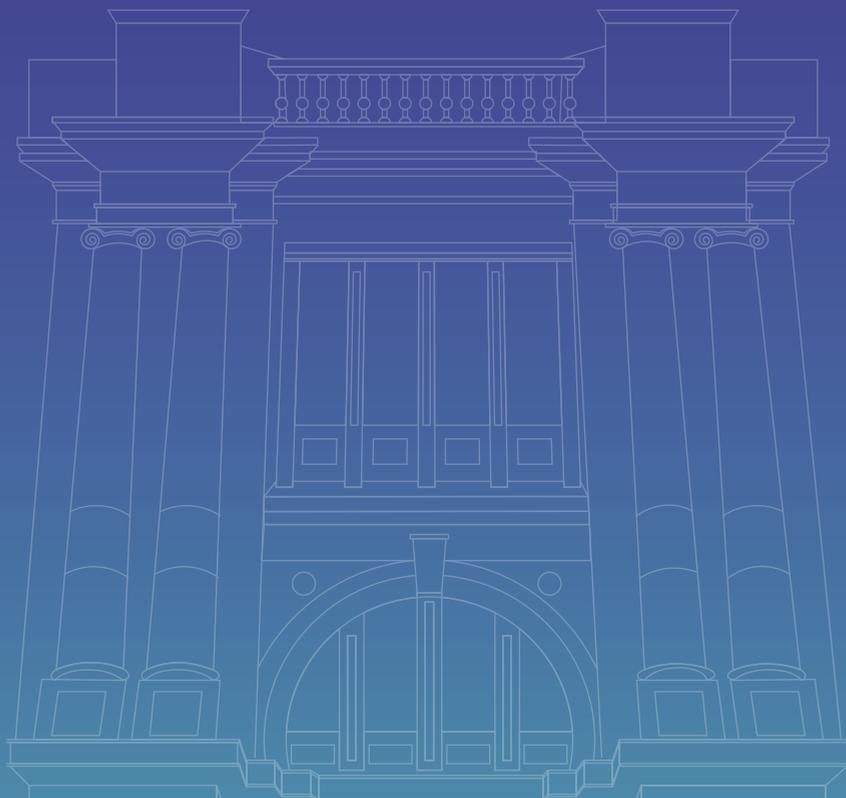


El constitucionalismo transformador de las realidades sociales y los ordenamientos jurídicos del mundo

Editor

Cristhian Alexander Pereira Otero



Editorial
Universidad de Nariño

èditorial

Universidad de **Nariño**

**El constitucionalismo transformador
de las realidades sociales y los
ordenamientos jurídicos del mundo**

El constitucionalismo transformador de las realidades sociales y los ordenamientos jurídicos del mundo

Editor

Cristhian Alexander Pereira Otero

El constitucionalismo transformador de las realidades sociales y los ordenamientos jurídicos del mundo / Cristhian Alexander Pereira Otero, editor ; Alejandro Felipe Sánchez ... [et al.]—1ª. ed. --San Juan de Pasto : Editorial Universidad de Nariño, 2024

316 páginas

Incluye referencias bibliográficas al final de cada capítulo y reseña de los autores p. 310-315

ISBN: 978-628-7679-95-5 Impreso

ISBN: 978-628-7679-96-2 Digital

1. Derecho constitucional 2. Constitucionalismo 3. Derecho Constitucional—Aspectos sociopolíticos 4. Derecho Constitucional y Derecho Penal 5. Derecho Constitucional y Derecho Internacional 6. Derecho Constitucional y Derecho Administrativo 7. Democracia 8. Estado Constitucional. I. Sánchez, Alejandro Felipe II. Vela Orbeagozo, Bernardo III. Bonett Ortiz, Samir Alberto IV. Martínez Noguera, Carlos Eduardo V. Pereira Otero, Cristhian Alexander VI. Aranda Álvarez, Elviro VII. Álvarez Larrondo, Federico VIII. Martínez Dalmau, Rubén IX. Quinche Ramírez, Manuel Fernando X. Ibarra Martínez, Fredy XI. Cárdenas Caycedo, Omar Alfonso XII. Burbano Villamarín, Kenneth XIII. Palacios Parra, Diego Alejandro XIV. Castro Calvache, John Jairo XV. Goyes Moreno, Isabel XVI. Hidalgo Oviedo, Mónica

342 C758c – SCDD-Ed. 22



SECCIÓN DE BIBLIOTECA

El constitucionalismo transformador de las realidades sociales y los ordenamientos jurídicos del mundo

© Editorial Universidad de Nariño

© Editor: Cristian Alexander Pereira Otero

© Alejandro Felipe Sánchez, Bernardo Vela Orbeagozo, Samir Alberto Bonett Ortiz, Carlos Eduardo Martínez Noguera, Elviro Aranda Álvarez, Federico M. Álvarez Larrondo, Rubén Martínez Dalmau, Manuel Fernando Quinche Ramírez, Fredy Ibarra Martínez, Omar Alfonso Cárdenas Caycedo, Kenneth

Burbano Villamarín, Diego Alejandro Palacios Parra, John Jairo Castro Calvache, Isabel Goyes Moreno, Mónica Hidalgo Oviedo

ISBN (impreso): 978-628-7679-95-5

ISBN (digital): 978-628-7679-96-2

Primera edición

Corrección de estilo: María Andrea Vergara Gamarra

Diseño y diagramación: Nathaly Johana Rivadeneira

Apoyo profesional en proceso editorial: Juan Pablo Rosero Gomajoa

Monitor: Luis Alejandro Muñoz Bolaños

Fecha de publicación: Octubre 28 de 2024

San Juan de Pasto - Nariño - Colombia

Prohibida la reproducción total o parcial, por cualquier medio o con cualquier propósito, sin la autorización escrita de su Autor o de la Editorial Universidad de Nariño

Autoridades Académicas y Administrativas

Rector

Jairo Antonio Guerrero García

Vicerrector Académico

Giraldo Javier Gómez Guerra

Vicerrector Administrativo

Hugo Ruiz Eraso

Vicerrector de Investigación e Interacción Social - VIIS

William Ballesteros Possú

Secretaria General

Fernanda Elizabeth Carrión Pérez

Jefe de la Oficina de Planeación y Desarrollo

Martha Lucía Enríquez Guerrero

Decano Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Leonardo Enríquez Martínez

Director CIESJU – Centro de Investigaciones y Estudios Socio Jurídicos

Cristhian Alexander Pereira Otero

Directora Consultorios Jurídicos y Centro de Conciliación

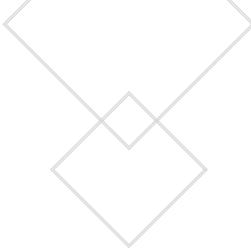
«Eduardo Alvarado Hurtado»

Mariana Elizabeth Benavides Bastidas



Universidad de **Nariño**
FUNDADA EN 1904

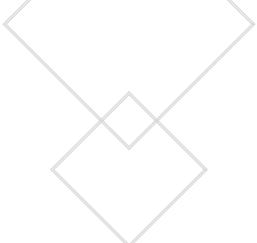




Contenido

Introducción.....	10
I. Transformaciones del derecho y el constitucionalismo	
¿Qué tiene de nuevo el nuevo constitucionalismo latinoamericano?	14
Constitucionalismo transformador, constitucionalización del derecho y práctica social.....	28
La fórmula de Radbruch, una herramienta que potencializa el control de constitucionalidad.....	42
La inconvencional reelección presidencial indefinida.....	49
II. Derecho constitucional y derecho internacional	
El autoritarismo soberanista de la política exterior latinoamericana y la prevalencia del derecho interno sobre el derecho internacional.....	66
El derecho constitucional económico europeo tras la crisis del COVID-19.....	94
III. Derecho constitucional y derecho penal	
Justicia restaurativa: Aplicación en acuerdos y principios de oportunidad en el proceso penal.....	109
La naturaleza epistemológica del proceso penal en el control judicial a los preacuerdos.....	125

IV. Derecho constitucional y derecho administrativo	
Responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por el hecho de la ley	142
V. Tecnología en innovación en el derecho constitucional	
Inteligencia Artificial, internet, tecnología y ¿la obsolescencia programada de los Estados?.....	181
Repensar el debido proceso: Inteligencia Artificial (IA) y decisión judicial.....	196
VI. Derecho laboral y autonomía universitaria en el derecho constitucional	
La transformación del derecho del trabajo a partir de la Constitución de 1991	223
La elección democrática de las autoridades académicas en la Universidad de Nariño: Una reivindicación del principio constitucional de la autonomía universitaria.....	237
VII. Derechos humanos y movimientos sociales en el derecho constitucional	
El bien jurídico de la seguridad pública: límites y alcances en su interpretación bajo el contexto de la protesta social en Colombia.....	259
Constitucionalismo y feminismo: encuentros y tensiones.....	272
Conclusiones generales	307
Presentación de los autores	310



Introducción

Reflexionar en cuanto al constitucionalismo transformador es imprescindible en las agendas académicas de hoy en día, máxime en escenarios de crisis, desigualdad y emergencia que han llevado a los Estados y organismos internacionales a desarrollar acciones en clave de derecho constitucional y con enfoque de derechos humanos respectivamente, y encontrar respuestas institucionales para superarlos. Estas nuevas realidades impactan el quehacer del derecho constitucional y su constante transformación que llevó en un primer momento a la constitucionalización del derecho y posteriormente a un constitucionalismo que transforma realidades sociales, políticas, económicas para cumplir con los cometidos estatales, consagrados en los contratos sociales que se dieron las naciones.

Así entonces, esta obra resultado de un proceso de investigación que convoca a respetados juristas, académicos y jueces del país y el mundo, aterriza sus reflexiones y análisis en torno a la categoría del constitucionalismo transformador y su incidencia en los diferentes ámbitos del derecho para avanzar en los cambios sociales, políticos y económicos.

La investigación adoptó una metodología que tuvo como base el paradigma cualitativo con enfoque hermenéutico (Bernal, 2016),

los métodos empleados fueron el deductivo y la lógica jurídica (García, 2015), con el fin de garantizar la comprensión del fenómeno jurídico del constitucionalismo transformador en un análisis concreto, y así dar lugar a la definición de conceptos enmarcados en la doctrina y en la norma jurídica.

Las páginas de este trabajo, las cuales agrupan narrativas con fuerza argumentativa y reflexiva, se constituyen en un aporte que emerge desde el sur, compuesto por nuevas epistemologías que invitan a repensar el constitucionalismo desde su matiz transformador y que encuentran eco en el desarrollo del X Congreso Internacional de Derecho Constitucional que organiza periódicamente el Centro de Investigaciones y Estudios Socio Jurídicos - CIESJU de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño.

La obra se distribuye en capítulos con siete ejes temáticos que abordan desde las características e impactos del constitucionalismo en el derecho y el constitucionalismo latinoamericano, la relación del derecho constitucional y el derecho internacional, la incidencia del constitucionalismo en los debates actuales del derecho penal, la constitucionalización del derecho administrativo en temas de responsabilidad del Estado, el constitucionalismo, los derechos humanos y movimientos sociales, el derecho laboral y la autonomía universitaria en el constitucionalismo colombiano y finalmente el constitucionalismo en la era digital.

Este libro, continúa el propósito de contribuir al fortalecimiento de la cultura constitucional en la región, el país, Latinoamérica y el mundo, pues su análisis está dirigido a la defensa de la tríada que la edad contemporánea trajo: el Estado constitucional, la democracia y los derechos humanos.

Finalmente, es necesario agradecer al Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Dr. Leonardo Enríquez Martínez, por su impulso a la política de investigación e internacionalización en la Facultad, al equipo CIESJU por su valioso trabajo en el proceso administrativo y logístico para el desarrollo de esta investigación, y, desde luego, a la editorial de la Universidad de Nariño por su importante aporte para entregar esta obra a la comunidad jurídica del país y el mundo.

CRISTHIAN ALEXANDER PEREIRA OTERO

Editor

Referencias

Bernal, C. (2016). *Metodología de la investigación*. Pearsons.

García, D. (2015). La metodología de la investigación jurídica en el siglo XXI. En W. A. Godínez Méndez y J. H. García Peña (Coords.). *Metodologías: enseñanza e investigaciones jurídicas. 40 años de vida académica. Homenaje al doctor Jorge Witker* (pp. 449-465). UNAM. <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/12863>



I

**TRANSFORMACIONES
DEL DERECHO Y EL
CONSTITUCIONALISMO**

¿Qué tiene de nuevo el nuevo constitucionalismo latinoamericano?

Rubén Martínez Dalmau

Resumen

Las experiencias del constitucionalismo democrático latinoamericano en su última fase, conocidas habitualmente como *nuevo constitucionalismo*, cuentan ya con décadas de vigencia. Es un periodo de tiempo suficiente para empezar a considerar la evolución del nuevo constitucionalismo y evaluar si han conseguido alcanzar el objetivo emancipador que dieron origen a las nuevas constituciones. Se han elegido dos vectores de análisis que suelen ser subrayados por la doctrina: la originalidad y el fundamento democrático, y la intervención de los sustratos contrahegemónicos en los pueblos originarios con la elaboración de nuevas epistemologías.

Palabras clave: constitucionalismo democrático, nuevo constitucionalismo latinoamericano, democracia, pueblos indígenas, derechos de la naturaleza.

Abstract

The experiences of Latin American democratic constitutionalism in its last phase, commonly known as new constitutionalism, are already decades old. It is a sufficient period to begin to consider the evolution of the new constitutionalism and evaluate whether they have managed to achieve the emancipatory objective that gave rise to the new

constitutions. Two vectors of analysis have been chosen that are usually highlighted by the doctrine: originality and the democratic foundation, and the intervention of counterhegemonic substrates in native peoples with the development of new epistemologies.

Keywords: democratic constitutionalism, new Latin American constitutionalism, democracy, indigenous peoples, rights of nature.

Introducción. de las constituciones latinoamericanas al constitucionalismo latinoamericano

En las últimas tres décadas se ha escrito más del constitucionalismo latinoamericano que en los dos siglos anteriores. No solo en América Latina: en estos momentos es habitual encontrar núcleos de investigación sobre constitucionalismo latinoamericano en universidades y centros de investigación de los cinco continentes, y los artículos y libros sobre constitucionalismo latinoamericano se publican en las mejores revistas y editoriales del mundo. El constitucionalismo latinoamericano se construye por fin como categoría propia, orgulloso de sus virtudes y de sus defectos. Antes solo lo hacía tímidamente, o en relación con los fundamentos teóricos del Estado (Pantoja, 1973). Eran las *constituciones latinoamericanas* que, únicamente de manera accidental y modesta, se referían al constitucionalismo latinoamericano y preferían referirse a las constituciones individualmente consideradas (Ortiz-Álvarez y Lejarza, 1997). En estos momentos ya no es así: son decenas de artículos y libros anuales que investigan sobre el constitucionalismo latinoamericano como categoría autónoma.

Pero se trata de una categoría, nuevo constitucionalismo, que no se configura como limitante, sino que incluye en su sustancia la pluralidad propia de América Latina. Porque el constitucionalismo latinoamericano cuenta con elementos sustantivos que lo diferencian

de otras categorías más asentadas en Derecho constitucional comparado; pero también incorpora en su naturaleza las diferencias que lo hacen vivo y objeto de estudio. En este sentido, el constitucionalismo latinoamericano reúne en su seno a los constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, en términos de Attard, (2023, p. 92). El nuevo constitucionalismo como expresión no se construye desde un significado limitativo, sino de apertura a las pluralidades que forman parte y se expresan en el continente.

Este escrito tiene la intención crítica de sintetizar algunos de los avances que se consideran más relevantes en la evolución del nuevo constitucionalismo. Se han elegido dos vectores que ocupan los primeros planos en los análisis sobre la materia: la construcción categórica de un constitucionalismo democrático original que deja atrás la época de las adaptaciones acríicas foráneas, y la vigencia de estructuras sociales indígenas originarias que obraron en la generación y desarrollo de los Estados contemporáneos, y que han repercutido de manera decisiva en la construcción de epistemologías contrahegemónicas y el desarrollo del denominado giro ecocéntrico (Dalmau y Viciano, 2011; Dalmau, 2016, 2017, 2018, 2019).

Democracia y constitucionalismo original

El constitucionalismo fundacional latinoamericano se construyó a partir de los procesos emancipadores durante el siglo XIX con un claro modelo a evitar: el europeo, en aquel momento hegemónico. Con independencia de algunas veleidades y pocas experiencias concretas (Haití, México, Brasil), ninguno de los nuevos Estados se configuró como monarquía y, por lo tanto, abrazaron a la república como forma de Estado. El modelo para seguir no podía ser otro que el norteamericano, por cuanto se trataba de colonias que se habían declarado independientes con

éxito a finales del siglo XIX y habían ganado la guerra contra la mayor potencia mundial del momento: Inglaterra. Por esa razón, hasta la constitución mexicana de 1917 —verdadero inicio del constitucionalismo social en América Latina y en el mundo—, el constitucionalismo liberal conservador latinoamericano bebió de las fuentes del constitucionalismo norteamericano, adaptando rasgos tan definatorios de aquel como el bicameralismo, la organización judicial, el federalismo (en casos como Venezuela, México, Colombia o Argentina) y el sistema de control difuso de la constitucionalidad.

