código penal, art. 396*).

#### **Efectos del trasteo de votos**

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido constante y unánime al expresar que “el propósito del constituyente al exigir en este canon la condición de residente para sufragar en los comicios de autoridades locales, es el de impedir el acarreo de electores de una circunscripción a otra, para evitar que personas ajenas al respectivo municipio, influyan en las decisiones que en este deban adoptarse a nivel político-administrativo, constituyéndose en un obstáculo para el desarrollo de estos entes territoriales.

(...) En la legislación existente a partir de la Carta Política de 1991 el denominado “trasteo de votos” no fue establecido como causal de nulidad sin que sea válido pretender que a falta de esta connotación legal los hechos que dan lugar a esa figura, caprichosamente se los ubique dentro de la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, “cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación”, pues es constante la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de que la noción de falsedad entraña la intención de engañar, de disfrazar la realidad. Y la apocrifidad es lo supuesto, lo inexistente, pero en ambos debe producir una alteración del resultado electoral, que requiere comprobación mediante medios de convicción idóneos (...).

Esa conducta está tipificada como punible en el artículo 251 del Código Penal bajo la denominación de “corrupción del elector”, con sanción de prisión tanto para quien paga como para quien acepta. La sanción pues es de carácter penal y no es viable buscarla mediante la acción especial de nulidad electoral, por cuanto ésta debe fundarse en precisas causales determinadas por la ley, o sea, que en esta materia rige el principio de taxatividad reiteradamente aplicado por la jurisprudencia de la Sala”<sup>654</sup>.

#### **4.5.5.3.6.8 De la elección popular de ciertos funcionarios y autoridades**

---

<sup>654</sup> C.E., Sec. Cuarta, Sent. jun. 29/95, Exp. 1304. M.P. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

En relación con la representación, decisión y responsabilidad de miembros de cuerpos colegiados de elección popular en artículo 133 de la Carta dispone que los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura.

Los ciudadanos eligen en forma directa Presidente y Vicepresidente de la República, Senadores, representantes, gobernadores, diputados, alcaldes, concejales municipales y distritales, miembros de las juntas administradoras locales, y en su oportunidad, los miembros de la Asamblea Constituyente y las demás autoridades o funcionarios que la Constitución señale. (C.P., art. 260).

La elección del Presidente y Vicepresidente no podrá coincidir con otra elección. La de Congreso se hará en fecha separada de la elección de autoridades departamentales y municipales. (C.P., art. 262).

### **Suplentes y vacancias**

De acuerdo con el artículo 261 de la Carta (*Modificado. A. L. 3/93, art. 2º*): Las faltas absolutas o temporales serán suplidas por los candidatos que según el orden de inscripción en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral.

Son **faltas absolutas**: además de las establecidas por la ley; las que se causan por: muerte; la renuncia motivada y aceptada por la plenaria de la respectiva corporación; la pérdida de la investidura; la incapacidad física permanente y la sentencia condenatoria en firme dictada por autoridad judicial competente.

Son **faltas temporales** las causadas por: la suspensión del ejercicio de la investidura popular, en virtud de decisión judicial en firme; la licencia sin remuneración; la licencia por incapacidad certificada por médico oficial: la calamidad doméstica debidamente probada y la fuerza mayor.

La licencia sin remuneración no podrá ser inferior a tres (3) meses.

Los casos de incapacidad, calamidad doméstica y licencias no remuneradas, deberán ser aprobadas por la mesa directiva de la respectiva corporación.

Las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Constitución Nacional y las leyes, se extenderán en igual forma a quienes asuman las funciones de las faltas temporales durante el tiempo de su asistencia.

### **Elección de Presidente y del Vicepresidente de la República**

El Presidente de la República será elegido para un período de cuatro años, por la mitad más uno de los votos que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos en la fecha y con las formalidades que determine la ley. Si ningún candidato obtiene dicha mayoría, se celebrará una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la que sólo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las más altas votaciones. Será declarado Presidente quien obtenga el mayor número de votos.

En caso de muerte o incapacidad física permanente de alguno de los dos candidatos con mayoría de votos, su partido o movimiento político podrá inscribir un nuevo candidato para

la segunda vuelta. Si no lo hace o si la falta obedece a otra causa, lo remplazará quien hubiese obtenido la tercera votación; y así en forma sucesiva y en orden descendente. Si la falta se produjese con antelación menor a dos semanas de la segunda vuelta, ésta se aplazará por quince días. (C.P. art. 190).

El Vicepresidente de la República será elegido por votación popular el mismo día y en la misma fórmula con el Presidente de la República. Los candidatos para la segunda votación, si la hubiere, deberán ser en cada fórmula quienes la integraron en la primera.(C.P., art. 202).

### **Elecciones para el Senado de la República**

El Senado de la República estará integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional. (C.P., art. 171).

#### ***Circunscripción nacional especial***

***Para comunidades indígenas.-*** Habrá un número adicional de dos Senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas. La circunscripción especial para la elección de Senadores por las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cociente electoral.

Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República, deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministro de Gobierno. (C.P., art. 171)

***Para colombianos residentes en el exterior.-*** Los ciudadanos colombianos que se encuentren o residan en el exterior podrán sufragar en las elecciones para Senado de la República. (C.P., art. 171).

### **Elecciones para Cámara de Representantes**

#### ***- Circunscripciones territoriales***

La Cámara de Representantes se elegirá en ***circunscripciones territoriales***, circunscripciones especiales y una circunscripción internacional.

Habrá dos representantes por cada circunscripción territorial y uno más por cada 365.000 habitantes o fracción mayor de 182.500 que tengan en exceso sobre los primeros 365.000.