El elemento más importante de la influencia norteamericana fue la presencia del presidencialismo y, salvo casos esporádicos, el menosprecio del parlamentarismo que no se adaptaba por sus condiciones a las necesidades de las élites en el poder. Se trata de sistemas presidencialistas que, de acuerdo con el clásico parámetro de Linz (2013, p. 12), son más inestables y conducen a profundas divisiones políticas. Si a ello le añadimos, como afirma Gargarella (2016, p. 158), que la adaptación del constitucionalismo norteamericano por parte de América Latina no se realiza tal cual, sino a través de una lectura que “conservaduriza” el modelo original, favorece la concentración del poder político y del territorio de un modo desconocido en los Estados Unidos, al tiempo que se compromete inconsistentemente en sus partes dogmáticas, podemos entender que este constitucionalismo adaptado no obedecía al rigor del modelo, sino a las condiciones y necesidades de las élites dominantes en un momento histórico.

El avance que constituyó Querétaro en la segunda década del siglo XX no tuvo repercusión general inmediata en América Latina. Algunas constituciones avanzaron hacia una democracia de mayor intensidad y con elementos participativos en la mitad del siglo, como fue el caso de

Costa Rica en 1949. La influencia de la Constitución mexicana sería más profunda con los procesos democratizadores posteriores a los periodos dictatoriales, ya en la segunda mitad del siglo XX, en los cuales los derechos sociales se constituirían como el eje vertebrador de los textos constitucionales. Es el caso de la Constitución peruana de 1979 y, con mayor énfasis, la Constitución “ciudadana” de Brasil de 1988 (Attard et al., 2021), se trata, sin duda, de avances de enorme relevancia en la evolución constitucional latinoamericana, pero que finalmente no rompen con las características de adaptación que implica un constitucionalismo trasplantado.

El giro se produjo en la década de los noventa del siglo XX con el proceso constituyente colombiano, que supuso un antes y un después en los procesos constituyentes latinoamericanos por su carácter popular. Con la séptima papeleta se instauró el gran hito democrático de la década por su impugnación a la creencia formalista de la preeminencia del derecho sobre la voluntad democrática. La protesta social se levantó contra un momento destituyente en un tiempo en el que el país, como afirma Amaya (2013), enfrentaba diferentes tipos de violencia, como el narcoterrorismo, las acciones de los grupos armados al margen de la ley, la corrupción del Estado y el asesinato de líderes políticos y de ciudadanos. Suele categorizarse a la Constitución colombiana de 1991 como una Constitución del Estado Social, y está demostrado que implica un avance en este sentido y que contó con numerosas influencias del constitucionalismo social europeo posterior a la Segunda Guerra Mundial; pero también lo es que proviene de un proceso constituyente inédito que escaló los firmes muros de la Constitución de 1886, definió un modelo sustantivamente diferente en el continente respecto —por citar un ejemplo— la toma en consideración de la otredad indígena (Pérez, 2020, p. 132), y que realizó un esfuerzo formidable para crear su propia

forma constitucional; siendo consciente de sus deudas con la evolución del constitucionalismo, buscó diferenciarse de modelos anteriores y escribir una nueva página en la historia del país. En este sentido, la mayor parte de la doctrina entiende que la Constitución colombiana de 1991, con todos los aciertos y defectos que pudiera contener, es la primera de las constituciones del denominado *nuevo constitucionalismo latinoamericano* (Matías, 2016, p. 39).

Desde la experiencia colombiana de 1991, hasta las características más marcadas en la Constitución boliviana de 2009 (Storini y Ávila, 2022), de dimensiones difícilmente reconocibles en los modelos constitucionales comparados, el carácter innovador de las nuevas constituciones ha crecido exponencialmente adaptadas a las necesidades de los pueblos que las han emprendido; no solo en la materia tratada (significado), sino en la forma de expresión y el rescate de significantes. No es sorprendente que, debido a esta conjunción entre sustancia y forma, el carácter innovador y la originalidad de las nuevas constituciones hayan sido algunos de los rasgos más reconocibles del nuevo constitucionalismo. Santos (2007, p. 39) lo ha denominado, en portugués, *constitucionalismo experimental*, que podríamos traducir como un constitucionalismo generado desde la experiencia; aquella experiencia propia de las contingencias y condiciones latinoamericanas que emergen como constructores de procesos constituyentes originales, y que correlativamente generan constituciones originales que, aunque son conscientes de su pertenencia al tronco común del constitucionalismo, nacen por fin desprendidas de hipotecas con el pasado y con el contexto.

Ante la inhabilidad, conjugada con la falta de voluntad, del viejo constitucionalismo para resolver problemas sociales fundamentales, el nuevo constitucionalismo latinoamericano ha sido capaz de construir

una nueva institucionalidad y determinadas características que, finalmente, tienen como objetivo promover la integración social, crear un mayor bienestar y —posiblemente el rasgo más reconocible— establecer nuevas formas de participación que legitimen el ejercicio de gobierno y que integren a la población latinoamericana históricamente marginada y excluida de las tomas de decisiones.

Nuevas epistemologías contrahegemónicas y el giro ecocéntrico

La liberación de los limitantes foráneos no deseados en los procesos de emancipación latinoamericanos propios del nuevo constitucionalismo ha construido un modelo alternativo a los clásicos, principalmente el constitucionalismo liberal y el constitucionalismo social. Respecto a este último, cuyo aporte al desarrollo del Estado social y la pervivencia de los derechos sociales es indudable, el nuevo constitucionalismo avanza en mayor medida hacia la exigibilidad. En el Viejo continente, el constitucionalismo social no fue capaz de poner el énfasis en la normatividad de los derechos, de manera que la construcción económica del libre mercado se superponía a cualquier posibilidad de generación de normatividad desde las garantías constitucionales. El resultado fue la falta de respuestas constitucionales en el momento en que las condiciones ya no estaban dadas para el sostenimiento del Estado social: el pacto capital-trabajo, producto de la última transformación del Estado liberal, respondió a la necesidad de aumentar su legitimidad y recalcar sus capacidades frente a amenazas fascistas y comunistas. Una vez erradicadas estas amenazas, muchos países de Europa se han enfrentado a un desmantelamiento paulatino del Estado social, que ha desembocado en desmotivación, por un lado, y en resistencia, por el otro (Viciano y Martínez, 2017, p. 16).

El caso latinoamericano evolucionó en sentido contrario debido a que la construcción del Estado social en América Latina es una deuda largamente pendiente y nunca concluida. Esta construcción ha sido históricamente obstaculizada por factores internos y externos, y el Estado social, salvo excepciones, ha constituido para las sociedades latinoamericanas más un deseo que un objetivo alcanzable. Pero las nuevas constituciones, a partir de la década de los noventa del siglo XX, se han conformado como una oportunidad histórica de construir un modelo propio de Estado social latinoamericano que, por cuanto intenta ir más allá del europeo, parece avanzar hacia la superación del Estado social hacia un Estado constitucional en sentido material (Viciano y Martínez, 2017, p. 16). Las constituciones del nuevo constitucionalismo subrayan la exigibilidad de los derechos y dedican buena parte de su articulado a las garantías, especialmente las procesales, además de crear su propia *identidad del porqué*, el propósito de las constituciones emancipadoras: el vivir bien en sus diferentes definiciones autóctonas —*sumak kawsay*, *suma qamaña*— desde la búsqueda de un denominador común entre la culturas y diversidades del continente. En definitiva, las dificultades para levantar Estados sociales en América Latina obedecen a factores económicos y de poder, pero el camino jurídico-constitucional está expedito.

Donde más se aprecia la desobediencia a los mandatos impuestos por el constitucionalismo hegemónico en el nuevo constitucionalismo es en el cuestionamiento del concepto Estado-nación y la apertura a nuevas formas de composición constituyente desde la territorialidad. Los sujetos políticos principales en este sentido son los pueblos indígenas originarios, acompañados de colectividades conformadas en los últimos siglos a raíz de los procesos de colonización impuestos por las metrópolis, como los afros, los mestizos o las comunidades campesinas, que hoy reivindican desde posiciones contrahegemónicas su rol en la Constitu-

ción. Fueron las resistencias de los pueblos originarios a la construcción del Estado-nación las que hicieron plausible la posibilidad de soñar con construcciones plurinacionales desde el territorio. Los avances fueron importantes en la Constitución colombiana de 1991, en la venezolana de 1999 y en la ecuatoriana de 2008, cuyo primer artículo define al Estado como plurinacional.

Pero fue en la configuración de la plurinacionalidad en el texto constitucional boliviano de 2009 donde se dio la oportunidad de expandir el potencial constituyente contrahegemónico desde tres ejes: el territorial, con la capacidad de los pueblos indígenas originarios campesinos de consolidarse en territorios y autonomía indígenas, aplicando sus leyes e impartiendo la justicia a través de sus formas propias; el dogmático, incorporado en el amplio catálogo de derechos de los pueblos originarios que determina la Constitución; y el orgánico, a través de la presencia del constructo plurinacional en la conformación del Estado y, en particular, del Tribunal Constitucional Plurinacional. En definitiva, como afirman Wolkmer y Radaelli (2017, p. 48), este nuevo constitucionalismo de tenor pluralista y transformador representa un momento de ruptura histórica y teórica que afirma la identidad latinoamericana. Se trata, dicen, de una propuesta de descolonización en el ámbito epistemológico. No se queda en la pura forma, como podría ocurrir en las constituciones adaptadas, sino que entra en la sustancia constituyente y genera una nueva forma de relación de los grupos presentes en la sociedad, incorporando por primera vez a los más vulnerables y a los históricamente marginados.

Un indicador de enorme relevancia en estas nuevas epistemologías contrahegemónicas es el denominado *giro ecocéntrico*, que se materializa en particular en el reconocimiento de la naturaleza como sujeto

de derechos y la generación de una nueva relación entre el ser humano y el mundo natural del que forma parte. No podría ser de otro modo si consideramos la presencia firme de reclamaciones y aportes de los pueblos originarios en los procesos constituyentes; pueblos originarios cuyas cosmovisiones han comulgado con esta visión del ser humano en la naturaleza, y no del ser humano y la naturaleza propia del pensamiento antropocéntrico. Pocos componentes podemos considerar más hegemónicos que los cimientos antropocéntricos de la cultura occidental, cuya relación con la naturaleza, en especial a partir del cristianismo en la Edad Antigua y, ya en la modernidad, del humanismo, ha sido cuanto menos de alejamiento.

Por el contrario, en 2008 el artículo 10 de la Constitución ecuatoriana escribió el primer precepto constitucional del mundo que reconoció la titularidad jurídica de la Naturaleza. Fue tan sencillo como incluir en la Constitución que “la Naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”, y su desarrollo se encuentra en el capítulo séptimo del Título II (“Derechos”); estas previsiones constitucionales han servido de argumento para decisiones jurisprudenciales como la de la Corte Provincial de Justicia de Loja reconociendo los derechos del río Vilcabamba (2011, Juicio No. 11121-2011-0010), o la de la Corte constitucional sobre el reconocimiento de los derechos del Bosque protector Los Cedros (2021, caso No. 1149-19-JP/20). Aunque el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos pueda parecer un simple precepto constitucional, sus consecuencias son profundas porque, como afirma Bagni (2021, pp. 42-43) el reconocimiento de los derechos de la Naturaleza es un primer paso hacia la realización de un cambio sistémico, la construcción de un derecho ecológico y de un paradigma jurídico relacional que encuentra su fundamento en la consideración del ser humano en perspectiva ecosistémica. “Se trata de una invitación

a hacer más democráticas nuestras sociedades y a no declinar responsabilidades frente a otros seres”.

Hoy en día, países como Nueva Zelanda, Estados Unidos, Bolivia, España, México o Canadá han reconocido en sus leyes a la naturaleza como sujeto de derechos. En una gran parte de ellos este reconocimiento ha ido de la mano de la generación de vehículos de emancipación para los pueblos originarios. Como afirman Carducci y Amaya (2016, p. 272) estamos ante un nuevo constitucionalismo de la biodiversidad: “sobre la base de una democracia “ecosistémica” que busca conservar la biodiversidad a través del reconocimiento de la co-evolución entre naturaleza y cultura, el Constitucionalismo latinoamericano se presenta como la expresión de un constitucionalismo contra-hegemónico”, afirman.

Conclusiones

La pregunta que introduce este texto, qué tiene de nuevo el nuevo constitucionalismo, se responde después del análisis del origen democrático de las constituciones, de los avances de los textos y de la capacidad de transformación de su aplicación. Es cierto que el constitucionalismo latinoamericano —como todos los constitucionalismos, en verdad, y, más todavía, como todos los sistemas jurídicos— adolece de problemas de aplicación, y que las velocidades de transformación no son muchas veces las esperadas desde una lectura sociológica de los procesos constituyentes; pero también lo es que los procesos corren a su velocidad y crean condiciones materiales de cambio que, aunque deben ser consideradas hoy, solo serán fiablemente medibles a largo plazo.

En este trabajo hemos explicado dos de las características que responden a qué tiene de nuevo el nuevo constitucionalismo latinoamericano: su fundamento democrático y la construcción de un constitucionalismo propio, liberado —al menos en parte— de la losa de lo que según

estándares foráneos deberían ser las constituciones; y la construcción de una nueva epistemología que responda a las necesidades y condiciones del continente, y no a las exigencias externas propias del sistema hegemónico.

Referencias

- Amaya, R. (2013). Democratización sin represión, excepción en el caso colombiano: el movimiento estudiantil de la Séptima Papeleta o Todavía podemos salvar a Colombia. *Revista de Derecho Público*, (30), 1-27. <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.30.2013.01>
- Attard, M. (2023). *La acción popular boliviana y el modelo polifónico de justicia constitucional*. Pireo.
- Attard, M., Emerique, L., Martínez Dalmau, R. y Viciano, R. (2021). *Sistemas constitucionales de América Latina*. Pireo.
- Bagni, S. (2021). Los aportes de los derechos de la naturaleza en la construcción de un paradigma relacional de los derechos. En R. Martínez Dalmau (Dir.). *La lucha contra el cambio climático y el reconocimiento de los derechos de la naturaleza: sinergias de la cooperación mediterránea* (15-47). Pireo.
- Carducci, M. y Amaya, L. (2016). Nuevo constitucionalismo de la biodiversidad vs neoconstitucionalismo del riesgo. *Seqüência*, (73), 255-284.
- Gargarella, R. (2016). Doscientos años de constitucionalismo latinoamericano: Los Estados Unidos y América Latina frente a frente. En D. Bonilla. (Comp.). *El constitucionalismo en el continente americano* (157-194). Siglo del Hombre.

- Linz, J. (2013). Los peligros del presidencialismo. *Revista Latinoamericana de Política Comparada*, (7), 11-31.
- Martínez Dalmau, R. (2016). Democratic Constitutionalism and Constitutional Innovation in Ecuador. The 2008 Constitution. *Latin American Perspectives* 43(206), 158-174.
- Martínez Dalmau, R. (2017). El Estado como problema en el constitucionalismo latinoamericano y la Constitución de Querétaro de 1917. *Argumenta Journal Law* (27), 309-336.
- Martínez Dalmau, R. (2018). **¿Han funcionado las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano?** *Cultura Latinoamericana* 28(2), 138-164.
- Martínez Dalmau, R. (2019). Fundamentos para el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, En L. Estupiñán, C. Storini, R. Martínez Dalmau y F. De Carvalho Dantas. (Eds.), *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático* (pp. 31-47). Universidad Libre.
- Matías, S. (2016). La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. *Diálogo de Saberes*, 44, 29-44.
- Ortiz-Álvarez, L.A. y Lejarza, J. (1997). *Constituciones latinoamericanas*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- Pantoja, D. (1973). *La idea de soberanía en el constitucionalismo latinoamericano*. UNAM.
- Pérez, S. (2020). *La otredad indígena en los procesos constituyentes de Colombia 1991, Venezuela 1999, Ecuador 2008 y Bolivia 2009*. Universidad Externado de Colombia.

- Santos, B. (2007). *La reinención del Estado y el Estado Plurinacional*. CENDA.
- Storini, C. y Ávila, R. (2022). *El proyecto de Constitución de Chile: aportes al debate desde Ecuador*. Universidad Andina Simón Bolívar.
- Viciano, R. y Martínez Dalmau, R. (2011). El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 9, 1-24.
- Viciano, R. y Martínez Dalmau, R. (2017). Crisis del Estado social en Europa y dificultades para la generación del constitucionalismo social en América Latina. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 21, 1-19.
- Wolkmer, A. C. y Radaelli, S. M. (2017). Refundación de la teoría constitucional latinoamericana. *Derechos y libertades*, 37, 31-50.

Constitucionalismo transformador, constitucionalización del derecho y práctica social

Manuel Fernando Quinche Ramírez

Resumen

Este artículo se desarrolla alrededor de dos temas: el constitucionalismo transformador y la constitucionalización del derecho. En este sentido, aborda cada uno de los conceptos, explora sus características y describe la manera como se despliegan en el escenario colombiano. Su objetivo es el de cruzar e integrar los conceptos de constitucionalismo transformador y de constitucionalización de derecho, en el sentido de identificar los elementos y características de una práctica social que se desarrolla alrededor de ese par de procesos en Colombia.

Adicionalmente, plantea que el constitucionalismo transformador y la constitucionalización del derecho, permiten identificar el nacimiento y desarrollo de una práctica social peculiar, dispuesta alrededor de la justicia constitucional.

Palabras clave: constitucionalismo transformador, justicia constitucional, constitucionalización del derecho, práctica social.

Abstract

This paper is developed around two themes: transformative constitutionalism and the constitutionalization of law. In this sense, it addresses

each of the concepts, explores their characteristics and describes the way in which they are deployed in the Colombian scenario. Its objective is to cross and integrate the concepts of transformative constitutionalism and constitutionalization of law, in the sense of identifying the elements and characteristics of a social practice that develops around that pair of processes in Colombia.