Para la elección de representantes a la Cámara, cada departamento y el Distrito Capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial. (C.P., art. 176).

#### ***-Circunscripción nacional especial***

De conformidad con el artículo 176 de la Constitución Política habrá una circunscripción nacional especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior.

Esta circunscripción constará de cinco (5) curules distribuidas así: dos (2) para las comunidades negras, una, (1) para las comunidades indígenas, una (1) para las minorías políticas y una (1) para los colombianos residentes en el exterior. (L. 649/2001., art. 1)

#### ***- Circunscripción especial***

La ley podrá establecer una ***circunscripción especial*** para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas.



Mediante esta circunscripción se podrán elegir hasta cuatro representantes. (C.P., art. 176).

**Candidatos de las comunidades indígenas.** Los candidatos de las comunidades indígenas que aspiren a ser elegidos a la Cámara de Representantes por esta circunscripción deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización refrendado por el Ministerio del Interior. (L. 649/2001, art. 2).

**Candidatos de las comunidades negras.** Quienes aspiren a ser candidatos de las comunidades negras para ser elegidos a la Cámara de Representantes por esta circunscripción especial, deberán ser miembros de la respectiva comunidad y avalados previamente por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior. (L. 649/2001, art. 3).

**Candidatos de las minorías políticas.** Podrán acceder a una curul por la circunscripción especial para las minorías políticas, los movimientos o partidos políticos:

- a) Que hubiesen presentado candidatos a la Cámara de Representantes como mínimo en un 30% de las circunscripciones territoriales;
- b) Que no hubiesen obtenido representantes en el Congreso Nacional, y
- c) Que su votación mayoritaria en un mismo departamento o circunscripción territorial sea menos del 70% de la sumatoria de su votación en todo el país.

La curul corresponderá al partido o movimiento político que, cumpliendo con los requisitos, de los literales anteriores obtenga la mayor votación agregada en todo el país. La lista a la cual se le asignará la curul será la conformada por las cabezas de lista de mayor a menor votación de las inscritas por el respectivo partido o movimiento en todo el territorio nacional. (L. 649/2001, art. 4).

#### **- Circunscripción internacional**

Para los colombianos residentes en el exterior existirá una **circunscripción internacional** mediante la cual se elegirá un representante a la Cámara. En ella solo se contabilizarán los votos depositados fuera del territorio nacional por ciudadanos residentes en el exterior. (C.P., art. 176).

Quien sea elegido para la circunscripción especial de los colombianos residentes en el exterior, deberá residir en el territorio nacional mientras ejerza su condición de Representante de la Cámara. (L. 649/2001, art. 1).

**Candidatos de los colombianos residentes en el exterior.** Los candidatos de los colombianos residentes en el exterior que aspiren a ser elegidos a la Cámara de Representantes requieren demostrar ante las autoridades electorales colombianas una residencia mínima de cinco (5) años continuos en el exterior y contar con un aval de un partido o movimiento político debidamente reconocido por el Consejo Nacional Electoral. (L. 649/2001, art. 1).

#### **4.5.5.3.6.9 Elecciones no populares**

Ya hemos tenido oportunidad de analizar como en la selección de funcionarios no necesariamente hay intervención popular. Para ciertos cargos tal elección se realiza al interior de una corporación que, de todos modos, debe respetar las reglas constitucionales y legales relacionadas con tal proceso.



El *Senado* y la *Cámara*, por ejemplo, eligen a sus presidentes y a los presidentes de sus comisiones; los magistrados de la *Corte Constitucional* son elegidos por el Senado de la República (art. 239)

El *Fiscal General de la Nación* será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido. Debe reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia (Art. 249).

En relación con el *Consejo Superior de la Judicatura*, de acuerdo con el artículo 254, la Sala Administrativa, integrada por seis magistrados elegidos para un período de ocho años, así: dos por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, integrada por siete magistrados elegidos para un período de ocho años, por el Congreso Nacional de ternas enviadas por el gobierno.

El *Contralor General de la Nación* será elegido por el Congreso en pleno en el primer mes de sus sesiones para un período igual al del Presidente de la República, de terna integrada por candidatos presentados a razón de uno por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, y no podrá ser reelegido para el período inmediato ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo. (art. 267).

El *Procurador General de la Nación* será elegido por el Senado, para un período de cuatro años, de terna integrada por candidatos del Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (art. 276)

El *Defensor del Pueblo* será elegido por la Cámara de Representantes para un período de cuatro años de terna elaborada por el Presidente de la República (art. 281).

El *Registrador Nacional del Estado Civil* será escogido por los presidentes de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, mediante concurso de méritos organizado según la ley.

El *Consejo Nacional Electoral* se compondrá de nueve (9) miembros elegidos por el Congreso de la República en pleno, para un período institucional de cuatro (4) años, mediante el sistema de cifra repartidora, previa postulación de los partidos o movimientos políticos con personería jurídica o por coaliciones entre ellos.

### **La función electoral del Congreso**

La función electoral del Congreso está limitada a lo señalado en la Constitución. Diversas disposiciones de la Constitución (*arts. 178, 239, 276, 267*), otorgan al Congreso o a sus cámaras, facultades expresas para intervenir en la designación de los titulares de otros órganos del Estado. La ley orgánica que contiene el reglamento del Congreso y de cada una de sus cámaras, se refiere a la función electoral y para su desarrollo consagra un procedimiento especial (*L. 5ª/92, arts. 6-5, 20, 21, 22, 306, 314, 316, 317, 318 y 319*).