Additionally, it states that transformative constitutionalism and the constitutionalization of law allow us to identify the birth and development of a peculiar social practice, arranged around constitutional justice.

Keywords: transformative constitutionalism, constitutional justice, constitutionalization of law, social practice.

El constitucionalismo transformador

El concepto de constitucionalismo transformador ha sido adjudicado a Karl Klare, un profesor perteneciente a la corriente de los *critical legal studies*, quien lo utiliza para “describir un proceso a largo plazo de elaboración, interpretación y aplicación de la Constitución, con el fin de transformar las instituciones políticas y sociales y las relaciones de poder de manera que sean más democráticas, inclusivas e igualitarias” (Von Bogdandy. 2022, p. 35).

Alrededor del constitucionalismo transformador existe cierto consenso en señalar que se trata de una aportación específica del “sur global” al constitucionalismo occidental, y que la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia contribuye a su desarrollo. La idea central de este tipo de constitucionalismo afirma que, desde la Constitución, la justicia constitucional, los tribunales internacionales de derechos humanos y las prácticas de sus actores (los ciudadanos participantes, los tribunales y los grupos sociales actuantes), es posible

modificar o transformar tres cosas: las instituciones políticas, las instituciones sociales y las relaciones de poder.

El constitucionalismo transformador consiste en una propuesta y en un enfoque, que confía en el poder igualador y progresista del derecho, especialmente del derecho constitucional, de la justicia constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, como elementos determinantes para la construcción y el establecimiento de sociedades democráticas. Parte de sus propuestas han sido recibidas con entusiasmo por sectores progresistas de los estudiantes, los abogados, la judicatura y los movimientos sociales en algunos países andinos.

Roa vincula el constitucionalismo transformador con el constitucionalismo fuerte, y señala como algunas de sus características (2020) la inclusión, la idea del diálogo, las dinámicas necesariamente activistas de la función judicial en escenarios como el latinoamericano, la tarea que tienen los jueces de representar los intereses de los excluidos, el compromiso con la igualdad material y el proyecto social contenido en la Constitución Política, el rechazo de las soluciones estrictamente tecnocráticas sobre los derechos económicos y sociales, la internacionalización del derecho constitucional, afirmar la última palabra más en los jueces que en el presidente y resistir instrumentos tradicionales del constitucionalismo débil, como los exhortos.

El constitucionalismo transformador tiene en la base modelos operativos y justificatorios, cuyas corrientes más notables son el neoconstitucionalismo, el nuevo constitucionalismo latinoamericano, la internacionalización del derecho y, más recientemente, el *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano* - ICCAL, propuesto como una tendencia original de la Región, encaminada a la realización del constitucionalismo transformador, que:

Se caracteriza por la combinación de la investigación académica sobre el derecho nacional e internacional, una mentalidad comparativa y una orientación metodológica hacia los principios, en concreto, hacia la tríada: derechos humanos, democracia y Estado de derecho. Su lógica es incremental y los derechos son su principal enfoque instrumento (Von Bogdandy *et al.*, 2017, p. 17).

El neoconstitucionalismo es uno de los modelos que está en la base del constitucionalismo transformador. Se trata de una corriente de origen europeo, respecto de la cual se discute si es una teoría, una metodología o una ideología. Barberis sostiene que se trata de “una teoría sostenida en los últimos cincuenta años con referencia al derecho característico de una particular forma de Estado” (2015, p. 545), el Estado constitucional, que cuenta, entre otras, con tres tesis características (Barberis, 2015): *i*) la conexión entre el derecho y la moral en el Estado constitucional, a través de los principios constitucionales, *ii*) la distinción entre reglas y principios como clases de normas mutuamente exclusivas y conjuntamente exhaustivas, y *iii*) la distinción entre la aplicación de las reglas y la aplicación de los principios. Las primeras serían aplicables en la forma de la subsunción y los segundos en la forma de la ponderación. También se le adjudica la afirmación del Estado social de derecho, de la dignidad humana como fundamento de todos los derechos, del control estricto de constitucionalidad y del establecimiento de los Tribunales Constitucionales, como órganos especializados para la defensa de la Constitución.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano respondería al trasplante del neoconstitucionalismo europeo, como un modelo potencialmente capaz de superar las limitaciones del constitucionalismo liberal en la región. Ávila sostiene que dicha recepción puede ser identificada

desde cinco elementos específicos (2011): la expansión de los derechos, materializada en la inclusión de los derechos sociales y culturales, los derechos del ambiente, así como los derechos de los descendientes de los pueblos afro e indígenas, respondiendo así a los problemas, las luchas y las reivindicaciones de grupos sociales; el establecimiento del control difuso de constitucionalidad en un buen número de países, que implica que los jueces dejen de ser simples técnicos de una especialidad (el derecho penal, el civil, el laboral), para ser sujetos obligados a defender los derechos de las personas y de la gente; el redimensionamiento del Estado y de sus funciones. El liberalismo planteaba la existencia de un Estado mínimo y neutral respecto de las fuerzas reales del poder y del mercado. En sentido contrario, el nuevo constitucionalismo latinoamericano permitiría la formulación y defensa del Estado social y del constitucionalismo social, ya que el Estado no puede ser mínimo ni neutral, pues como dice Ávila, “tiene la obligación de promover y satisfacer derechos que en la lógica del mercado no son rentables” (2011, p. 60).

La internacionalización del derecho consiste propiamente en un acontecimiento, en virtud del cual los derechos nacionales son interferidos y modificados por normas provenientes del derecho internacional, propiciando transformaciones que han sido registradas como un tránsito que va del derecho nacional al internacional, y de este último hacia un derecho cosmopolita (Ferrajoli, 2007). De este modo, el derecho internacional adquiere fuerza vinculante, redefiniendo la noción de legalidad e integrándose al principio de supremacía de la Constitución. La internacionalización del derecho no solo acontece al nivel del derecho público y de la protección de los derechos humanos, sino que sucede también y con gran intensidad, al nivel del derecho económico y privado. Prueba de ello es el despliegue de las cláusulas y contenidos derivados de los distintos Tratados de Libre Comercio (TLC) y los convenios sobre arbi-

traje internacional. En general, las personas refieren que la internacionalización del derecho en Colombia ha sucedido por medio del bloque de constitucionalidad. Esta es una afirmación correcta en lo nominativo, pero imprecisa en lo sustantivo. Después de treinta años de su formulación, el bloque de constitucionalidad, su funcionamiento y sobre todo su alcance real siguen siendo vacilantes, como lo evidencia el fallo reciente sobre las funciones disciplinarias de la Procuraduría sobre personas elegidas popularmente (Corte Constitucional, 2023).

El sistema colombiano muestra evidencias de la dinámica transformadora impulsada desde el derecho constitucional. La situación y el debate actual alrededor del enfoque diferencial, los derechos de género, los derechos de las mujeres, la familia, los derechos de los migrantes, la implementación del proceso de paz, el reconocimiento de personería a los partidos políticos, el tratamiento constitucional de los cuerpos y de la vida, son apenas algunos de los índices de algunas transformaciones sociales dinamizadas desde el derecho constitucional.

La constitucionalización del derecho

Desde temprano la Corte Constitucional se refirió a “la importancia de constitucionalizar todos los tipos de dominación social, no sólo aquella que se origina en el Estado” (Corte Constitucional, Sala Plena, SU-641, 1998). Colocar el núcleo del proceso de constitucionalización en los modelos de dominación social es un acierto, pues la experiencia indica que los modelos de dominación tienden a enquistarse en las instituciones políticas, las instituciones sociales y las relaciones de poder, que son las materias y los escenarios en los que se despliega el constitucionalismo transformador.

Guastini concibe la constitucionalización del derecho como el “proceso de transformación de un ordenamiento jurídico, al término

del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por normas constitucionales” (2016, p. 176). La idea que está en la base es el establecimiento de una sociedad históricamente dominada por la ley, la legalidad y el control de legalidad, que redefine su comprensión del derecho, las instituciones y las relaciones de poder, desde la presencia y el influjo de una Constitución Política normativa. Señala el autor, que la constitucionalización del derecho condiciona y se despliega en diversos escenarios, como la legislación, la jurisprudencia, las relaciones privadas, el estilo doctrinal y la vida política.

Respecto de la legislación, el proceso de constitucionalización adopta diversas aristas. La primera de ellas es el trámite de los proyectos de ley, que han sido sometidos a los estándares y los test para vicios de forma (Quinche, 2022), so pena de declararse la inexecutable. Otro tanto debe decirse de las leyes expedidas, que en virtud de la constitucionalización del ordenamiento, quedan expuestas al ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad. Ni qué decir de la reciente advertencia de la Corte Constitucional, de aplicar medidas cautelares en control abstracto, “en casos excepcionales, frente a una norma abierta o manifiestamente incompatible con la Constitución que pueda producir *efectos irremediables* o que lleven a eludir el control de constitucionalidad, es necesario que la Corte adopte medidas, también excepcionales, orientadas a impedir la producción de efectos del acto objeto de control” (Corte Constitucional, 2023).

La constitucionalización de la jurisprudencia ha tenido dos tipos de cauces. Un cauce fluido dentro de la Corte Constitucional, caracterizado por el establecimiento de un lenguaje y de unas reglas alrededor del precedente judicial y su fuerza vinculante, que ha permitido el establecimiento de instituciones, reglas y estándares de protección sobre

diversos derechos, especialmente desde las sentencias de control abstracto y los fallos de unificación en tutela. En el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia el proceso de constitucionalización ha avanzado en medio de turbulencias, que fueron desde la negación total de la fuerza vinculante del precedente, hasta la afirmación de un cierto diálogo judicial entre los tribunales y la convivencia de tres sistemas de precedentes con un órgano de cierre en la Corte Constitucional.

Señala Guastini (2016) que la constitucionalización de las relaciones privadas permite disciplinar las relaciones horizontales, lo que resulta imposible bajo el dominio del derecho privado, el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad individual. Los estándares introducidos desde la Constitución en la relación médica (que involucran aspectos decisivos como el acceso a la salud, las atenciones prioritarias, las decisiones del paciente sobre su cuerpo y el tratamiento), la relación educativa (el derecho a una educación laica, el reconocimiento de los derechos de género en los estudiantes, los límites a los manuales de convivencia, el proceso disciplinario educativo) o de los servicios públicos, son apenas algunos elementos de esa forma de constitucionalización que, además, se despliega al nivel del lenguaje y de la manera como las personas y los abogados se refieren a otras personas, como lo evidencia la proscripción constitucional de expresiones relacionadas con el trabajo sexual, el consumo de sustancias, los animales, el género, etcétera.

Los procesos de constitucionalización de la legislación, la jurisprudencia y las relaciones privadas, han empujado la constitucionalización del estilo doctrinal. La diferencia entre los libros del siglo pasado y el actual son notorias en materia de estilo, estructura, manejo temático y de fuentes. Bien puede decirse que el tratamiento actual de cualquier figura jurídica debe ser integrado con la jurisprudencia y la

doctrina constitucional. Esta es una situación inevitable y hasta obvia, en el sentido de que la totalidad de la legislación ha sido sometida a control de constitucionalidad y que la acción de tutela ha introducido modificaciones en todas las especialidades jurídicas, hasta el punto de que cualquier investigación o trabajo doctrinal resultan incompletos si no atienden a lo consignado en la Constitución, la jurisprudencia constitucional y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Considera Guastini, finalmente, que la Constitución Política y sus interpretaciones también condicionan la vida política. En la práctica, los políticos, las instituciones y los demás sujetos que participan del debate público, lo hacen directa o indirectamente en nombre de la Constitución y los derechos humanos. Ningún funcionario o político profesional está dispuesto a pagar un precio alto por contradecir las cláusulas de garantía de la Constitución, lo que se traduce en la multiplicación de los intérpretes de la Constitución.

Una cuestión adicional alrededor del proceso de constitucionalización tiene que ver con el vehículo o los medios que se emplean. La Corte Constitucional, al igual que cualquier otro despacho judicial, produce autos y sentencias que consignan las reglas e interpretaciones de la Constitución, y que se irradian hacia los demás despachos judiciales, los usuarios de la justicia y la población en general. Ahora bien, para cumplir cabalmente la defensa de la Constitución por medio de sus decisiones, el Tribunal Constitucional modula sus fallos, pues está facultado para construir el tipo de sentencia que mejor le permita defender la Constitución, desde el despliegue de cuatro principios básicos (Gascón y García, 2017): la supremacía de la Constitución, la interpretación conforme, la conservación del derecho y la interpretación pro persona.

La práctica social del constitucionalismo transformador en Colombia

Estipulativamente, se puede decir que una práctica social consiste en el conjunto de trabajos, acciones, ejercicios, que se realizan constantemente dentro de una comunidad. Para Giddens, son un elemento constitutivo de la vida social, sobre el que se generan y operan las estructuras sociales y se refieren a las actividades humanas sociales que operan en el tiempo y en el espacio, que están atadas a registros reflexivos y discursivos (Ariztía, 2017).

Hay buenas razones para pensar que uno de los núcleos del constitucionalismo transformador, como práctica social en Colombia, está relacionado con la solución de tensiones políticas por medio de la justicia constitucional. El punto es que por razones de diseño y sobre todo por las malas prácticas derivadas del hiperpresidencialismo y la mediocridad del Congreso, aún sin proponérselo, la sociedad colombiana viene consolidando un conjunto de prácticas, acciones, maniobras y ejercicios alrededor de la justicia constitucional, que le han permitido empujar transformaciones en *i*) instituciones políticas (el Congreso, el Consejo Nacional Electoral); *ii*) instituciones sociales (la familia, la pareja, la escuela); y *iii*) dinamizar, reconfigurando, numerosas relaciones de poder (como las que se dan entre los hombres y las mujeres, entre la vida y la muerte, entre los poderes públicos, en la relación con el cuerpo).

Las evidencias afloran tanto en el nivel institucional (el conjunto de autos y sentencias con los que se comunican los jueces constitucionales), como social (los ciudadanos que accionan recurrentemente, el litigio estratégico, las intervenciones dentro de los procesos de constitucionalidad, la manifestación pública y pacífica en las calles y frente a la Corte Constitucional).

La transformación de instituciones políticas es fácil de evidenciar. El Congreso de la República, por su mediocridad y malas prácticas, ha tenido sucesivas transformaciones. La Sentencia SU-150 (Corte Constitucional, Sala Plena, 2021) obligó al Congreso a asumir seriamente la tarea de contar los votos en las votaciones, lo que implicó la inserción de 16 nuevas curules como consecuencia del Acuerdo de Paz; la Sentencia C-153 (Corte Constitucional, Sala Plena, 2022) requirió nuevamente al Congreso a hacer debidamente su trabajo, declarando la inexecutable con efectos retroactivos, de la norma que violaba las restricciones fijadas por la ley estatutaria de garantías electorales, dando pie a la posibilidad de decretar medidas cautelares en los casos de violación manifiesta de la Constitución; la Sentencia SU-257 (Corte Constitucional, Sala Plena, 2021) obligó al Consejo Nacional Electoral a reconocer la personería jurídica de todos los partidos que habían sido diezmados por la violencia y otros factores.

Otro tanto ocurre con la transformación de las instituciones sociales. La completa transformación del matrimonio, que tiene como uno de los puntos de llegada la Sentencia SU-214 (Corte Constitucional, Sala Plena, 2016), que reconoció el derecho al matrimonio entre parejas del mismo o de diverso género, es apenas un momento dentro del conjunto de decisiones que integraron la familia nuclear heterosexual, con una noción de familia integral y diversa; la reconfiguración de la relación con el cuerpo y los ciclos vitales, mediante la afirmación de los derechos reproductivos, del derecho al aborto (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-055, 2022), del derecho a la muerte digna (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-233, 2021) y de los derechos de género, que se fundan no en la configuración externa de los cuerpos, sino en la manera como las personas se auto reconocen.

La dinamización y reconfiguración de las relaciones de poder, como lo evidencia la fractura progresiva del modelo patriarcal, que dominó las relaciones familiares, educativas y laborales; la emergencia de los derechos de las mujeres, que se viene desarrollando en numerosos frentes; la ampliación de los modelos de comprensión del mundo, que se traslada de las estrecheces del etnocentrismo con el que articuló la imagen del mundo y el derecho privado dominante hasta el siglo XX, hacia los modelos biocéntrico y ecocéntrico, que permiten una mejor defensa de la vida y del ambiente; la decisión de superar los bloqueos institucionales, propiciados por los propios poderes públicos, como ocurrió con el conjunto de situaciones entronizadas alrededor del Consejo Superior de la Judicatura y la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, finalmente encarados por la Sentencia SU-355 (Corte Constitucional, Sala Plena, 2020); el ya mencionado establecimiento de medidas cautelares en procesos de control constitucionalidad abstracto, que constituye un mensaje muy claro al hiperpresidencialismo y a las malas prácticas del Congreso, que es doblemente transformador, en el nivel de la respuesta ciudadana y en el nivel de la teoría de la Constitución y sus prácticas, donde Colombia, en líneas generales, muestra un cierto dinamismo.

Dentro de esta comprensión es posible identificar un conjunto de acciones ciudadanas e institucionales, que se practican de modo constante y progresivo, articuladas alrededor de la justicia constitucional, que han propiciado algunas de las transformaciones sociales e institucionales como las mencionadas. Los sectores fundamentalistas no ven con buenos ojos dichas prácticas y claman de diversas maneras, por el restablecimiento de perdida mansedumbre del derecho del siglo pasado, advirtiendo la amenaza de viejos “cocos” y espantos, caracterizados como “gobierno de los jueces” o “juristocracia”.