De acuerdo con la Corte Constitucional: "El ejercicio de la función electoral por el órgano legislativo, permite la integración de otros órganos del Estado y contribuye a transmitir legitimidad democrática a otras instancias del poder público. Puede decirse que esta función, lejos de afectar negativamente el principio de separación de funciones, es una

manifestación, quizá la más conspicua, del principio de colaboración entre los diferentes órganos estatales (...).

La Corte Constitucional no encuentra en la Constitución norma o facultad alguna que le confiera al Congreso y a sus cámaras, por fuera de las autorizaciones expresas que en ella se contemplan, el poder de atribuirse para sí funciones electorales específicas. Las atribuciones normativas del Congreso no son taxativas, pues a las mismas se agrega la denominada cláusula general de competencia. Sin embargo, en materia de nombramiento y designación de funcionarios, no puede predicarse la existencia de una potestad análoga. En primer término, porque el Congreso es un órgano básicamente encargado de dictar normas y ejercer el control sobre las restantes instancias del poder, lo que impone lógicamente que atraiga la titularidad normativa general, no así con este carácter la función electoral. En segundo término, en razón de que al Congreso y a cada una de sus cámaras, les está prohibido inmiscuirse, por medio de resoluciones o de leyes, en asuntos de competencia privativa de otras autoridades (*C.P., art. 136-1*). En realidad, aceptar que el Congreso dispone de una facultad de nombramiento general —adicional a la que en algunos casos le otorga la Constitución—, equivale a crear el instrumento que podría conducir a practicar las injerencias vetadas por la Carta.

Si bien el Congreso tiene competencias administrativas (*C.P., art. 150-20*), su alcance, dada la índole primordial de su quehacer institucional, no puede extenderse hasta el punto de configurar, por la vía legal, un poder general de designación y nombramiento. Por consiguiente, más allá de las expresas competencias de designación y nombramiento radicadas por la Constitución en cabeza del Congreso y de sus cámaras, el ejercicio legislativo de la función electoral comporta una clara violación de los artículos 113 y 136-1 de la Constitución Política. La situación no se modifica por el hecho de que las personas nombradas no sean congresistas. La extralimitación de las funciones propias y la concreta intervención en asuntos confiados a otro órgano, se producen y tienen la misma virtualidad, así se realicen de manera indirecta.

Corresponde al Congreso “ejercer control político sobre el gobierno y la administración” (*C.P., art. 114*). La función fiscalizadora, esencial en el concierto del Estado, corre el riesgo de difuminarse y extinguirse si se traduce en actos de nombramiento e integración de los cuadros administrativos, que justamente son objeto de vigilancia y control. Por lo demás, la tesis que ahora sostiene la Corte, ha sido la doctrina reiterada por la jurisprudencia nacional (cfr. CE, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sent., oct. 28/71, M.P. Carlos Portocarrero M.)<sup>655</sup>.

### **La cooptación**

La cooptación es el nombre que se le da al procedimiento por el cual los miembros de una institución colegiada —comisión, junta o tribunal— eligen a los nuevos integrantes de la misma.

El sistema se emplea en Colombia para designar a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. Unos y otros son elegidos por la respectiva corporación de listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura<sup>656</sup>.

### **4.5.5.3.6.10 De las autoridades electorales y de sus funciones**

<sup>655</sup> C. Const., Sent. C-497, nov. 7/95. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>656</sup> Cfr. MADRID-MALO, Diccionario .... p. 77.

### **Del Consejo Nacional Electoral**

El Consejo Nacional Electoral es la suprema autoridad electoral. Los miembros del Consejo Nacional Electoral serán servidores públicos de dedicación exclusiva, tendrán las mismas calidades, inhabilidades, incompatibilidades y derechos de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y podrán ser reelegidos por una sola vez.

### **Atribuciones del Consejo Nacional Electoral**

El Consejo Nacional Electoral tendrá, de conformidad con la Constitución (art. 265) y con la ley, las siguientes atribuciones especiales:

1. Ejercer la suprema inspección y vigilancia de la organización electoral.
2. *Derogado. A.L. 1/2003, art. 15*
3. Conocer y decidir definitivamente los recursos que se interpongan contra las decisiones de sus delegados sobre escrutinios generales y en tales casos hacer la declaratoria de elección y expedir las credenciales correspondientes.
4. Servir de cuerpo consultivo del gobierno en materias de su competencia, presentar proyectos de acto legislativo y de ley, y recomendar proyectos de decreto.
5. Velar por el cumplimiento de las normas sobre partidos y movimientos políticos, y de las disposiciones sobre publicidad y encuestas de opinión política; por los derechos de la oposición y de las minorías, y por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías.
6. Distribuir los aportes que para el financiamiento de las campañas electorales y para asegurar el derecho de participación política de los ciudadanos, establezca la ley.
7. Efectuar el escrutinio general de toda votación nacional, hacer la declaratoria de elección y expedir las credenciales a que haya lugar.
8. Reconocer la personería jurídica de los partidos y movimientos políticos.
9. Reglamentar la participación de los partidos y movimientos políticos en los medios de comunicación social del Estado.
10. Colaborar para la realización de consultas internas de los partidos y movimientos para la escogencia de sus candidatos.
11. Darse su propio reglamento.
12. Las demás que le confiera la ley.

### **El Registrador Nacional del Estado Civil**

De acuerdo con el Acto legislativo 1 de 2003, art. 15 modificadorio del artículo 266 de la Carta, el Registrador Nacional del Estado Civil deberá reunir las mismas calidades que exige la Constitución Política para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia y no haber ejercido funciones en cargos directivos en partidos o movimientos políticos dentro del año inmediatamente anterior a su elección.