Referencias

- Ariztía, T. (2017). La teoría de las prácticas sociales: particularidades, probabilidades y límites. *Cinta Moebio*, 59, 221-234.
- Ávila, R. (2011). *El noconstitucionalismo transformador*. Abya Yala.
- Barberis, M. (2015) ¿Existe el neoconstitucionalismo? En J. Fabra Zamora y L. García Jaramillo (Coords.). *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales* (pp. 455-478). UNAM.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (2021, 05 de agosto). SU-257 [M. P.: Enrique, J.].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (1998, 05 de noviembre). SU-641 [M. P.: Gaviria, C.].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (2022, 16 de febrero). SU-152 [M. P.: Fajardo, D.].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (2022, 21 de febrero). C-055 [M. P.: Lizarazo, A.].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (2021, 21 de mayo). SU-150 [M. P.: Linares, A.].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (2021, 22 de julio). C-233 [M. P.: Fajardo, D.].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (2020, 27 de agosto). SU-355 [M. P.: Ortiz, G.].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (2016, 28 de abril). SU-214 [M. P.: Rojas, A.].
- Corte Constitucional. (2023). *Expediente D-14503*. Portal Web de la Corte Constitucional. <https://www.corteconstitucional.gov.co/>

noticia.php?Nota-de-prensa-Potestad-disciplinaria-de-la-Procuradur%C3%ADa-General-de-la-Naci%C3%B3n-EXPEDIENTE-D-14503-9459

Ferrajoli, L. (2007). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Trotta.

Gascón, M. y García, A. (2017). *La argumentación en el derecho*. Palestra.

Guastini, R. (2016). *La sintaxis del derecho*. Marcial Pons.

Quinche, M. (2020). *Derecho constitucional colombiano*. Temis.

Quinche, M. (2022). *Los test constitucionales*. Temis.

Roa, J. (2020) *El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano*. Max Planck Institute. Research Paper.

Von Bogdandy, A., Ferrer Mac-Gregor, E. y Morales Antoniazzi, M. (2022) Introducción: ius commune en migración y constitucionalismo transformador en Colombia. En A. Von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor y M. Morales Antoniazzi (Eds.). *Ius commune en migración y constitucionalismo transformador en Colombia* (35-49). Universidad del Norte, Max Planck Institute, DFG, IEC.

Von Bogdandy, A., Ferrer Mac-Gregor, E., Morales Antoniazzi, M., Piovesan, F. y Soley, X. (2017). Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador. En A. Von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor y M. Morales Antoniazzi (Eds.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión* (pp. 17-51). IEC-Max Planck Institute.

La fórmula de Radbruch, una herramienta que potencializa el control de constitucionalidad

Cristhian Alexander Pereira Otero

Resumen

Gustav Radbruch postuló que “la injusticia extrema no es derecho”, principio invocado en diversas sentencias para proteger los derechos humanos. Su ensayo más famoso, *Arbitrariedad legal, derecho supralegal*, establece la obligación de aplicar el derecho positivo salvo cuando sea extremadamente injusto. La fórmula de Radbruch comprende dos reglas: la intolerancia, que permite al juez priorizar la justicia sobre la seguridad jurídica ante leyes arbitrarias, y la negación, que se aplica cuando las leyes niegan la justicia al otorgar o negar derechos humanos de forma arbitraria. Este enfoque ha sido utilizado en Alemania, Argentina y Colombia para declarar la inconstitucionalidad de leyes contrarias a los derechos humanos, como las leyes de amnistía en Argentina y el caso de desaparición forzada en Colombia. También ha sido invocado internacionalmente, como en el caso de Perú ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para combatir la impunidad y garantizar la verdad y la justicia. La fórmula de Radbruch se ha convertido en una herramienta poderosa en la justicia y la gestión administrativa para materializar los derechos humanos y la justicia constitucional.

Palabras clave: formula de Radbruch, derechos humanos, derecho constitucional.

Abstract

Gustav Radbruch postulated that “extreme injustice is not law”, a principle invoked in various rulings to protect human rights. His most famous essay, *Legal arbitrariness and supra-legal Law*, establishes the obligation to apply positive law except when it is extremely unjust. Radbruch’s formula includes two rules: intolerance, which allows the judge to prioritize justice over legal certainty in the face of arbitrary laws, and denial, which applies when laws deny justice by arbitrarily granting or denying human rights. This approach has been used in Germany, Argentina and Colombia to declare the unconstitutionality of laws contrary to human rights, such as the amnesty laws in Argentina and the case of forced disappearance in Colombia. It has also been invoked internationally, as in the case of Peru before the Inter-American Court of Human Rights, to combat impunity and guarantee truth and justice. The Radbruch formula has become a powerful tool in justice and administrative management to materialize human rights and constitutional justice.

Keywords: Radbruch formula, human rights, constitutional law.

“La injusticia extrema no es derecho”, esta afirmación es planteada por el filósofo alemán Gustav Radbruch en su conocida fórmula, la cual ha sido invocada en importantes sentencias de diferentes cortes o tribunales del mundo cuando se trata de amparar derechos humanos. A su vez, esto ha permitido materializar los postulados de justicia por encima de normas arbitrarias de contenido legal.

El ensayo más famoso de Radbruch, escrito en la segunda posguerra, es, sin duda, *Arbitrariedad legal, derecho supralegal*, en el que establece

la obligación de aplicar siempre el derecho positivo, salvo que sea extremadamente injusto y desnaturalice al propio derecho.

La fórmula de Radbruch está compuesta de dos reglas: la intolerancia y la negación. Según el profesor Robert Alexy (2001), la primera está vinculada al grado de injusticia de la ley, mientras que la segunda se relaciona con las intenciones del legislador al momento de negar la mera pretensión de justicia o corrección, que unidas se concretan en la siguiente expresión: “la injusticia extrema no es derecho”. La regla de la intolerancia habilita al juez para hacer prevalecer la justicia por encima de la seguridad jurídica, cuando la norma que le corresponde aplicar es arbitraria o monstruosamente injusta. La regla de la negación se presenta cuando las leyes conscientemente niegan la voluntad de justicia al otorgar o negar derechos humanos a personas de modo arbitrario. Por su parte, la regla de intolerancia ha sido la más utilizada por tribunales y altas cortes de Alemania, Argentina y Colombia.

El Tribunal Constitucional del país germano en 1968 negó la validez de disposiciones jurídicas de la época nacionalsocialista cuando entraban claramente en conflicto con principios fundamentales de justicia. De la misma manera, los guardianes fronterizos de la extinta Alemania oriental, quienes tenían la justificación legal de acabar con la vida de las personas que intentaran cruzar el muro de Berlín, fueron condenados penalmente. Esto, toda vez que el tribunal consideró que el derecho nacional interno cede ante la fuerza vinculante de los postulados de justicia y del núcleo esencial de los derechos humanos.

En Argentina, a través de la sentencia 1767 del 14 de junio del 2005, la Corte Suprema de ese país declaró la inconstitucionalidad de las leyes de amnistía 23.492 de 1986 (punto final) y 23.521 de 1987 (obediencia debida), relacionadas con la prescripción de la acción penal para

los delitos de lesa humanidad cometidos durante la dictadura militar entre 1976 y 1983. La Corte encontró varios artículos de estas leyes contrarios a la Constitución y a los tratados internacionales de derechos humanos. En este caso, el alto tribunal desarrolló la fórmula de Radbruch al adoptar el concepto no positivista del Derecho, conforme al cual los delitos allí cometidos son violatorios de bienes jurídicos de la humanidad y, por tanto, su análisis va más allá de la simple validez de la ley “cuando se traspasa el umbral de la extrema injusticia” (Alexy, 2001, 76).

Para el caso colombiano, la sentencia del 26 de marzo del 2009 de la Sección Tercera del Consejo de Estado analizó la responsabilidad extracontractual del Estado por la desaparición de tres campesinos en el departamento del Meta (Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 17994, 2009). En esta providencia estableció que el principio de reparación integral está por encima de los principios de jurisdicción rogada y de congruencia en el derecho procesal (Constitución Política de Colombia [CP], 1991, art. 305), pues, en relación con graves violaciones de derechos humanos, el ordenamiento jurídico interno debe ceder frente al internacional. Esto permitió obtener una sentencia más allá de las pretensiones (Fallo *ultra y extra petita*). Además, le corresponde al juez utilizar la fórmula de Radbruch cuando identifique la existencia de un derecho injusto que enerve la reparación integral al daño derivado de una violación a los derechos humanos (Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 17994, 2009) y, así, obtener el efectivo resarcimiento de sus perjuicios.

Internacionalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, Barrios Altos Vs. Perú, 2001) declaró al Estado peruano responsable por unos hechos ocurridos durante el gobierno del presidente Fujimori relacionados con unas leyes de amnistía que

perdonaron los crímenes cometidos por el Grupo Colina, cuyos miembros hacían parte del Ejército nacional peruano y que llevaron a cabo graves violaciones a los derechos humanos y fueron amnistiados por el congreso constituyente de la República del Perú mediante las leyes 26479 y 26492 que eximieron de las responsabilidades penales a los militares, autores de los ilícitos. Como consecuencia de lo anterior, las investigaciones judiciales se archivaron y se negaron los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas. La Corte IDH consideró que las leyes de autoamnistía condujeron a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, lo cual es incompatible con las normas de la convención americana. El juez Antônio Cançado Trindade, en su voto concurrente, consideró que estas normas son una agresión directa al derecho a la verdad y la justicia, pues no toda norma con carácter de legalidad o constitucionalidad en el derecho interno es válida para el ordenamiento jurídico internacional y los derechos humanos, más aún cuando están en juego valores superiores como la verdad y la justicia, de lo cual se deduce que las leyes de autoamnistía promulgadas por el constituyente no tienen aceptación en el derecho internacional pues afecta derechos inderogables que recaen en el ámbito del *ius cogens*, lo que hace que no tenga validez jurídica (Corte IDH, Barrios Altos Vs. Perú, 2001).

Para el caso local se encuentra un ejercicio interesante de control de constitucionalidad difuso de una autoridad administrativa, al hacer prevalecer la *norma normarum* y dejar de observar la ley o el acto administrativo para aplicar directamente la constitución, por resultar inconstitucional en el caso concreto; esta facultad se entregó primero a los jueces, hoy en día, desde la sentencia C-122 (Corte Constitucional, Sala Plena, 2011), las autoridades administrativas también se encuentran con la capacidad de hacer la excepción de inconstitucionalidad;

particularmente se cuenta con el ejemplo de la rectora de la Universidad de Nariño que, mediante resolución No. 1549 del 25 de octubre de 2021, hizo uso del control por vía de excepción, al dejar de observar el cumplimiento de los artículos 19 y 21 del acuerdo 015 de 2016, expedido por el Consejo Superior, que impedían a la representante legal de la Universidad, por razones de competencia temporal, reglamentar el funcionamiento del Fondo de Solidaridad para los trabajadores afiliados al sindicato de la institución y de esta manera hacer realizable la entrega de ayudas por calamidades que sufran los trabajadores como muerte, accidentes de cualquier naturaleza entre otros; aquí la autoridad administrativa invocó la fórmula de Gustav Radbruch: la injusticia extrema no es derecho, planteado en el ensayo “Arbitrariedad legal, derecho supralegal”, en el que establece la obligación de aplicar siempre el derecho positivo, salvo que sea extremadamente injusto y desnaturalice al propio derecho. En virtud de lo anterior, la rectora expide la reglamentación del Fondo de Solidaridad en aplicación de los principios constitucionales consagrados en los artículos 1, 25, 39, 53 y 55 constitucionales y los pactos de la OIT, a pesar del impedimento normativo que tenía por razones legales que imposibilitan el ejercicio funcional de expedir la reglamentación por razones de tiempo.

Para concluir, la fórmula de Radbruch ha pasado de ser un tema propio de las reflexiones en la filosofía del Derecho para llegar como herramienta poderosa de uso judicial y de la gestión administrativa con el propósito de materializar los derechos humanos y la justicia constitucional, que encuentra el escenario ideal para su desarrollo en las instituciones de la excepción de inconstitucionalidad y el control de convencionalidad.

Referencias

Alexy, R. (2001). Una defensa de la fórmula de Radbruch. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, (5), 75-95. <https://core.ac.uk/download/pdf/61893894.pdf>

Consejo de Estado, Sección Tercera (26 de marzo de 2009). Sentencia 17994 [C. P.: Hernández, A.].

Constitución Política de Colombia [CP]. (1991). http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Corte Constitucional, Sala Plena. (01 de marzo de 2011). Sentencia C-122 [M. P.: Henao, J.].

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). Caso Barrios Altos Vs. Perú, Serie C No. 75.

La inconvencional reelección presidencial indefinida

Kenneth Burbano Villamarín

Resumen

Para el nuevo constitucionalismo latinoamericano transformador es fundamental hacer propuestas para preservar la democracia y los derechos humanos frente a los recientes fenómenos de reelección presidencial indefinida, indiferentemente si son de derecha, de izquierda o con otra tendencia u origen, y sin olvidar los lesivos sucesos de las dictaduras. Estos puntos fueron desarrollados en el *amicus curiae* que se presentó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tomado aquí como marco de referencia, y que cuenta con una opinión consultiva del 7 de junio de 2021 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-28/21, 2021).

Palabras clave: reelección presidencial, derecho político, Estado democrático, orden democrático, derechos humanos.

Abstract

The new Transformative Constitutionalism in Latin America must preserve the democracy and the human rights from Presidential Re-election without Term Limits. It doesn't matter if the proposals are from the right, from the left or with another tendency or origin. Latin America

mustn't forgets the damaging events of dictatorships and strong presidentialism. These points were developed in the *amicus curiae* that was presented before at the Inter-American Court of Human Rights. I took the *amicus curiae* as a frame of reference, and this already has an Advisory Opinion issued on June 7th, 2021.

Keywords: presidential re-election without term limits, political right, democratic state, democratic order, human rights.

Introducción

El Estado colombiano formuló en 2019 una consulta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Esta consistió en si ¿la reelección presidencial indefinida es un derecho humano protegido por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)?, y si ¿resultan contrarias al art. 23 de la CADH las regulaciones que limitan o prohíben la reelección presidencial, ya sea por restringir los derechos políticos del gobernante que busca ser reelegido o por restringir los derechos políticos de los votantes?, y, en el evento en que un Estado modifique o busque modificar su ordenamiento jurídico para asegurar, promover, propiciar o prolongar la permanencia de un gobernante en el poder mediante la reelección presidencial indefinida, ¿cuáles son los efectos de esto sobre las obligaciones que el Estado tiene en materia de derechos humanos? (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-28/21, 2021). El presente documento tiene como objetivo aportar una visión académica respecto de estos interrogantes. Para cumplir este propósito, se estructura en: *i*) estudiar el carácter de no absolutos de los derechos políticos; *ii*) analizar el Estado democrático a la luz del *corpus juris* interamericano; y *iii*) afirmar que la reelección presidencial indefinida es un factor desestabilizador del orden democrático. Se finalizará con las conclusiones.

Los derechos políticos no son absolutos

Los derechos políticos están reconocidos en el art. 23 de la CADH. Esta norma tiene dos particularidades. La primera, es que los derechos políticos son reconocidos exclusivamente a los ciudadanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, 2018; *López Lone vs. Honduras*, 2015; *Luna López vs. Honduras*, 2013; *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, 2010; *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, 2010; *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, 2008; *Yatama vs. Nicaragua*, 2005). La segunda, es que el Estado debe garantizar a todo ciudadano la oportunidad real para ejercer estos derechos políticos respetando el principio de igualdad y no discriminación y el deber estatal de prevenir afrentas a la vida de una persona por su actividad política (CIDH, *Pacheco León y otros vs. Honduras*, 2017).

Los derechos políticos están regulados en los sistemas universal y regional interamericano de derechos humanos al igual que en las interpretaciones realizadas por sus órganos de aplicación. En el ámbito universal, el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece parámetros para regular estos derechos. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, al interpretar el Pacto, ha indicado que este no impone ningún sistema electoral concreto, sino que todo sistema electoral debe ser compatible con los derechos allí amparados (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 1996). En el ámbito regional, la Corte IDH establece que los Estados pueden regular esos derechos de acuerdo con sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales y conforme al momento histórico que viva (CIDH, *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, 2008). Los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo con los principios

de la democracia representativa y siempre que promuevan: la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto, que expresen la voluntad de los electores y su soberanía y que promuevan y fomenten diversas formas de participación democrática (CIDH, *Yatama vs. Nicaragua*, 2005). El art. 29 de la CADH es claro: no se puede limitar el alcance pleno de los derechos políticos de manera que su reglamentación o las decisiones que se adopten en su aplicación se conviertan en un impedimento para que las personas participen efectivamente o esta se torne ilusoria (CIDH, *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, 2018; *López Lone vs. Honduras*, 2015; *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, 2008).

Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos en la participación política, por ejemplo, mediante representantes libremente elegidos. Para este caso, el derecho al voto es otra de las formas en que los ciudadanos expresan libremente su voluntad porque deciden en forma directa, libre y en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos. La participación política también se ejerce mediante el derecho a ser elegido: los ciudadanos pueden postularse como candidatos en condiciones de igualdad y ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello (CIDH, *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, 2008; *Yatama vs. Nicaragua*, 2005). El ejercicio de los derechos a ser elegido y a votar han sido definidos por la Corte IDH como la expresión de la dimensión individual y social de la participación política (CIDH, *Yatama vs. Nicaragua*, 2005). El derecho a ser elegido en elecciones periódicas y auténticas involucra el derecho a participar no solo de la persona que se presenta a un cargo, sino también el de otras personas a participar por medio de representantes libremente elegidos (CIDH. *Caso Pacheco León y otros vs. Honduras*, 2017). Sin embargo, la CADH

no establece una modalidad específica o un sistema electoral particular mediante el cual los derechos políticos deban ejercerse. La CADH solo establece estándares para que los Estados regulen esos derechos políticos, siempre y cuando cumplan con los requisitos de legalidad, legitimidad, necesidad y proporcionalidad y que sea razonable con la democracia representativa. La Corte establece que la previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, *per se*, una restricción indebida (CIDH, Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, 2008). Sin embargo, la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional. Ella está limitada por el cumplimiento de estándares mínimos que de no ser respetados transforman la restricción en ilegítima y contraria a la CADH (CIDH, López Lone vs. Honduras, 2015; Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, 2008; Yatama vs. Nicaragua, 2005). Para garantizar estos derechos los Estados deben diseñar un sistema que permita elegir representantes políticos mediante normas que hagan posibles elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garanticen la libre expresión de la voluntad de los electores (CIDH, San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela, 2018; Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, 2008).

La CADH no contiene, explícita o implícitamente, un derecho humano a la reelección indefinida. Como veremos en la siguiente sección, esta figura se relaciona con el derecho a elegir y ser elegido y también con la posibilidad de reelegir a un servidor público ya electo. Sin embargo, la reelección indefinida constituye una restricción al mismo ejercicio de la dimensión individual y social de los derechos políticos, y no es un elemento del núcleo esencial del derecho que estaría, en principio violando el *corpus juris* interamericano.

El Estado democrático a la luz del *corpus juris* interamericano

El *corpus juris* interamericano son los acuerdos e instrumentos relacionados con la convención que dan alcance interpretativo a los derechos consagrados en ella. La Corte IDH estableció que podía interpretar sistemáticamente varios tratados de derechos humanos con el fin de analizar los derechos protegidos por la convención dada la relación existente entre derechos humanos, democracia representativa y derechos políticos dentro de todo el sistema. En esa interpretación se han señalado, como elementos esenciales de la democracia representativa, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; así como la separación e independencia de los poderes públicos. En este sentido, se puede afirmar que los derechos políticos consagrados en la CADH y en otros instrumentos internacionales¹, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político. Y, del mismo modo, los derechos políticos se relacionan con otros derechos consagrados en la CADH tales como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación que, en conjunto, hacen posible un sistema democrático (CIDH, Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, 2008). A partir de ello, la Corte ha considerado que el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar

1 Algunos son: Carta Democrática Interamericana; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de los Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Protocolo Núm. 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjul”.

los demás derechos humanos previstos en la CADH (CIDH, López Lone y otro vs. Honduras, 2015; López Mendoza vs. Venezuela, 2011; Chitay Nech y otros vs. Guatemala, 2010; Castañea Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, 2008).

El *corpus iuris* interamericano reconoce una relación de interdependencia entre la democracia y los derechos humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2021a; 2021b): No hay derechos humanos sin democracia, al igual que no hay democracia sin derechos humanos. La dignidad humana y los derechos humanos son fundamento básico de la democracia (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1976). Toda democracia nace de la voluntad libre de un pueblo de organizarse política, económica y socialmente. La democracia, sin importar su tipología, consagra reglas materiales que construyen un equilibrio entre el ejercicio de grupos mayoritarios y minorías (Grupo de Trabajo para la Democracia del Comité Ejecutivo de Paz y Seguridad de Naciones Unidas, 2009). Toda persona tiene el deber de obedecer a la ley y demás mandamientos legítimos de las autoridades de su país y de aquel en el que se encuentre y también toda persona tiene limitadas sus garantías por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

La reelección presidencial indefinida como factor desestabilizador del orden democrático

El riesgo para el régimen democrático que significa la reelección presidencial indefinida

En América Latina existe una conexión profunda entre el mantenimiento del régimen democrático y las limitaciones a la institución de la reelección presidencial, particularmente, por los riesgos que esta representa para la participación política y la continuidad de la democracia. Sin

duda, la reflexión jurídica sobre la reelección presidencial en la región latinoamericana no es nueva. De hecho, su discusión ha estado latente desde la formación de las nuevas repúblicas en el siglo XIX hasta nuestros días. Fue durante el siglo XIX e inicios del siglo XX que en algunos países de América Latina “la constante manipulación de las reglas de reelección dio lugar a gobiernos caudillistas y autoritarios, que se aferraron al poder suprimiendo la democracia” (Grijalva y Castro, 2019, p. 224). La reacción a estos gobiernos autoritarios, desde 1950 hasta 1990, tuvo una singularidad: consagrar en las constituciones prohibiciones absolutas de reelección o limitaciones relativas, para permitirle a una misma persona volver a postularse a la presidencia luego de uno o más períodos.

El presidencialismo y la concentración del poder en la figura del presidente han conducido al abuso del poder y al monopolio de la iniciativa legislativa que ostenta el Ejecutivo. En los regímenes presidencialistas, el Ejecutivo propone la agenda legislativa, logra mayorías o coopta los legisladores para garantizar la aprobación de sus proyectos. Por ello, la no reelección presidencial se constituyó en uno de los pilares de la consolidación institucional democrática latinoamericana (Orias, 2020). De manera general, se limitó la reelección con el objetivo de evitar continuismos, prefiriéndose la alternancia en el poder, la estimulación de la participación electoral competitiva, el multipartidismo en la contienda política y la distribución del poder. Sin embargo, a partir de finales de los años noventa, la región latinoamericana comenzó a experimentar una oleada reeleccionista que flexibilizó la reelección presidencial. A esta oleada de flexibilización frente a la no reelección presidencial se le ha considerado como un proceso de retroceso evidente por estancamiento y erosión de la democracia. Este fenómeno de retroceso ha sido determinado por procesos de transición lenta de países que pasaron de un régimen autoritario a Estados semidemocráticos. Si bien

las democracias emergentes son en sí mismas democracias, combinar la democracia con posibilidades de reelección es indeseable pues pone en riesgo la estabilidad institucional y la transición hacia un régimen democrático (Cárdenas y Corredor, 2018).

La reelección presidencial tiene dos polos: por un lado, la prohibición de reelección, y, por el otro, la reelección indefinida. La reelección presidencial tiene matices. El primero de ellos es el extremo anti reeleccionista que impide en todo caso que una persona ejerza más de una vez la presidencia. A este le sigue el esquema de reelección diferida que impide que el presidente de turno pueda postularse a la presidencia para un segundo mandato consecutivo. La reelección diferida admite la cuenta a través de años fijos o de períodos intermedios. La reelección diferida y cerrada agrega otro límite a la reelección: no solo no puede ser inmediata, sino que además se limita su número (Serrafeno, 2011). Luego está el esquema de la reelección inmediata, que es mucho más permisiva al facultar que el presidente en ejercicio pueda ser candidato-presidente, aunque por un número limitado de mandatos, que suelen ser generalmente dos. Finalmente, en el otro extremo reeleccionista está la reelección indefinida que le permite a una persona hacerse reelegir a perpetuidad. De hecho, se suele advertir que “la reelección indefinida debilita la competencia electoral, mina la división de poderes, reduce el respeto del presidente hacia las libertades y los derechos, erosiona la democracia y, consecuentemente, propicia la transición hacia el autoritarismo” (Grijalva y Castro, 2019, p. 9).

En Colombia, hay cuatro vías institucionales para ampliar la reelección presidencial. La primera es la legislativa. Allí se puede plantear una reforma parcial de la Constitución o, en su defecto, una nueva constitución política. La segunda vía es jurisprudencial. Allí, en una corte

colombiana, con capacidad interpretativa del texto constitucional, puede abrirse la reelección presidencial o su amplitud. La tercera vía es la Asamblea Constituyente. La cuarta y última es el referéndum. Con ella se apela al apoyo popular para que los ciudadanos manifiesten si están o no de acuerdo con enmendar la Constitución (Treminio, 2015).

El caso de Colombia es particular e interesante. El texto original de la Constitución Política de 1991 adoptó el esquema anti reeleccionista presidencial debido al preponderante papel que desempeña el presidente de la República en la configuración de los otros órganos del poder público, ya sea nombrando o ternando funcionarios. Igualmente, se fijó un equilibrio mediante un sistema de frenos y contrapesos, ideado para evitar todo tipo de autoritarismo causado por el exceso del poder presidencial (Rosero, 2015).

En el año 2005, en el primer mandato del Álvaro Uribe Vélez, el Ejecutivo propuso, a través de la vía legislativa, una agenda reformativa de la Constitución para permitir la reelección presidencial inmediata (International Criminal Court, 2018). Esta iniciativa se convirtió en reforma constitucional a través del Acto Legislativo 02 de 2004. En el año 2009, nuevamente por medio de una agenda legislativa propuesta desde el Ejecutivo, se intentó instaurar una nueva reelección presidencial inmediata para el presidente Uribe, esta vez, por medio del mecanismo de referéndum. En esencia, la Ley 1354 de 2009 convocaba a un referendo constitucional que se sometió a consideración del pueblo para aprobar que “Quien haya sido elegido a la Presidencia de la República por dos períodos constitucionales, podrá ser elegido únicamente para otro período constitucional” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-141, 2010). En Colombia estas leyes deben ser controladas automáticamente por la Corte Constitucional. Este control se realizó en la sentencia C-141 de 2010 y

en ella se declaró inconstitucional la Ley 1354 de 2009 debido a que “una segunda reelección presidencial sustituye ejes estructurales de la Constitución Política” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-141, 2010). La Corte logró identificar que la reelección presidencial inmediata por segunda vez no solo afectaba el sistema de frenos y contrapesos estructurado por el constituyente de 1991 sino que, además, ponía en riesgo el régimen democrático de gobierno debido al “acrecentamiento del poder presidencial, aunado al desvanecimiento de los controles o a su existencia puramente nominal” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-141, 2010). La Corte dedujo que la reforma estaba materializando una combinación peligrosa que concertaba la reelección presidencial y el régimen de presidencialismo fuerte, altamente favorable para la transición hacia un régimen no democrático (Serrafeno, 2011). El fallo C-141 de 2010 encendió las alarmas sobre los riesgos que trae consigo la reelección presidencial y enfatizó que en sistemas presidencialistas tan fuertes resulta incompatible la figura de la reelección presidencial porque en cabeza del presidente ya suelen concurrir los poderes de jefe de Estado, jefe de gobierno, suprema autoridad administrativa, director de las relaciones internacionales y comandante supremo de las Fuerzas Armadas. Luego, la reelección presidencial indefinida anula el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas y la alternancia en el poder (Rosero, 2015).

En el año 2014, debido a la crisis generada por la alteración del ordenamiento jurídico y de su sistema de frenos y contrapesos, el Gobierno presentó ante el Congreso el Acto Legislativo 018 de 2014 que buscaba una reforma del equilibrio de poderes. Por medio del Acto Legislativo 02 de 2015 se reformó nuevamente el art. 197 constitucional. Con ello se regresó al esquema anti reeleccionista que originariamente se previó en la Constitución de 1991. Es interesante ver cómo, adicionalmente, se blindó el sistema democrático con este acto legislativo al

establecerse que a futuro “la prohibición de la reelección solo podrá ser reformada o derogada mediante referendo de iniciativa popular o asamblea constituyente” (Acto Legislativo 02, 2015).

Hay dos grandes enseñanzas que deja el caso colombiano (Orias, 2020). La primera enseñanza es que existe un alto y latente riesgo de contribuir a la desestabilización del régimen democrático y a la instauración de regímenes autoritarios por medio de la figura de la reelección presidencial inmediata (Serrafeno, 2011). Y la segunda es la importancia de contar con un adecuado modelo de control del poder mediante un juez constitucional que haga defensas consientes de la Constitución y de los derechos humanos (Cárdenas y Corredor, 2018).

Conclusiones

La reelección presidencial indefinida no es un derecho humano reconocido ni protegido por la CADH ni por el *corpus juris* interamericano. Las regulaciones que limitan o prohíben la reelección presidencial no son contrarias al art. 23 de la CADH ni con la interpretación de la Corte IDH. De hecho, limitar o prohibir la reelección presidencial es una restricción acorde con el carácter no absoluto de los derechos políticos y respeta los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad convencionalmente protegidos. Si un Estado modifica o quisiera modificar su ordenamiento para asegurar, promover, propiciar o prolongar la permanencia de un gobernante en el poder mediante la reelección presidencial indefinida, el Estado estaría inmerso en un hecho ilícito internacional. También, sería internacionalmente responsable por incumplir las obligaciones de garantía y protección previstas del art. 1.1; la obligación de adoptar medidas de derecho interno del art. 2 y los derechos políticos del art. 23 de la CADH, especialmente, el de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones de su país.

Dos reflexiones finales: la primera, una vez se produjo la opinión consultiva, se informó que la preocupación del presidente Iván Duque Márquez era sobre esos fenómenos reeleccionistas en Venezuela, Nicaragua, Bolivia. Seguramente, jamás se penó en revivir la reelección en Colombia, eso sería injurioso en una democracia tan sólida como la colombiana.

Y segundo, vale la pena poner la mirada y conocer la gravísima situación que se está viviendo en El Salvador, con el gobierno de Nayib Bukele. Durante el régimen de excepción se ha encarcelado a más de 60 000 personas, acusadas de pertenecer a pandillas o mediante sospecha de su pertenencia. Privaciones de la libertad sin orden judicial; 15 días de encarcelamiento inicial con total aislamiento; la construcción de la cárcel más grande del continente americano, con una capacidad para 40 000 presos. Con este régimen de excepción se retiró a los magistrados de la Sala Constitucional de Corte Suprema de Justicia; se censura y penaliza a los medios de comunicación, se persigue a los opositores y no se rinden cuentas sobre el manejo de los dineros públicos.

Y qué tiene que ver todo esto con el tema en estudio: ya se hizo en El Salvador una reforma para permitir la reelección del señor Bukele en 2024, quien llegó a la presidencia en 2019 y goza del 90 % de favorabilidad; un “triunfo” sustentado en contrarrestar los homicidios y el control territorial, pero edificado en las más graves violaciones a los derechos humanos de las personas privadas de la libertad y de los derechos de los ciudadanos. Ciertamente como lo titularía el profesor Díaz Arenas: “Latinoamérica, hiel y miel”.

Referencias

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1976). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. <https://www.ohchr.org/es/ins->

truments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2021a). *Fortalecimiento de la función de las Naciones Unidas para mejorar las elecciones periódicas y auténticas y la promoción de la democratización*. <https://tinyurl.com/5n964yv2>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2021b). *Documento final de la Cumbre mundial 2005*. https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/docs/gaa.res.60.1_sp.pdf

Cárdenas, E. y Corredor, F. (2018). El juez constitucional y la reelección presidencial en América Latina. *Revista de Economía Institucional*, 20(38), 45-70. <https://doi.org/10.18601/01245996.v20n38.03>

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (1996). *Observación general Núm 25. Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto*. <https://tinyurl.com/2p96ypj9>

Congreso de la República de Colombia. (2015, 1 de julio). Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones. [Acto Legislativo 02 de 2015]. DO: 49.560

Corte Constitucional, Sala Plena. (2010, 26 de febrero) Sentencia C-141 [M. P.: Sierra, H.].

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005, 23 de junio). Caso Yatama vs. Nicaragua. [Pdte.: García, S.].

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008, 6 de agosto). Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. [Pdte.: Medina, C.].

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010, 25 de mayo). Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. [Pdte.: García, D.].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010, 26 de mayo). Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. [Pdte.: García, D.].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). Caso López Mendoza vs. Venezuela. [Pdte.: García, D.].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013, 10 de octubre). Caso Luna López vs. Honduras. [Pdte.: García, D.].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015, 5 de octubre). Caso López Lone vs. Honduras. [Pdte.: Sierra, H.].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017, 15 de noviembre). Caso Pacheco León y otros vs. Honduras. [Pdte.: Caldas, R.].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018, 8 de febrero). Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela. [Pdte.: Mac-Gregor, E.].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021, 7 de junio). Opinión consultiva OC-28/21. [Pdte.: Odio, E.].
- Grijalva, A. y Castro, J. (2019). Reelección presidencial indefinida en América Latina: análisis crítico de tres argumentos reeleccionistas. En M. Carrasco y B. Rodríguez (Dir.). *Reelección presidencial indefinida en América Latina: análisis crítico de tres argumentos reeleccionistas* (pp. 175-187). Aranzadi.
- Grijalva, A. y Castro, J. (2019). Reelección presidencial indefinida en América Latina: análisis comparado de los casos de Venezuela, Nicaragua, Ecuador y Bolivia. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 25, 223-244. <https://tinyurl.com/nzmpn44v>

- Grupo de Trabajo para la Democracia del Comité Ejecutivo de Paz y Seguridad de Naciones Unidas. (2009). *Nota de orientación del secretario general sobre la Democracia*. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/GuidanceNoteOnDemocracy.pdf>
- International Criminal Court. (2018). *Report on Preliminary Examination Activities (2018)*. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/181205-rep-otp-PE-ENG.pdf>
- Orias, R. (2020, 17 de abril). *La reelección indefinida en América Latina. Reflexiones a propósito de la solicitud de Opinión Consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Justicia en las Américas. <https://dplfblog.com/2020/04/17/la-reeleccion-indefinida-en-america-latina/>
- Rosero, D. (2015). ¿Qué significa o cómo afecta la reelección presidencial en Colombia, desde la separación de poderes, en la Constitución Política de 1991? *Diálogos de Derecho y Política*, (16), 50-68. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/derypol/article/view/23430>
- Serrafero, M. (2011). La reelección presidencial indefinida en América Latina. *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, (54), 225-259. https://www.eseade.edu.ar/files/riim/RIIM_54/54_11_serrafero.pdf
- Treminio, I. (2015). Las reformas a la reelección presidencial del nuevo siglo en América Central:
Tres intentos de reforma y un golpe de Estado. *Política y gobierno*, 22(1), 147-173. <http://www.politicaygobierno.cide.edu/index.php/pyg/article/view/116>



II

**DERECHO CONSTITUCIONAL
Y DERECHO INTERNACIONAL**

El autoritarismo soberanista de la política exterior latinoamericana y la prevalencia del derecho interno sobre el derecho internacional

Bernardo Vela Orbegozo

Resumen

La política exterior de los países de América Latina se caracteriza por el soberanismo que corresponde con el autoritarismo heredado de la colonia cuyos rasgos más destacados no han logrado superarse en tiempos republicanos, pese a las instituciones liberales y democráticas establecidas en el constitucionalismo. Una consecuencia de este proceso se manifiesta en las antinomias constitucionales que se presentan entre las cláusulas de incorporación del derecho internacional y las cláusulas que hacen prevalecer el derecho interno sobre los compromisos internacionales.