Podrá ser reelegido por una sola vez y ejercerá las funciones que establezca la ley, incluida la dirección y organización de las elecciones, el registro civil y la identificación de las personas, así como la de celebrar contratos en nombre de la Nación, en los casos que aquella disponga.

La Registraduría Nacional estará conformada por servidores públicos que pertenezcan a una carrera administrativa especial a la cual se ingresará exclusivamente por concurso de méritos y que preverá el retiro flexible de conformidad con las necesidades del servicio. En todo caso, los cargos de responsabilidad administrativa o electoral serán de libre remoción, de conformidad con la ley.

#### 4.5.5.3.6.11 De las elecciones del Parlamento Andino

La Ley 1157 de 2007 ha establecido las reglas para este proceso de elección. A continuación presentamos algunos de sus aspectos:

—**Del régimen electoral aplicable.** Mientras se establece un régimen electoral uniforme, el sistema de elección de los representantes ante el Parlamento Andino se regirá de acuerdo con la legislación electoral colombiana en el entendido de que el régimen electoral transitorio establecido en la presente ley dejará de ser aplicable cuando entren en vigencia los instrumentos que establezcan el régimen electoral uniforme, salvo en lo que este difiera expresamente a la normatividad, interna colombiana (art. 2).

—**Fórmula de conversión de votos y proceso de adjudicación de curules.** Para las elecciones de parlamentarios andinos se aplicará el sistema de cifra repartidora, de acuerdo con la votación alcanzada entre las listas que superen el umbral del 2% del total de los votos emitidos válidamente en las elecciones de Parlamento Andino. (art. 7).

—**Declaratoria de elección de titulares.** El Consejo Nacional Electoral, como suprema autoridad electoral, declarará la elección de los representantes titulares por Colombia al Parlamento Andino y los acreditará ante este organismo. (art. 9).

## CONCLUSIONES

### 4.5.6.1 EI ESTADO SOCIAL DE DERECHO

“La fórmula del artículo primero de la Constitución, ampliada y respaldada a través de todo el texto fundamental, según la cual Colombia se define como un estado social de derecho, es de una importancia sin precedentes en el contexto del constitucionalismo colombiano. Esta importancia ameritó un pronunciamiento de la Corte (Sent. T-406/92) sobre el alcance de este concepto y sobre su sentido e interpretación, no sólo en el contexto internacional —del cual sin duda alguna se nutrió la Asamblea Nacional Constituyente— sino en la Constitución misma, vista como una norma autónoma. A continuación reportamos apartes de tan importante pronunciamiento jurisprudencial. Sea también la oportunidad para rendir homenaje al ilustre jurista *Ciro Angarita Barón*.

#### “A. Origen y delimitación conceptual

1. Lo primero que debe ser advertido es que el término “social”, ahora agregado a la clásica fórmula del estado de derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado. Una larga historia de transformaciones institucionales en las principales democracias constitucionales del mundo, está presente para dar testimonio de la trascendencia de este concepto.

2. La incidencia del estado social de derecho en la organización socio-política puede ser descrita esquemáticamente desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. Lo primero suele tratarse bajo el tema del **Estado bienestar** (Welfare State, stato del benessere, L’Etat Providence) y lo segundo bajo el tema de **Estado constitucional democrático**. La delimitación entre ambos conceptos no es tajante; cada uno de ellos hace alusión a un aspecto específico de un mismo asunto. Su complementariedad es evidente.

a) El Estado bienestar surgió a principios de siglo en Europa como respuesta a las demandas sociales; el movimiento obrero europeo, las reivindicaciones populares provenientes de las revoluciones rusa y mexicana y las innovaciones adoptadas durante la república de Weimar, la época del New Deal en los Estados Unidos, sirvieron para transformar el reducido estado liberal en un complejo aparato político-administrativo jalonador de toda la dinámica social. Desde este punto de vista el estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad (H.L. Wilensky, 1975).

b) El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política<sup>657</sup>.

3. Estos cambios han producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: **pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos**. Estas características adquieren una relevancia especial en el campo del derecho constitucional, debido a la generalidad de sus textos y a la consagración que allí se hace de los principios básicos de la organización política. De aquí la enorme importancia que adquiere el juez constitucional en el Estado social de derecho.

4. La complejidad del sistema, tanto en lo que se refiere a los hechos objeto de la regulación, como a la regulación misma, hace infructuosa la pretensión racionalista que consiste en prever todos los conflictos sociales posibles para luego asignar a cada uno de ellos la solución normativa correspondiente. En el sistema jurídico del estado social de derecho se acentúa de manera dramática el problema —planteado ya por Aristóteles— de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de la norma por medio de la intervención del juez. Pero **esta intervención no se manifiesta sólo como el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad**, es decir, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre derecho y realidad), así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica.

4. Es justamente aquí, en esta relación entre justicia y seguridad jurídica, en donde se encuentra el salto cualitativo ya mencionado: el sistema jurídico creado por el estado liberal tenía su centro de gravedad en el concepto de ley, de código. La norma legal, en consecuencia, tenía una enorme importancia formal y material, como principal referente de la validez y como depositaria de la justicia y de la legitimidad del sistema. **En el Estado intervencionista se desvanece buena**

---

<sup>657</sup> Cita de la Corte: Manuel Aragón Reyes, Constitución y Democracia, Tecnos, Madrid, 1989.