Palabras clave: política exterior, soberanismo, autoritarismo.

Abstract

The foreign policy of the Latin American countries is characterized by the sovereignty that corresponds to the authoritarianism inherited from the colony whose most outstanding features have not been able to be overcome in republican times, despite the liberal and democratic institutions established in constitutionalism. A consequence of this process is manifested in the constitutional antinomies that arise between the

clauses incorporating international law and the clauses that make domestic law prevail over international commitments.

Keywords: foreign policy, sovereignism, authoritarianism.

Introducción

Las denominadas *guerras mundiales* deben entenderse como la expresión de las tensiones y conflictos que le dieron carácter a Europa desde el Renacimiento y que se suscitaron en los complejos procesos sociales asociados al origen y la consolidación de los *Estados-nación* durante el periodo que los historiadores denominan Modernidad. El estudio de este periodo puede presentarse considerando cinco perspectivas diferentes: en primer lugar, con una simplificación que alude a las consecuencias de las tensiones y conflictos entre Austrias y Borbones; en segundo lugar, con un análisis más complejo que hace referencia a la estructura soberanista y anárquica del orden político que se fue imponiendo en el viejo continente y, en este sentido, debe presentarse considerando los críticos equilibrios de poder entre los *Estados-nación* en ese proceso; en tercer lugar, este periodo puede presentarse haciendo alusión a los procesos de formación y consolidación del capitalismo que estaban atados a los *Estados-nación* más poderosos como Inglaterra y, en este sentido, se debe hacer alusión a las revoluciones industriales que emergieron y se consolidaron hasta generar la denominada *primera fase de la globalización económica*; en cuarto lugar, este periodo puede presentarse como la configuración paulatina de un orden *estadocéntrico* e interdependiente que adquirió expresión institucional en el *derecho internacional clásico*, esto es, un orden jurídico que reconocía el poder de los Estados a hacer la guerra —*Ius ad bellum*—. Esto explica que la guerra haya sido la expresión violenta de la racionalidad política moderna cuyos inicios renacentistas se manifestaron en el absolutismo, en la formación

los primeros *Estados-nación*, en la navegación, en el descubrimiento del Nuevo Mundo, en el comercio, en la *firma de la Paz de Westfalia*... En otras palabras, se trataba de un orden político inestable y anárquico en el que la guerra se convirtió en un peligro inminente y fue asumiendo dimensiones trágicas porque, con el paso del tiempo, algunos de los más destacados desarrollos de la ciencia moderna se pusieron al servicio de la destrucción de la sociedad humana (Tremolada y Vela, 2019).

Es en este contexto en el que la obra de Kant tenía sentido, pues este filósofo alemán fue un crítico de ese orden fundado en la *razón de Estado* porque condenaba la sociedad humana a vivir en la precaria paz de los tratados y, de esta suerte, en la inminencia de la guerra. La guerra, dice este filósofo que puede considerarse como uno de los resultados más destacados de la Ilustración, ha sido una amenaza permanente porque bajo el orden social moderno los conflictos deben dirimirse con tratados que, por basarse en la soberanía e independencia de los Estados, tienen una legitimidad muy frágil pues no pueden construir la paz, sino establecer simples armisticios condenados a romperse (Kant, 1979). Por esa razón, Kant (1979) sostenía que la paz solo es posible si se limitan las prerrogativas bélicas de los Estados y, en coherencia con esta idea, propuso la construcción de “[...] una federación de pueblos que, mantenida y extendida sin cesar, evitara las guerras y pusiera freno a las tendencias perversas e injustas” (p. 227).

Ahora bien, para que ese análisis esté completo es necesario agregar una quinta perspectiva que permite presentar en orden social de la Modernidad considerando la dinámica compuesta por el imperialismo y el colonialismo que, a su vez, deben entenderse como dos prácticas correspondientes del proceso cultural, político y económico de la Modernidad y, de esta manera, considerando que las estrategias de los

imperios impusieron los principios y valores occidentales en los países colonizados de los otros continentes mediante prácticas que generaron riqueza y desarrollo en Europa, pobreza y atraso en los territorios dominados y, en general, un mundo más desigual, más excluyente y más violento.

Se puede agregar, además, que la sociedad humana no estableció un orden supraestatal para limitar la soberanía estatal. Se establecieron algunas disposiciones que convirtieron la guerra en la *ultima ratio*, sostienen algunos analistas¹, pero no fueron suficientes para poner freno a las ambiciones de los gobernantes que recurrieron con frecuencia a las estrategias bélicas legitimados en la *razón de Estado*. Esta es la lamentable conclusión a la que llegan muchos de los más destacados internacionalistas²,

1 Verhoeven (2000) sostiene que en 1899, tras la *Primera Conferencia de Paz en La Haya*, se buscó limitar la guerra estableciendo fórmulas de arreglo pacífico —buenos oficios, mediación, comisión de encuesta y arbitraje— y se creó la Corte Permanente de Arbitraje que, en estricto sentido, se formaba de una lista de nombres propuestos por los *Estados-parte* y que no tenía vocación de permanencia. Durante la *Segunda Conferencia de Paz en La Haya*, efectuada en 1907, se reformaron las disposiciones anteriores fortaleciendo el sistema de solución de controversias internacionales. No obstante, dice Kellenberger (2007), estas prácticas tampoco lograron erradicar la guerra.

2 Un internacionalista contemporáneo como Schwarzenberger (1951) sostiene que la estructura de la *sociedad internacional* asumió la forma de una aristocracia de Estados soberanos sustentada en una frágil interdependencia.

Lo que caracteriza la sociedad contemporánea establecida como un sistema de Estados, agregan Dupuy (1998) y Quoc *et al.* (1992), es la *descentralización*, esto es el reconocimiento mutuo de la soberanía de los Estados y, en consecuencia, la ausencia de un poder superior a ellos. Sorensen (2011), en un sentido parecido, sostiene que “[...]en el derecho primitivo de las naciones prevalecía la anarquía, esto es, la ausencia de un orden internacional superior a los Estados. En este contexto [continúa Sorensen], los Estados poseían el derecho a la guerra [...]” (p. 683). Existían unos límites morales para hacer la guerra, agrega el internacionalista danés, pero el derecho internacional nunca las definió. En consecuencia, concluye que “[...]los Estados fueron, durante siglos, los únicos jueces de lo que constituía una causa válida y suficiente para ella” (Sorensen, 2011, p. 683).

sociólogos³ y economistas⁴ que han ejercido una opinión muy importante sobre este tema que sigue siendo crucial en el mundo contemporáneo.

América Latina en el contexto soberanista del derecho internacional clásico

Esa estructura del orden global moderno explica, en buena parte, la historia de los Estados latinoamericanos durante el siglo XIX porque, tras las guerras de independencia, y pese a que se establecieron constituciones fundadas en el ideario liberal prevaleciente en Europa Occidental y Estados Unidos, las élites y los líderes políticos prolongaron el autoritarismo heredado de la colonia y, sobre esas bases, propusieron una política exterior soberanista que era coherente con el autoritarismo. En efecto, el autoritarismo que los países latinoamericanos heredaron de la colonia produjo tres procesos sociales que caracterizaron la región y que estaban implicados entre sí: en primer lugar, un proceso político que puede denominarse presidencialismo, pues pese a que los recién nacidos Estados latinoamericanos hacían alarde de instituciones republicanas, recurrieron a la represión política y a la exclusión social que condujeron con frecuencia a guerras internas. En segundo lugar, a un proceso económico opuesto al desarrollo industrial, pues el autoritarismo político era coherente con el modelo de desarrollo basado en la tenencia de la tierra y en la producción de materias primas que heredaron

3 Giddens (1983), por ejemplo, sostiene que el monopolio de la violencia y la homogeneización que durante el absolutismo propiciaron la pacificación interna, dieron origen a una violencia contra el *otro*, contra el *distinto*. Esto explica que los ejércitos, que tenían por oficio imponer y mantener el orden público interno, se hubieran convertido en los vigilantes de las fronteras.

4 Tilly (1992) sostiene que los *Estados nacionales* fueron conformando, de manera paulatina, una estructura política caracterizada por la *anarquía* —esto es, por la ausencia de un orden internacional— en la que los gobernantes de esos Estados nominalmente independientes reconocieron su mutua existencia y su mutuo derecho a existir, o se hicieron la guerra.

de la colonia y que se prolongó en tiempos republicanos⁵. En tercer lugar, y haciendo referencia al problema que interesa en este corto análisis, se puede agregar que el autoritarismo que los países latinoamericanos heredaron de la colonia también se expresó en tiempos republicanos en una política exterior soberanista, pues los nuevos Estados, movidos por la mutua desconfianza, no comprendieron la trascendencia de crear procesos regionales de integración. El fracaso del Congreso Anfictiónico de Panamá es la prueba más destacada de esa actitud de los líderes políticos de la época que terminaron fraccionando la región en pequeños Estados⁶.

Ahora bien, mientras los líderes latinoamericanos de la época consolidaban un sistema autoritario que garantizaba los intereses económicos de las élites, el mundo desarrollado fue transformándose. En efecto, si el siglo XVIII vio a Inglaterra emerger como la protagonista esencial de la primera revolución industrial y convertirse en la sociedad

5 Los estrechos nexos que existen entre el autoritarismo político, el modelo de desarrollo fundado en la tenencia de la tierra y el recurso permanente a la guerra han sido estudiados por muchos pensadores y analistas de la región. Para hacer esta parte del trabajo se consultaron: Mols (1987); Zuleta (2004); Zea (1978); Carpizo (2002, 2006); Sánchez (1980); Valencia (2010); Vela (2016, 2017, 2018); Restrepo (1988); Lambert (1963); Nogueira (1985).

6 El Congreso Anfictiónico de Panamá se instaló finalmente el 22 de junio de 1826 en el antiguo convento de San Francisco —hoy, Palacio Bolívar— de la ciudad de Panamá con la asistencia de un buen número de Estados de la región: La Gran Colombia, México, Perú y la República Federal de Centroamérica. Bolivia y Estados Unidos no llegaron a tiempo. Acudieron, además, los observadores de Gran Bretaña y los Países Bajos. No obstante, las Provincias Unidas del Río de la Plata y Chile se abstuvieron de acudir aduciendo que su presencia se interpretaría como un apoyo a la forma como Bolívar había ejercido la autoridad. Paraguay no fue invitado y el Imperio de Brasil, que había aceptado la invitación, declinó en su interés por haber entrado en guerra contra las Provincias Unidas del Río de la Plata. El libertador, que para esos años empezaba a ver el declinar de su legitimidad, consideró por su parte que el Congreso había perdido sentido desde cuando Santander invitó a los Estados Unidos sin su autorización. Los episodios del *Congreso Anfictiónico de Panamá* han sido estudiados por muchos historiadores destacados: Álape y Arciniegas (1988); Universidad Nacional Experimental Politécnica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (2012).

más rica y más próspera del mundo, el siglo XIX fue testigo de cómo Estados Unidos y Alemania le arrebataban ese protagonismo⁷ convirtiendo el orden global en un escenario crítico de pugnas políticas y de rivalidades económicas que, al mismo tiempo, se fue globalizando porque, como sostiene MacEwan (2001), el incremento del comercio rebasó las fronteras estatales y, en consecuencia, produjo nuevas reglas de organización económica y propició un cambio social, político y cultural de amplias proporciones que puede denominarse *primera fase de la internacionalización de la economía de mercado*.

En otras palabras, la interdependencia, la anarquía y el soberanismo del orden global se unieron a las dinámicas económicas de la *primera fase de la internacionalización de la economía de mercado* e hicieron inminente la guerra porque los gobernantes, movidos por el *soberanismo*, eran incapaces de establecer acuerdos que evitaran una conflagración bélica que para esa época ya contaba con un poder destructivo incalculable⁸. Esta misma idea se puede proponer en términos económicos: se

7 Las dimensiones y consecuencias de la *Revolución Industrial*, un proceso social que se desarrolló desde 1750 en Europa, han sido estudiadas por Ashton (1973), quien agrega que Inglaterra y, cien años después, Alemania y Estados Unidos, conocieron un incremento inusitado de la productividad y de la riqueza con base en el desarrollo del capitalismo y de la industria.

8 Como una paradoja, la ciencia moderna potenció la capacidad destructiva de los hombres. En efecto, la ciencia moderna produjo un saber que fue reduciendo el mundo a un simple objeto de exploración técnica y matemática, y excluyó de su horizonte la vida humana. Russell (1983), en una brillante disertación filosófica sobre la sociedad científica, sostiene que la ciencia, en vez de liberar al ser humano, se ha convertido en un mecanismo para su sometimiento. La ciencia, dice, además de ser poder de conocimiento, es poder de manipulación de los hombres. La ciencia tiene una impresionante capacidad transformadora, pero esa capacidad ha condicionado al ser humano, lo ha puesto al servicio del poder y lo ha llevado a la guerra. La sociedad humana ha logrado un desarrollo de la ciencia y de la técnica que le permite un dominio creciente sobre la naturaleza y, de esta manera, una satisfacción plena de sus necesidades materiales. No obstante, advierte Marcuse (1970), esto se ha hecho a costa de una renuncia de aspectos fundamentales de la vida, como los debates sobre la filosofía, la ética y la estética que se ven reemplazados, de manera creciente, por el cientificismo y la *calculabilidad*:

trataba de unas élites industriales, banqueras y comerciantes que habían instrumentalizado los aparatos estatales en favor de sus intereses y que, más allá de los criterios de humanidad, imponían una racionalidad económica que los estaba llevando hacia la guerra. Por esas razones, muchos pensadores sostenían que ese orden global liderado por los países desarrollados y convertido en un escenario crítico de pugnas políticas y de rivalidades económicas, no tenía alternativa distinta que avanzar hacia una *gran guerra* de proporciones descomunales y de consecuencias nunca vistas⁹.

Tampoco sorprende a ningún pensador que el acuerdo alcanzado en la Conferencia de París hubiera generado la denominada *segunda guerra mundial*¹⁰ porque, más que un acuerdo de paz, el *Tratado de Versalles* no limitó el soberanismo ni proscribió la guerra, no transformó los procesos económicos que condujeron a las conflagraciones bélicas ni propició la superación de la lamentable situación que estaban sufriendo los territorios coloniales que los llevaba a clamar por su independencia¹¹.

América Latina en el contexto de la cooperación que promovió el derecho internacional contemporáneo

La profusa literatura existente exime a quien escribe estas líneas de referir y detallar las causas y las vicisitudes de unos conflictos bé-

“[...]la verdad se reduce al conocimiento científico [...] y de esta suerte, la realidad y el hombre son plenamente *analizables*, pero dejan de tener sentido” (p. 19). Cassirer (1993), por su parte, sostiene que en la medida en que el hombre avanzaba y profundizaba en su conocimiento científico más perdía de vista el mundo en su conjunto y, lo que es peor, a sí mismo.

9 Para realizar este trabajo se consultaron: Keynes (1987); Hobsbawm (1995); Ulianov (1948); Poulantzas (1979); y Marichal (2010).

10 Aron (1961) sostiene que los dos grandes conflictos bélicos del siglo XX se suscitaron a partir de problemas europeos y, fundamentalmente, en territorios europeos y, excepto por la intervención de Estados Unidos y Japón, deben considerarse guerras europeas.

11 Las razones que permiten afirmar que el Tratado de Versalles debe considerarse como una de las causas de la denominada *segunda guerra mundial* se estudian en Vela (2019).

licos cuyos horrores y crueldad marcaron para siempre la historia de la humanidad. No obstante, lo que interesa en esta parte del presente trabajo es advertir que, tras la devastación de las denominadas *guerras mundiales*, nació una nueva conciencia que propició una transformación del orden global y el establecimiento de disposiciones de acuerdo con las cuales los tratados o las reglas generales del derecho internacional prevalecen en el orden interno. Se trataba, en términos jurídicos, de propiciar un tránsito del *soberanismo* característico del *derecho internacional clásico* a la *cooperación* propia del *derecho internacional contemporáneo*¹² y, en términos políticos, de pasar de la interdependencia que se propiciaba en el contexto estatalizado que hacía inminente la guerra, a la multilateralidad que haría prevalecer los intereses superiores de la humanidad (Tremolada y Vela, 2019).

En este punto del análisis es prudente considerar algunos debates teóricos propios de la época para comprender las razones que propiciaron el establecimiento del *derecho internacional contemporáneo*. El primer debate es el que propuso Keynes (1987) sobre la economía mundial y, en este sentido, su crítica frente a la tesis clásica de Clausewitz (1984) según la cual la guerra es un asunto político¹³. Keynes (1987) sostuvo, por el contrario, que existe una relación muy estrecha entre economía, política y guerra, y que en consecuencia debían establecerse institu-

12 Como dijo Bedjaoui (1995), el *derecho internacional clásico* representaba los valores que rigieron hasta antes de la *segunda guerra mundial*, y esos valores coincidían con los intereses de los Estados más poderosos de entonces. Por esa razón, agrega el magistrado de la Corte Internacional de Justicia, ese derecho, que tenía un carácter oligárquico y colonialista, estaba llamado a regir las relaciones entre Estados miembros de un club cerrado y a autorizar a esos Estados a hacer la guerra, a colonizar y a explotar los recursos de otros pueblos.

13 La frase que suele citarse de este militar y analista de la guerra prusiano es: “La guerra es la continuación de la política por otros medios”. Más allá del cinismo que suelen atribuirle, Clausewitz es fundador de un análisis racional de los conflictos bélicos y, en este sentido, proponía que la guerra moderna debe entenderse como un “acto político”.

ciones para regular la economía internacional. El segundo debate que debe considerarse es el que propuso Kelsen sobre el derecho que debe regular las relaciones internacionales. Se trata, en este caso, no del joven Kelsen —esto es, del jurista destacado del Imperio austrohúngaro que actuó en el denominado “círculo de Viena” y cuya obra recibió la crítica de Radbruch— sino del Kelsen maduro que había sido víctima de la persecución del nazismo y que a la sazón estaba viviendo como refugiado en Estados Unidos (Radbruch, 1999; Kaufmann, 1999). En efecto, el trabajo que Kelsen propuso mientras vivió en California es sustancialmente diferente del que realizó en Viena porque no está dedicado a las vicisitudes del derecho dentro del orden estatal, sino a las relaciones internacionales y, en este sentido, porque está dedicado al estudio de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional y, sobre todo, porque siguiendo las tesis de Kant, propone la construcción de la paz mediante la prevalencia y el respeto del derecho internacional. Se puede colegir que la tesis de Kelsen estaba fundada en la propuesta de Kant y, por esa razón, hace prevalecer el derecho internacional sobre el derecho interno. Se trata, en efecto, de un *monismo internacionalista* que limita el *soberanismo* y la *razón de Estado* y que es esencial para establecer la paz en el mundo. Además, se trataba de comprender que hay causas económicas de la guerra y que, en consecuencia, era necesario que la comunidad interviniera para evitarlas (Kelsen 1926/2023; 2008).

En efecto, el *tránsito del derecho internacional clásico al derecho internacional contemporáneo* solo se puede alcanzar si se consideran los debates propuestos por estos pensadores porque ellos dieron sustento a tres nuevas instituciones internacionales: en primer lugar, las que regulan la economía internacional, que tuvieron un hito fundamental en la *Conferencia Internacional de Bretton Woods* de 1944 y que dieron lugar al denominado *derecho internacional económico*; en segundo lugar, las ins-

tituciones que proscriben la guerra, que tuvieron un hito fundamental en la *Conferencia de San Francisco* de 1945 y que dieron lugar al *sistema colectivo de seguridad internacional*; en tercer lugar, las que protegen los derechos humanos que tuvieron un hito fundamental en la *Carta de París* de 1948 y que dieron lugar al *derecho internacional de los derechos humanos* (Tremolada y Vela, 2019).

Se trataba, pues, de una transformación esencial del orden global que propició entre los Estados desarrollados un tiempo de paz y prosperidad sin precedentes —MacEwan (2001) la denominó *segunda fase de la globalización de la economía de mercado*¹⁴— que los Estados latinoamericanos comprendieron en su momento porque transformaron su política exterior abrazando los principios de la cooperación. En efecto, es justo reconocer que la nueva conciencia de paz en el mundo llevó a los Estados latinoamericanos a reconocer la importancia fundamental de la *Carta de San Francisco*. De hecho, ese año se realizó la *Novena Conferencia Internacional Americana* y se aprobó el *Pacto de Bogotá*¹⁵ y, en consecuencia, se estableció el compromiso de acatar el *sistema colectivo de seguridad internacional* y los principios y las reglas de *solución pacífica*

14 Tras la *segunda guerra mundial*, dice MacEwan (2001), surgirá la *segunda fase del proceso de internacionalización de la economía de mercado* que comenzó con el establecimiento de las instituciones de Bretton Woods y las propuestas keynesianas que reactivaron el comercio mundial y que, con algunas transformaciones, han llegado hasta nuestros días.

15 El *Pacto de Bogotá*, que es el tratado constitutivo de la Organización de los Estados Americanos, fue suscrito por 21 países americanos: Argentina, Bolivia, Ecuador, Estados Unidos, Nicaragua, Paraguay, Perú, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Panamá, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. El pacto entró en vigencia el 6 de mayo de 1949. No obstante, los antecedentes de la Organización se remontan a 1890 con la Primera Conferencia efectuada en Washington que estableció la *Unión Internacional de las Repúblicas Americanas*. Con posterioridad, en 1810, la Organización se convirtió en la *Unión Panamericana* y, por fin en 1948, en la *Organización de los Estados Americanos* (Organización de los Estados Americanos [OEA]. 2010; Tirado, 1998; Jaramillo, 1989; Díaz *et al.*, 1989).

de controversias internacionales de las Naciones Unidas y, entre ellas, el procedimiento judicial ante la Corte Internacional de Justicia¹⁶.

No obstante, esos nuevos compromisos internacionales fundados en la cooperación y referidos a la paz, al respeto de los derechos humanos y a la regulación internacional de la economía, chocaron con dos fuerzas que los desnaturalizaron: en primer lugar, con el autoritarismo de los gobiernos de la región —que los novelistas suelen denominar *cesarismo representativo* o *presidencialismo*¹⁷— que se tradujo en prácticas de política exterior soberanistas; en segundo lugar, con la dicotomía simplificadora de la *guerra fría* que condujo a que los conflictos sociales

16 “Los métodos de arreglo pacífico son: los *buenos oficios*, la *mediación*, la *investigación*, la *conciliación*, el *arbitraje* y el sometimiento a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas. De entre los métodos de arreglo pacífico, el *Pacto de Bogotá* le da prioridad al procedimiento judicial e insiste en su carácter obligatorio y definitivo. No obstante, Argentina, Bolivia, Ecuador, Estados Unidos, Nicaragua y Paraguay hicieron reservas frente a la cláusula de jurisdicción forzosa de la Corte Internacional de Justicia” (Tremolada y Vela, 2019, p. 81).

17 “Los novelistas que pertenecieron al denominado *Boom latinoamericano* han identificado el perfil y los patrones de conducta del gobernante que concentra el poder y de la sociedad que lo acepta de manera mayoritaria porque sus prácticas autoritarias se amparan en una imagen mesiánica, o porque se desarrollan en un espacio político determinado por fuerzas mágicas e irrefutables o, en fin, porque despliegan un aparato represivo capaz de atemorizar y frenar todo intento de oposición. Se denomina *Boom* a esa expresión de la literatura latinoamericana que emergió a mediados del siglo XX y que fue reconocida en Europa como un movimiento intelectual de literatos —la obra del mexicano Alfonso Reyes suele señalarse como el hito original— cuya narrativa tiene expresiones artísticas e innovaciones técnicas que conforman sus rasgos comunes. En efecto, la característica común de esta narrativa es la creación de un ‘espacio’ o de un ‘tiempo’ descomunales en los que se funden lo real y lo fantástico —el denominado *realismo mágico*— que, no obstante, no les hace perder su enorme capacidad para reflexionar sobre las críticas dinámicas sociales latinoamericanas y, como se aduce en este trabajo, para caracterizar al gobernante autoritario y, sobre todo, a la sociedad que se somete al ejercicio autoritario del poder. Es difícil nombrar a los autores que hacen parte de este grupo cuya diversidad política también propició sus distancias ideológicas y rupturas. Entre ellos se podrían considerar, por ejemplo, a los mexicanos Octavio Paz y Carlos Fuentes; a los argentinos Julio Cortázar y Ernesto Sabato, al peruano Mario Vargas Llosa, al colombiano García Márquez [...]” (Tremolada y Vela, 2019, p. 54).

de los países de la *periferia* se fueran proponiendo en función de las estrategias globales de las potencias ganadoras de la denominada *segunda guerra mundial* y no en función de su propia realidad social.

En este sentido, hay que insistir en que, pese al proceso constituyente liberal que sucedió a las guerras de independencia, la tradición autoritaria latinoamericana prevaleció dando origen a una política exterior soberanista que propició una inserción incompleta y empobrecedora de los países de la región en la economía global. Como lo ha expresado Hobsbawm (1995), las instituciones liberales no garantizaron que en los Estados de la *periferia* se construyeran sociedades más igualitarias y procesos productivos más eficientes¹⁸. Sen (2000) sostiene, con un sentido parecido, que el autoritarismo promueve un precario ejercicio de la democracia y, de esta manera, propicia una característica típica de la falta de libertad, esto es, una débil producción científica y, en términos económicos, un modelo de desarrollo excluyente fundado en la exportación de materias primas y en el precario crecimiento industrial que propicia una inserción en la economía global en condiciones de dependencia¹⁹.

Fue, pues, este autoritarismo de los gobernantes latinoamericanos que había sido heredado de la colonia, que se había prolongado

18 En efecto, este historiador genial —que conocía el Imperio británico porque era hijo de su sangre y de su cultura, pero que también conocía la *periferia* porque había nacido en Alejandría cuando el Imperio austrohúngaro había desaparecido tras la denominada *primera guerra mundial* y, en consecuencia, cuando Egipto había quedado en manos británicas— sostiene que las posibilidades de los países del Sur tras la descolonización eran muy reducidas: “[...]no resulta sorprendente —dice— que adoptasen, o que se vieran obligados a adoptar, sistemas políticos derivados de los de sus amos imperiales o de sus conquistadores[...].” (Hobsbawm, 1995, p. 348).

19 Una observación detenida de las características de los países más desarrollados es que solo hay desarrollo donde hay libertad porque solo en espacios de libertad de pensamiento hay desarrollo de la ciencia. Por esa razón insiste con frecuencia que el aumento de la libertad del hombre es tanto el principal objetivo del desarrollo como su medio primordial (Sen, 2000).

durante el siglo XIX y que no se había superado en el siglo XX, el que hizo renacer las posturas soberanistas en un contexto global muy complejo que, además, estaba caracterizado por dos grandes dinámicas: en primer lugar, la que impusieron las potencias que ganaron la denominada *segunda guerra mundial*, esto es, la dicotomía simplificadora de la *guerra fría* que tuvo un impacto negativo sobre los países menos afortunados; en segundo lugar, la que promovieron los países colonizados del sudeste asiático y África que, inspirados en las justas ideas de libertad que se proclamaban entonces, gritaron independencia propiciando procesos de emancipación cuyas consecuencias suelen ser excluidas o minimizadas por la *historia oficial* por dos razones: la primera, porque tras siglos de dominación cultural y expolio económico ejecutado sistemáticamente por los imperios europeos, esas proclamas de libertad condujeron a lamentables y empobrecedoras guerras de independencia que prolongaron el horror y la ignominia de los pueblos colonizados y, la segunda, porque los Estados recién nacidos cayeron en la dicotomía simplificadora de la *guerra fría* que actuó como un remolino que absorbió y desnaturalizó sus justas demandas de libertad, convirtiéndolos en escenarios del conflicto que se suscitó entre las potencias que ganaron la denominada *segunda guerra mundial*²⁰.

Hay que agregar que los procesos de descolonización dieron origen a nuevos Estados independientes y, al mismo tiempo, a nuevos enfoques teóricos propios de la *periferia* cuyos paradigmas —que bebieron en las ideas de la Europa de la posguerra como la *teoría crítica*²¹ y en el

20 Brzezinski (1988) sostiene que la *guerra fría* fue el enfrentamiento ideológico, político y económico entre USA y la URSS, dos grandes potencias que triunfaron aliadas en la denominada *segunda guerra mundial* y que se enfrentaron con posterioridad tratando de hacer prevalecer sus respectivos sistemas imperiales, anulando el poder de las naciones europeas y fundados, entre otras cosas, en el acuerdo de la división y reparto de Europa en la *Conferencia de Yalta*.

21 Benjamin es, tal vez, el pensador de la teoría crítica que más ha estudiado la rela-

*pluralismo jurídico*²²— buscaban recuperar y dignificar la *memoria* de los pueblos sometidos y construir alternativas de desarrollo frente a las ideologías prevaletentes. Esto explica que las ideas *poscoloniales* propiciaran en la Asamblea General de Naciones Unidas la conformación de un *bloque Sur* que fue la base de la posterior formación de los *No Alineados* y del planteamiento de un *Nuevo Orden Económico Internacional*, dos propuestas que nacieron en la *periferia* pero que murieron arrasadas por el remolino de la dicotomía simplificadora que impuso la *guerra fría*.

No es el objetivo de esta ponencia estudiar los procesos sociales que se fundaron en las ideas de la descolonización y en los procesos de la *periferia*, ni tampoco desarrollar en profundidad las teorías poscoloniales (Vela, 2017); no obstante, sí es preciso considerar que ese movimiento tuvo un impacto muy importante en América Latina porque, pese a que sus Estados se habían independizado a principios del siglo XIX, los pensadores más coherentes de la región veían que los procesos sociales latinoamericanos tenían algunas dinámicas similares a las que acontecían

ción entre hegemonía, dominación y *periferia*. En este sentido, sostiene que una dominación se establece cuando se imponen los paradigmas de una *civilización* sobre otra y, de esta manera, cuando los paradigmas de la *civilización* que se impone se utilizan para escribir la *historia oficial* y, por este camino, para legitimar el poder que se estableció desde el principio. En los términos geniales de Walter Benjamin se puede decir que la dominación se establece como una *centralización de la historia*. Para realizar este trabajo se han consultado algunas de sus obras más destacadas, como *The Work of Art in the Age of Its Technological Reproducibility, and Other Writings on Media*. Sin embargo, en este caso específico se hace una referencia al breve ensayo *Tesis de filosofía de la historia* (Benjamin, 1938/2008; 2000).

22 El debate sobre la universalidad y la diversidad propició una perspectiva filosófica que enriqueció mucho los fundamentos del derecho. En efecto, en contra del monismo kelseniano emergieron críticas en favor del pluralismo que fueron propuestas en principio por Ehrlich (2005) cuando sostuvo que el intérprete del derecho no debe atarse al formalismo jurídico sino a las dinámicas sociales. Ehrlich sostiene que existe un *derecho viviente* cuyo conocimiento es posible cuando se estudia la observación directa de la dinámica social, esto es, los hábitos y las transformaciones que propician los grupos jurídicamente reconocidos y, también, los grupos ignorados, excluidos o despreciados.

en África y Asia. En efecto, los análisis que consideran las variables de la herencia colonial y, en particular, los estudios propuestos desde la perspectiva *poscolonial*, propiciaron hallazgos novedosos: el primero, que las viejas relaciones imperiales y coloniales dieron paso a nuevas formas de dominio político y de dependencia económica que suelen denominarse *neocolonialismo*; el segundo, que las prácticas de empresas privadas transnacionales ponen en evidencia un poder más grande que muchos de los Estados para definir las relaciones internacionales; el tercero, que esa circunstancia lamentable de dominio político y de dependencia económica de las sociedades de la *periferia* generó una división entre el Norte y el Sur en función de la división ideológica propia de la *guerra fría*.

Anghie (1996; 2016) propone, en este sentido, un debate filosófico sobre dos cuestiones esenciales; la primera se refiere a que el *derecho internacional clásico* terminó imponiendo y justificando el poder de los imperios y legitimando el colonialismo; la segunda se refiere a que tras las guerras de independencia se prolongó la *hegemonía* cultural promovida y reproducida por los países desarrollados mediante el *derecho internacional contemporáneo* que, a su vez, prolongó la dependencia económica de los países de la *periferia*.

Ahora bien, para que esta sucinta ponencia no deje por fuera otras dimensiones analíticas muy importantes del debate que suscitó el colonialismo y la descolonización, es preciso considerar el problema de la *colonialidad*, esto es, la prolongación del proceso cultural que propició el dominio colonial de los imperios europeos, pese a que los países dominados ya habían alcanzado la independencia política. Para explicar este proceso, Quijano (2000) parte del debate filosófico sobre universalidad, pluralidad y diversidad, pero lo aplica a un campo de análisis específico de trascendental importancia en los países de la *periferia* porque, en su

criterio, las guerras de independencia propiciaron la emancipación, esto es, una ruptura con el pasado colonial que, no obstante, no significó una ruptura con la cultura que dio origen y legitimó ese dominio colonial. Los países de la *periferia*, dice el pensador peruano, hicieron guerras y alcanzaron su independencia política; sin embargo, esa emancipación no significó el fin de la *colonialidad* porque los nuevos Estados independientes no rompieron con la forma de pensar que impusieron los países que los colonizaron²³. Esto explica, entre otras cosas, que los nuevos Estados independientes hayan seguido pensando con los paradigmas de la hegemonía que los dominó propiciando, de esa manera, que siguieran atados a las relaciones económicas de dependencia que prolongaron su atraso.