***parte de la importancia formal (validez) y de la importancia material (justicia) de la ley***<sup>658</sup>.

#### **Postulados que se desprenden del artículo primero constitucional**

a) El Estado es definido a través de sus caracteres esenciales. Entre estos caracteres y el Estado la relación es ontológica: El Estado colombiano **es tal**, en tanto sus elementos esenciales están presentes; no se trata de cualidades, capacidades o dotes del Estado, sino de su propia naturaleza, de su propio ser.

b) Los caracteres esenciales del Estado tienen que ver no sólo con la organización entre poderes y la producción y aplicación del derecho, sino también y de manera especial, con el compromiso por la defensa de contenidos jurídicos materiales<sup>659</sup>.

El sentido y alcance del artículo primero no puede ser desentrañado plenamente a partir de una interpretación reducida al análisis de su texto. Cada una de las palabras del artículo posee una enorme carga semántica, la cual a través de la historia del constitucionalismo occidental, se ha ido decantando en una serie de nociones básicas que delimitan su alcance y lo hacen coherente y razonable. Una interpretación que se aparte del contexto nacional e internacional en el cual han tenido formación los conceptos del artículo primero, puede dar lugar a soluciones amañadas y contradictorias<sup>660</sup>.

#### **4.5.6.2 El Estado social de derecho y los derechos fundamentales**

“11. La fórmula clásica del Estado liberal, en relación con la delimitación de los derechos fundamentales, consistía en establecer una lista de derechos pertenecientes a esta categoría. Una de las manifestaciones de las crisis del Estado constitucional en la segunda mitad del siglo veinte, consiste en afirmar que de nada sirve una buena lista de derechos si no se tiene en cuenta el proceso de aplicación. Según esta crítica, el problema fundamental de tales derechos se encuentra en la definición de las relaciones entre ellos y no en la enunciación de los que son. Es relativamente fácil ponerse de acuerdo con los derechos que son fundamentales —de hecho en los convenios internacionales existe tal acuerdo— pero es difícil saber, a priori, cómo se aplican. El asunto es: en caso de conflicto —y esto es lo más corriente— entre dos o tres derechos, cuál debe tener prioridad? ***El problema fundamental de los valores no es el de su enunciación sino el de su aplicación. Para la realidad del derecho es más importante establecer cuáles son los criterios de interpretación y aplicación de las normas que establecer cuál es la lista de aquellas normas que pertenecen a una determinada categoría.***

Si lo esencial de la definición de los derechos fundamentales, se juega en el ámbito de la relación entre los mismos, esto trae como consecuencia: 1. Que la definición a priori de todos los que son no tiene mayor importancia. 2. Que esta tarea debe ser llevada a cabo por el juez, puesto que la relación entre los derechos es un dato que viene de los hechos (a través de la tutela). 3. De esta manera, en la relación texto constitucional-hecho social, se irá construyendo una nueva interpretación de la carta de derechos adecuada a una realidad propia del subdesarrollo (nuevo constitucionalismo para América Latina).

<sup>658</sup> C. Const., Sent. T-406, jun. 5/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

<sup>659</sup> (Cita de la Corte: Luciano PAREJO ALONSO, "Constitución y valores del ordenamiento, en Estudios sobre la Constitución Española, Cívitas, Madrid, 1991.

<sup>660</sup> C. Const., Sent. T-406, jun. 5/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

12. **Existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales** en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior, dicho cambio puede ser definido como **una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales**. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela. (H.L. Hart, El concepto del derecho, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, 125 y ss.)<sup>661</sup>.

### MAPA CONCEPTUAL

Apellidos y nombres del estudiante  
 Código  
 Grupo

Elabore un mapa conceptual de la lectura realizada de la unidad DOS incorporando los siguientes elementos:

Conceptos  
 Propositiones  
 Categorías  
 Relaciones  
 Jerarquías  
 Ejemplos

### LECTURA AUTOREGULADA

#### ACTIVIDADES

Una vez realizada la lectura de la unidad tres deberá:

- ✓ Elaborar la correspondiente ficha de estudio
- ✓ Hacer un resumen de las lecturas
- ✓ Elaborar un mapa conceptual
- ✓ Determinar los problemas planteados
- ✓ Socializar las actividades de autoformación con el grupo (mediante Internet si es posible).

#### Ficha de estudio y trabajo

Notas sobre la lectura	Comentarios personales

<sup>661</sup> C. Const., Sent. T-406, jun. 5/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

## CONSTRUCCIÓN COGNITIVA

Centro territorial \_\_\_\_\_  
Nombre del estudiante \_\_\_\_\_  
Código \_\_\_\_\_  
Grupo \_\_\_\_\_  
Temática \_\_\_\_\_  
Unidad \_\_\_\_\_

Actividades	¿Cómo lo hice?
<p>28. Después de hacer una revisión del contenido del presente capítulo, me gustaría elaborar un ensayo sobre el siguiente problema, dificultad, amenaza, oportunidad, potencialidad, fortaleza o aspecto de interés que afecta mi barrio, mi ciudad o mi región.</p> <p>29. Dos preguntas que intentaré responderme en este ensayo son:</p> <p>30. El título provisional de mi ensayo será:</p> <p>31. Los beneficios que se derivarían de este ensayo serían:</p> <p>32. La importancia de este ensayo (para mi o para otras personas) a largo plazo, sería:</p> <p>33. De los objetivos propuestos por la unidad el que más se aproxima a mis intereses es:</p> <p>34. En mi concepto el procedimiento más razonable para alcanzar este objetivo es:</p> <p>35. El objetivo que yo quiero lograr con el ensayo es:</p> <p>36. En mis actividades diarias, (incluidas las profesionales) los concepto que frecuentemente utilizo de esta unidad son:</p>	

## GLOSARIO DE TÉRMINOS

Estado de derecho  
Estado social de derecho  
Soberanía  
Tratado  
Congreso



Senado  
Cámara de representantes  
Presidencia de la República  
Vicepresidencia  
Función Constituyente  
Función legislativa  
Leyes estatutarias  
Leyes marco  
Leyes orgánicas  
Decretos  
Corte Constitucional  
Corte Suprema  
Consejo de Estado  
Consejo Superior de la Judicatura  
Procuraduría  
Contraloría

### **Ensayo de la Unidad TRES**

Nombres apellidos del estudiante \_\_\_\_\_  
Código \_\_\_\_\_  
Grupo \_\_\_\_\_

Elabore el ensayo recordando que un ENSAYO incluye una introducción, una hipótesis o un problema, las posibilidades de resolverlo, los argumentos a favor o en contra, y la posición personal.

Introducción  
Cuerpo  
Conclusiones

### **RECAPITULACIÓN**

Realice una recapitulación de esta unidad y explique cuales aspectos usted desconocía, cuales fortalecieron sus argumentos, con cuales no está de acuerdo y porqué y con cuales sí.

#### **4.13. LA EVALUACIÓN**

Recuerde que se trata de establecer un sistema de evaluación y retroalimentación congruentes con el proceso seguido, que le permita conocer en que medida se han logrado los aprendizajes de conocimientos, habilidades y actitudes valorativas que habían sido previstos en los objetivos específicos, pero también la evaluación de los contenidos, de la estrategia pedagógica y de los tutores.

##### **1. Autoevaluación**

El adjetivo “auto” se utiliza para significar que procede de sí mismo y en ese sentido es el aprendiz quién otorga desde sus aprendizajes y conocimientos previos los significados y sentidos a los contenidos en su proceso de construcción de conocimiento. Con base en estas observaciones, responda a las siguientes preguntas:

1. ¿Cuál es la importancia de la clasificación de una población en un estado?

2. ¿Como se estructura el estado territorialmente?
3. ¿Cuáles son los mecanismos para la fijación de las fronteras estatales?
4. ¿Cuáles son las interrelaciones de las funciones de los distintos órganos e instituciones del estado?
5. ¿Cuál es la dinámica de la formación de las leyes?
6. ¿Qué implicaciones tiene la iniciativa gubernamental en ciertos temas de formación de leyes?
7. ¿Cuáles son los mecanismos más idóneos para lograr un sistema control eficiente?
8. ¿Cuáles son las características de la organización territorial municipal?
9. ¿Cual es la importancia de conocer las funciones de alcaldes, gobernadores y demás funcionarios del ámbito territorial?
10. ¿Qué significa Estado Social de Derecho?

## **2. Coevaluación**

Haga circular **su ensayo** entre los otros integrantes del grupo de estudio y permita que ellos hagan una valoración de sus fortalezas y debilidades junto con sus dudas y críticas.

## **3. Heteroevaluación**

Entregue a su tutor las tareas asignadas, solicite determinación de los puntos débiles y trate de rehacer su trabajo teniendo en consideración sus observaciones.

## **4. Evaluación del tutor y del módulo**

Es conveniente además reportar al tutor las preguntas y dudas que surjan de la unidad para que así el redactor proceda a tomar las medidas del caso en las siguientes ediciones del texto.

Igualmente conviene hacer observaciones sobre el desempeño del tutor y sobre las recomendaciones de ayudas adicionales que contribuyan al logro de los objetivos de la unidad y del módulo.

## **4.14. RESULTADO DIDÁCTICO**

A este punto esperamos que usted esté en capacidad de **COMPRENDER**, **ANALIZAR** Y **EVALUAR** tanto la evolución como la estructura y el funcionamiento de las distintas instituciones y organismos del estado. También de **COMPRENDER** la importancia de las nuevas instituciones en la Carta de 1991 y sus principales fracasos. Igualmente esperamos que adquiera la capacidad de **CONOCER** y **COMPRENDER** las dinámicas horizontales y verticales que se generan entre las distintas ramas del poder público, a **CRITICAR** su eficacia y a **PROPONER** nuevos horizontes para sus contenidos y para su efectividad.

## **4.15. BIBLIOGRAFÍA**

### **1. Bibliografía utilizada en la Unidad**

- ABDULLAHI AHMED AN-NA'IM, "Toward a Cross Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights: The Meaning of Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment" en Abdullah Ahmed An-na'im (comp.), Human Rights in Cross-Cultural Perspectives, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1991 y Richard Falk, "Cultural foundations for the International

- Protection of Human Rights”.
- AGUILERA PEÑA, Mario. División política administrativa. Bogotá. Revista Credencial ¿?????
  - ÁLVAREZ LONDOÑO, Luis Fernando, SJ. Derecho Internacional Público. 2ª edición. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana.
  - BARROS JARPA. Manual de Derecho Internacional Público. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1964, p. 169 a 186.
  - CASTRO PERDOMO, César. El Congreso en Colombia. Senado de la República. T. I y II, Imprenta Nacional. 1988.
  - CHAHÍN LIZCANO, Guillermo. Elementos básicos del régimen constitucional y legal de los servicios públicos, Bogotá, EEB, 1998.
  - CHARRY Juan Manuel y FAJARDO Mauricio Véase el estudio adelantado por la ESAP en 1996, encomendada a los profesores.
  - CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Legis, obra en hojas sustituibles.
  - DE LA GUARDIA Ernesto y DELPECH Marcelo, “El Derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969”, Buenos Aires, edit. La ley, 1970.
  - DEL SANTO, Víctor. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1996.
  - DEUTSCH, Karl W. Política y Gobierno. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1976, p. 319.
  - ENTRENA CUESTA, Rafaél. Curso de Derecho Administrativo. Ed. Tecnos, Madrid, 1983. V. I.
  - GAVIRIA LIÉVANO, Enrique. Derecho Internacional Público, Universidad Externado de Colombia, 2ª ed. 1985.
  - GAVIRIA LIÉVANO. Derecho Internacional Público. Quinta Edición. Bogotá. Editorial Temis.
  - GAVIRIA LIÉVANO, Enrique, "Régimen jurídico de la órbita geoestacionaria y el espacio ultraterrestre", Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978.
  - GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. y otros. Curso de Derecho Internacional Público. Editorial Civitas S.A. Sexta Edición.
  - HAURUOU, André. Derecho Constitucional e instituciones políticas. Ed. Ariel. Barcelona, 1971.
  - HENAO HIDRÓN, Javier. Panorama del Derecho Constitucional Colombiano, 8ª edición, Bogotá. Editorial Temis, 1992.
  - LEONARD, E.G. Historia General del protestantismo. Ed. Península, Barcelona, 1967, T. II, p. 62.
  - LLERAS CAMARGO, Alberto. Mosquera uno de los más grandes de Colombia en Lecturas Dominicales, El Tiempo, octubre 8/78.
  - MADRID-MALO, Mario. Diccionario de la Constitución Política de Colombia. 2ª ed. Bogotá. Legis.1998.
  - MADRID MALO, Mario. El Presidente de la República. Bogotá. Documentos ESAP. 1990.
  - MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho Internacional Público. Bogotá. Editorial Temis S.A. 1995.
  - MOUSNIER, Roland. La monarquía absoluta en Europa. Ed. Taurus, Madrid. 1986.
  - MUÑOZ LAVERDE, Sergio. Constitución Política. Fundación social, 1993.
  - OSSA ARBELÁEZ Jaime. Derecho Administrativo Sancionador, Bogotá. Legis, 1999.

- PALACIOS MEJÍA, Hugo. Introducción a la teoría del Estado. Bogotá. Temis, 1965.
- RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. El Ombudsman en Tres ideas constitucionales. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1978.
- RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. La superstición codificada. Bogotá. Universidad externado de Colombia, 1986.
- REYES, Alfonso. Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1988.
- ROJAS ARBELÁEZ, Gabriel. El espíritu del derecho administrativo. Ed. Temis, Bogotá, 1985.
- ROZ Fermin. Historia de los estados Unidos. Ed. Plus-Ultra, Madrid, 1944, p. 84.
- SÁCHICA, Luis Carlos. Aproximación crítica a la Constitución de 1991. Cámara de Comercio de Bogotá, 1972.
- SAMPER, José María. Derecho Público interno de Colombia. Bogotá. Ed. Temis, 1982.
- SUDRE Frédérick, La convention européenne des droits de l'homme, Presses Universitaires de France, París.
- TORRES ZULETA., Gonzalo. La potestad reglamentaria del Jefe del Estado. Bogotá. Ed. Temis, 1979.
- VELAZQUEZ TURBAY Camilo. Derecho Constitucional, Bogotá. Ed. Universidad Externado.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas. Bogotá, 8ª ed. Legis, 1999.
- YOUNES, Diego. Derecho Constitucional colombiano. 4ª ed. Bogotá. Legis, 2001.
- YOUNES, Diego. Régimen del control fiscal y del control interno. 4ª ed. Bogotá. Legis. 1998.

### **Corte Constitucional – sentencias**

#### **1992**

- C. Const., Sent. C-517, sep. 15/92. M.P. Ciro Angarita Barón.  
 C. Const. Sent. C-563 de 1992.  
 C. Const., Sent. C-574, oct. 28/92. M.P. Ciro Angarita Barón.  
 C. Const., Sent. T-501, ago. 21/92. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.  
 C. Const., Sent. C-478, ago. 6/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.  
 C. Const., Sent. T-425, jun. 24/92. M.P. Ciro Angarita Barón.  
 C. Const., Sent. T-006, mayo 12/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.  
 C. Const., Sent. T-572, oct. 26/92. M.P. Jaime Sanín Greiffenstein.  
 C. Const., Sent. T-006, mayo 12/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

#### **1993**

- C. Const., Sent. C-104, mar. 11/93. M.P. Alejandro Martínez Caballero.  
 C. Const., Sent. C-114, mar. 25/93. M.P. Fabio Morón Díaz.  
 C. Const., Sent. C-337, ago. 19/93. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.  
 C. Const., Sent. C-276, jul. 22/93. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.  
 C. Const., Sent. C-4, ene. 14/93. M.P. Ciro Angarita Barón.

#### **1994**

- C. Const., Sent. C-423, sep. 29/94. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.  
 Salv. de Voto, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo  
 C. Const., Sent. C-024, ene. 27/94. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

C. Const., Sent. C-527, nov. 18/94. M.P. Alejandro Martínez Caballero.  
C. Const., Sent. C-80, feb. 28/94. M.P. Fabio Morón Díaz.

#### **1996**

C. Const., Sent. C-177, abr. 29/96. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.  
C. Const., Sent. C-275, jun. 20/96. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.  
C. Const., Sent. C-139 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.  
C. Const., Sent. T-405, ago. 23/96. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.  
C. Const., Sent. C-84, feb. 29/96. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

#### **1997**

C. Const. Sent. C-468 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.  
C. Const., Sent. C-151, mar. 19/97. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.  
C. Const., Sent. C-122/97, M.P. Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz

#### **1998**

C. Const., Sent. C-191, mayo 6/98. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.  
C. Const., Sent. C-541, jul. 28/99. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

#### **2000**

C. Const., Sent. C-1189, sep. 13/2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz.  
C. Const., Sent. C-1641, nov. 29/2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

#### **2001**

C. Const., Sent. T-1127 oct. 25/01. M.P. Jaime Araújo Rentería.  
C. Const. Sent. C-893 de 2001. M.P. Clara Ines Vargas Hernández. Relatoría.  
C. Const., Sent. C-774/2001. jul. 25/2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.  
C. Const., Sent. C-1051, oct. 4/2001. M.P. Jaime Araújo Rentería.

#### **2003**

C. Const., Sent. T-811, sep. 18/2003. M. P. Álvaro Tafur Galvis.  
C. Const. Sent. T-379 de 2003, M.P. Clara Inés Varga Hernández.  
C. Const., Sent. C-1200, dic. 9/2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.  
C. Const., Sent. C-67, feb. 4/2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.  
C. Const., Sent. C-551, jul. 9/2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

#### **2004**

C. Const., Sent. C-278, mar. 13/ 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y Manuel José Cepeda Espinosa.  
C. Const., Sent., C-120, feb. 17/2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.  
C. Const., Sent. C-103, feb. 10/2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.  
C. Const., Sent. C-68, feb 3/2004. M.P. Jaime Araújo Rentería.

#### **2005**

C. Const., Sent. T-321, abr. 4/2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.  
C. Const., Sent. C-208, mar.10/2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.  
C. Const., Sent. T-603, jun. 9/2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.  
C. Const., Sent. C-36, ene. 25/2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

#### **2006**

C. Const., Sent. T-583, jul. 26/2006, Exp. T-1327559. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

## 2007

C. Const., Sent. C-183, mar. 14/2007, Exp. D-6447. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.  
C. Const., Sent. T-244, mar. 30/2007, Exp. T-1120439. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

## Corte Suprema de Justicia

CSJ., Sala Plna, Sent. octubre 30/78.

CSJ, Cas. Penal. Sent. nov. 3/2004. Exp. 22072. M.P. Alfredo Gómez Quintero.

CSJ, Cas. Penal. Sent. jul. 31/2007. Rad. 31972. M.P. Mauro Solarte Portilla.

## Consejo de Estado

C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de febrero 5/73.

C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, sec. Primera, auto de abril 4/88.

C.E., S. Plena, Sent. sep. 5/94. Exp. AC-2052. M.P. Amado Gutiérrez Velásquez.

C.E., Sec. Quinta, Sent. mayo 22/95. Exp. 1181. M.P. Mirén de la Lombana de Magyaroff.

C.E., S. de Consulta. Conc.3765, dic. 11/96. M.P. César Hoyos Salazar.

C.E., S. Plena, Sent. 140. ago. 8/2000. Exp. S-140. M.P. *María Elena Giraldo Gómez*.

C.E., S. de Consulta. Conc.1445, oct. 10/2002. M.P. Augusto Trejos Jaramillo.

C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 13 de mayo de 2004, Radicación 5001-23-31-000-2003-00020-01.

C.E., Sec. Primera, Sent. nov. 21/2003. Exp. 2003-000-42-01. M.P. Camilo Arciniegas Andrade.

C.E., S. de Consulta. Conc.1583. agosto 26/2004. M.P. Gloria Duque Hernández.

C.E., Sec. Quinta, Sent. ago. 25/2005. Exp. 3635. M.P. Darío Quiñones Pinilla.

C.E., Sent. 3816, oct. 13/2005. M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá.

C.E., Sec. Tercera, Auto. jul. 6/2006. Rad. 25000232700020050172501. M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

C.E., Sent. 3765. abr. 6/2006. M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá.

C.E., Sec. Tercera, Auto. 29745. jul. 18/2007. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

C.E., Sent. 726, feb.22/2007. Rad. AP- 41001233100020040072601. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

C.E., S. de Consulta. Conc.1841, sep. 17/2007. M.P. (E). Enrique José Arboleda Perdomo.

## Paginas Webb

<http://www.inocar.mil.ec/boletin/geoestacionaria.php>.

Wikipedia

## 2. Bibliografía básica

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Códigos Básicos Legis, Bogotá, 2007. Compilación original a cargo de José Vicente Barreto R.
- DUVERGER, Maurice. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. Paris, Presses Universitaires de France, 1977, p. 85.
- ECHEVERRI URUBURU, Álvaro. *Teoría Constitucional y Ciencia Política*. Ed. Fondo de Publicaciones Fundación Educacional Autónoma de Colombia, Bogotá D.C. 1980.

- MADRID-MALO, Mario. Diccionario de la Constitución política. Bogotá. 2d ed. Legis, 1998.
- NARANJO MESA, Vladimiro. *Elementos de Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Ed. Indagraf, Bogotá D.C. 1984.
- PALACIOS MEJIA, Hugo. *Introducción a la Teoría del Estado*. Ed. Temis, Bogotá D.C. 1965.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas*. Ed. Legis, Bogotá D.C. Octava Edición 1999.
- YOUNES MORENO, Diego. *Derecho Constitucional Colombiano*, 4ª ed., Bogotá, Temis, 2001, p. 205.

**José Vicente Barreto**

Profesor ESAP  
Abogado  
Profesional en Ciencias Políticas y Sociales  
Comunicador social  
Especializado en derecho público  
Especializado en derecho penal  
[jvbarreto@gmail.com](mailto:jvbarreto@gmail.com)