América Latina en el contexto caracterizado por el fin de la guerra fría y la globalización del capitalismo

La implosión de la Unión Soviética trajo consigo el fin de la *guerra fría* en un proceso social muy complejo que no resultaba fácil de comprender desde las perspectivas teóricas dicotómicas que le precedieron. Los hitos que deben considerarse para marcar este proceso social —que algunos filósofos e historiadores denominaron *globalización* en su momento— son la caída del Muro de Berlín, la implosión de la Unión

23 La hegemonía cultural, dice Quijano (2000), es un “patrón” de poder que se produce en muchos ámbitos sociales, como el religioso, el político, el económico y, además, en el del conocimiento, que suele denominarse dominación epistémica porque reproduce y legitima una forma determinada de generar conocimiento que lleva a los dominados a pensar como el que domina —en su lengua y sus paradigmas— y, sobre esas bases, los lleva a pensar los temas de quien domina y, claro, a pensarlos en función de los intereses y estrategias de quien domina. Ese patrón actúa en todos los tiempos, dice Quijano (2000), pero si nos ubicamos en la Modernidad se puede ver en las prácticas del colonialismo que actúan mediante la negación o el silenciamiento de la voz de los pueblos sometidos y de ciertos sectores, pues se trata de una hegemonía que asume el poder de elaborar, reproducir y legitimar el conocimiento y que “subalternizan” y obliteran los conocimientos, experiencias y formas de vida de quienes son así dominados y explotados.

Soviética y la implosión de la exYugoeslavia y de Checoslovaquia, y la característica que le atribuyen a esta etapa de la *modernidad* consiste en un desarrollo vertiginoso e inusitado de las tecnologías de la comunicación que suscitó, en palabras de Hobsbawm (1995), una crisis de los paradigmas que se habían establecido con base en la dicotomía reduccionista de la *guerra fría* y que, al mismo tiempo, potenció los procesos de internacionalización de mediados del siglo XX y puso en evidencia las paradojas y contradicciones que se propician entre la promoción de la economía de mercado, la garantía de los derechos humanos y la paz. Giddens (1993) sostiene que el proceso de *globalización* debe concebirse como la etapa actual del proceso de modernización cuya característica más destacada es “[...] la intensificación de las relaciones sociales en todo el mundo por las que se enlazan lugares lejanos, de tal manera que los acontecimientos locales están configurados por acontecimientos que ocurren a muchos kilómetros de distancia o viceversa” (p. 67).

En general, los sociólogos, los economistas y los juristas que estudiaron este proceso coinciden en afirmar que el complejo proceso de *globalización* se hace evidente en la transformación de las bases políticas y económicas de la sociedad humana y, específicamente, de los paradigmas que se derivan de la racionalidad estatal que ha sido un signo inequívoco de la Modernidad desde sus orígenes en el Renacimiento (Tremolada y Vela, 2019)²⁴.

Siguiendo los nuevos paradigmas de orden global, los países latinoamericanos, incluso en contra de la idea de construir un modelo de desarrollo propio, dirigieron los esfuerzos a adecuar su modelo de desarrollo a las reglas de la economía de mercado. La consecuencia fue desastrosa porque, al mismo tiempo que se alcanzaron algunos incre-

24 Entre los pensadores que se consultaron para esta parte del trabajo están: Sorensen (2010), Valencia (2010), Krugman (2012), Turrow (1995), Sassen (2010) y Rosenau (1990).

mentos del producto interno bruto, se incrementaron las exclusiones sociales y la desigualdad (Tremolada y Vela, 2019). Como dice Stiglitz (2012), este proceso económico trajo consigo consecuencias políticas funestas y, de manera específica, un debilitamiento de la democracia que propició un incremento inusitado de la desigualdad que ha llegado a cifras indignantes.

Algo ha cambiado desde los años ochenta, agrega Judt (2011), que se manifiesta en la obsesión por el crecimiento económico, en la imposición de un materialismo egoísta, en el culto a las privatizaciones y en el incremento de las diferencias entre ricos y pobres. Al principio, dice el reconocido profesor, se divulgó la retórica que acompaña este proceso, esto es, una admiración acrítica por el mercado, el desprecio de lo público y la ilusión de un supuesto crecimiento infinito; no obstante, después se vieron las consecuencias porque con los años noventa llegó la primera de dos décadas perdidas. Por esa razón, concluye Judt (2011), en aras de las fantasías del crecimiento y de la prosperidad personal sin límites lo que se hizo fue dejar atrás el interés por la justicia social o la acción colectiva.

Tiene tanta dimensión este problema que los expertos del Plan de Naciones Unidas para el Desarrollo afirmaron entonces que en los aspectos económico, político y tecnológico el mundo nunca había parecido ser tan libre y tan rico y, a la vez, tan injusto y desigual²⁵. En efecto, analistas como MacEwan (2001) y Rodrik (1998; 1999) pusieron en evidencia que bajo la internacionalización de la economía de mercado se prolongaron las dinámicas de la dominación política y, sobre todo, las

25 La organización internacional propuso un debate sobre desarrollo que reconoció el valor de estas nuevas perspectivas y que se consagró en los documentos de finales del siglo XX y que ha tenido interesantes desarrollos durante el siglo XXI (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD], 2002).

estructuras de la dependencia económica y, en consecuencia, los países denominados *en vías de desarrollo* siguieron mostrando indicadores de desigualdad y pauperización típicos de la exclusión que caracteriza el modelo de desarrollo capitalista.

En contra de esa constante lamentable del autoritarismo —algunos autores la proponen casi como una fatalidad—, es preciso considerar que los tiempos cambian y que las generaciones jóvenes tienen derecho a remover las prácticas políticas del pasado y, en términos democráticos, a establecer nuevas instituciones que les permitan construir un futuro más promisorio. Así lo ha reconocido Valencia (2010) para referirse a los logros alcanzados por los constituyentes colombianos de 1991, y así lo han reconocido Viciano (2012) y De Sousa (1991) cuando estudian las dinámicas políticas que se dan entre quienes buscan reformar el orden institucional y quienes buscan mantener el orden. No obstante, lo que pone en evidencia la historia reciente de la región es lo contrario porque, en los términos de Valencia (2010), los logros alcanzados por los constituyentes colombianos de 1991 fueron desmontados de manera paulatina por reformas que desnaturalizaron sus orígenes democráticos. Viciano (2012) y De Sousa (1991), en el mismo sentido, sostienen que los procesos políticos se dan de manera muy lenta, y aunque cada paso adelante significa un cambio que desbroza caminos y que genera saberes sociales que se van acumulando, hay que considerar que el derecho y las instituciones por sí solos no tienen el poder de transformar los procesos sociales, y mucho menos en una región cuyas élites, apropiadas de los partidos tradicionales y, en muchos casos, amparadas por la Iglesia católica, lograron desarrollar la habilidad de adaptarse a esos cambios institucionales.

Además, es preciso insistir en que el constitucionalismo latinoamericano, que se enriqueció durante la posguerra porque los países de la región adhirieron a los principios de cooperación mediante el compromiso de respetar el derecho internacional, fue desarrollando fórmulas soberanistas que negaron esos compromisos y que incluyeron antinomias en los textos constitucionales. En efecto, como demostraron Tremolada y Vela (2019), en muchas de las constituciones de los Estados de la región se incluyeron cláusulas que hacen prevalecer las reglas del derecho internacional que, no obstante, chocan con cláusulas que hacen prevalecer el derecho interno y que impiden o limitan el cumplimiento de esos compromisos internacionales.

Conclusiones

Propuestas estas reflexiones, se puede colegir que el constitucionalismo latinoamericano adoptado tras las guerras de independencia, que buscaba incorporar las ideas ilustradas de la Europa de la época, no pudo transformar el orden social impuesto durante la colonia porque no logró superar el conflicto entre *autoridad y libertad*, esto es, el conflicto entre la necesidad de construir un Estado y la necesidad de someter el poder al derecho. Con el mismo criterio se puede afirmar que el constitucionalismo de finales del siglo XX, que encontró una región que seguía apegada a las tradiciones políticas autoritarias y a la exclusión social y económica, no logró superar el conflicto entre *libertad e igualdad*, esto es, el conflicto que se suscita entre la necesidad de garantizar las libertades individuales y la economía de mercado y, por otro lado, la necesidad de distribuir la riqueza y de garantizar la participación política de los excluidos (Tremolada y Vela, 2019).

Esto se debe, entre otras razones, a que la política exterior de los países latinoamericanos, pese a que fue pionera en el reconocimiento y

adhesión a los principios de *cooperación* propios del *derecho internacional contemporáneo*, no logró transformar el autoritarismo presidencialista que heredamos desde tiempos coloniales y que se reprodujo en tiempos republicanos. Se generó, de esta manera, una contradicción esencial entre, por un lado, el soberanismo que se deriva del autoritarismo presidencialista y, por el otro, los compromisos internacionales referidos a la paz y la garantía de la dignidad humana. Esta contradicción, a su vez, se convirtió en una antinomia en sus constituciones políticas porque, por un lado, los constituyentes establecieron cláusulas con el deber de respetar los principios y de las normas de derecho internacional como fundamento de la paz, la cooperación y la convivencia social y, por el otro, establecieron cláusulas de acuerdo con las cuales esos compromisos solo pueden cumplirse mediante cláusulas de recepción incluidos en el texto de la Constitución, o mediante leyes aprobatorias.

A estas prácticas que generan antinomias constitucionales hay que agregar que, pese a la emancipación del yugo colonial, la política exterior de los países latinoamericanos siguió atada a los valores señoriales y racistas que se impusieron de manera hegemónica durante la colonia generando, de esta manera, un proceso de *colonialidad*, esto es, la reproducción y legitimación de prácticas políticas y económicas que, por un lado, impiden que los países latinoamericanos dignifiquemos nuestra propia historia, reconozcamos la memoria de los pueblos sometidos y construyamos nuestro propio destino y, por el otro, superemos la tragedia de la dependencia económica que ha generado una inserción incompleta, empobrecedora y excluyente.

Referencias

Álape, A. y Arciniegas, G. (1988). *Historia de Colombia*. Salvat.

- Anghie, A. (1996). *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge University Press.
- Anghie, A. (2016). La evolución del derecho internacional: realidades coloniales y poscoloniales. En A. Anghie, A. Orford y M. Koskeniemi (Eds.). *Imperialismo y derecho internacional* (pp. 95-126). Siglo del Hombre.
- Aron, R. (1961). *Dimensions de la conscience historique*. Plon.
- Ashton, T. (1973). *La Revolución Industrial*. Fondo de Cultura Económica.
- Bedjaoui, M. (1995). La visión de las culturas no occidentales sobre la legitimidad del derecho internacional contemporáneo. *Anuario de Derecho Internacional*, 9, 23-62.
- Benjamin, W. (2000). *The Work of Art in the Age of Its Technological Reproducibility, and Other Writings on Media*. Harvard University Press.
- Benjamin, W. (2008). *Tesis sobre la historia y otros fragmentos* (B. Echeverría, Trad.). Ítaca. (Trabajo original publicado en 1938).
- Brzezinski, Z. (1988). *El Juego Estratégico*. Planeta.
- Carpizo, J. (2002). *El presidencialismo mexicano*. Siglo XXI.
- Carpizo, J. (2006). *Características esenciales del sistema presidencial*. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Cassirer, E. (1993). *Antropología filosófica*. Fondo de Cultura Económica.
- Chevallier, J. (2012). *El Estado posmoderno*. Universidad Externado de Colombia.
- De Sousa, B. (1991). *Estado, derecho y luchas sociales*. ILSA.

- Diaz, J., Ospina, W., Ruíz, J. y Rincón, P. (1989). *América Latina: entre la OEA y Contadora*. Ecoe.
- Doswald, L. & Henckaerts, J. (2012). *Customary International Humanitarian Law*. Cambridge University Press.
- Dupuy, P. (1998). *Droit International Public* (4a ed.). Dalloz.
- Ehrlich, E. (2005). *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*. Marcial Pons.
- Giddens, A. (1981). *Contemporary critique of historical materialism: Vol. I*. University of California Press.
- Giddens, A. (1993). *Consecuencias de la Modernidad*. Alianza Editorial.
- Hobsbawm, E. (1995). *Historia del Siglo XX*. Planeta.
- Hobsbawm, E. (1995). *La era del Imperio*. Grijalbo Mondadori.
- Jaramillo, J. (1978). *Nueva Historia de Colombia*. Planeta.
- Judt, T. (2011). *Algo va mal*. Taurus.
- Kant, I. (1979). *La paz perpetua* (2a ed.). Espasa Calpe.
- Kaufman, A. (1999). *Filosofía del derecho*. Universidad Externado de Colombia.
- Kelsen, H. (2008). *La paz mediante el derecho*. Trotta.
- Kelsen, H. (2023). *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law. (Trabajo original publicado en 1926).
- Kellenberger, J. (2007). Prólogo. En J. Henckaerts y L. Doswald. *El derecho internacional humanitario consuetudinario: Volumen I. Normas* (pp. XI-XIV). Comité Internacional de la Cruz Roja.

- Keynes, J. (1987). *Las consecuencias económicas de la paz*. Crítica.
- Krugman, P. (2012). *End This Depression Now*. Oxford University Press.
- Lambert, J. (1963). La trasposition du régime présidentiel hors les Etats Unis: le cas de l'Amérique Latine. *Revue française de sciences politiques*, 13(3), 577-600. https://www.persee.fr/doc/rfsp_0035-2950_1963_num_13_3_392731
- MacEwan, A. (2001). ¿Neoliberalismo o democracia? Estrategia económica, mercados y alternativas para el siglo XXI. Intermón Oxfam.
- Marcuse, H. (1970). *Ensayos sobre política y cultura*. Ariel.
- Marichal, C. (2010). *Nueva historia de las grandes crisis financieras. Una perspectiva global, 1873-2008*. Sudamericana.
- Mols, M. (1987). *La democracia en América Latina*. Alfa.
- Nogueira, H. (1985). *El presidencialismo en la práctica política*. Nueva Sociedad.
- Organización de los Estados Americanos [OEA]. (2010). *Pacto de Bogotá*. https://www.oas.org/xxxvga/espanol/doc_referencia/Tratado_SolucionesPacificas.pdf
- Poulantzas, N. (1979). *Las clases sociales en el capitalismo actual*. Siglo XXI.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD]. (2002). *Informe sobre desarrollo humano 2002. Profundizar la democracia en un mundo fragmentado*. Mundiprensa.
- Quijano, A. (2000). Colonialidad del Poder, Eurocentrismo y América Latina. En E. Lander (Comp.). *La Colonialidad del Saber: Eurocen-*

trismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas (pp. 122-151). CLACSO.

Quoc, N., Daillier, P. y Pellet, A. (1992). *Droit International Public*. L.G.D.J.

Radbruch, G. (1999). *Relativismo y derecho*. Temis.

Restrepo, C. (1988). Desde la Constitución de 1886 hasta nuestros días. En J. Salvat y R. García (Eds.). *Historia de Colombia*, (pp. 1443-1462). Salvat.

Rodrik, D. (1998). Why do More Open Economies Have Bigger Governments? *Journal of Political Economy*, 106(5), 997-1032. <https://doi.org/10.1086/250038>

Rodrik, D. (1999). *The New Global Economy and Developing Countries: Making Openness Work*. Overseas Development Council.

Rosenau, J. (1990). *Turbulence in World Politics*. Princeton University Press.

Russell, B. (1983). *La perspectiva científica*. R. P. Editoriales.

Sánchez, L. (1980). *Curso de derecho constitucional comparado*. Universidad de Madrid.

Sassen, S. (2010). Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas. En G. Teubner, S. Sassen y S. Krasner (Eds.). *Estado, soberanía y globalización* (pp. 103-122). Siglo del Hombre.

Schwarzenberger, G. (1951). *Power Politics* (2a ed.). London Institute of World Affairs.

Sen, A. (2000). *Desarrollo y libertad*. Planeta.

- Sorensen, G. (2010). *La transformación del Estado. Más allá del mito del repliegue*. Tirant lo Blanch.
- Sorensen, M. (2011). *Manual de derecho internacional público*. Fondo de Cultura Económica.
- Stiglitz, J. (2012). *The Price of inequality: how today's divided society endangers our future*. Norton & Company.
- Tilly, C. (1992). *Coerción, capital y los Estados europeos 990 - 1990*. Alianza.
- Tirado, Á. (1989). *Colombia en la OEA*. Banco de la República.
- Tremolada, E. y Vela, B. (2019). *Paradojas de las controversias territoriales latinoamericanas: Entre el sometimiento a la jurisdicción de la Corte Internacional y la constitucionalización del territorio*. Universidad Externado de Colombia.
- Turrow, L. (1995). *La guerra del siglo XXI*. Javier Vergara Editor.
- Ulianov, V. (2016). *El imperialismo: fase superior del capitalismo*. Cienfuegos. Universidad Nacional Experimental Politécnica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana. (2012). *Congreso Anfictiónico de Panamá*. <http://catedrab-unefa.blogspot.com/2012/02/congreso-anfictionico-de-panama.html>
- Valencia, H. (2010). *Cartas de Batalla. Una crítica al constitucionalismo colombiano*. Panamericana.
- Vela, B. (2015). *Colombia no es una isla. Una contribución al debate sobre la formación del Estado colombiano en el entorno global*. Universidad Externado de Colombia. <https://doi.org/10.57998/bdigital.handle.001.5304>

- Vela, B. (2017). ¿Estados modernos en América Latina? Algunos elementos teóricos para el análisis del orden político en los países de la región. En G. Ramírez, M. Correa y N. Ozuna (Eds.). *Lecciones de derecho constitucional: Tomo I* (pp. 271-341). Universidad Externado de Colombia.
- Vela, B. (2017). Una aproximación crítica a las teorías poscoloniales. En E. Tremolada (Ed.). *Desafíos del multilateralismo y de la paz* (pp. 21-63). Universidad Externado de Colombia.
- Vela, B. (2018). El soberanismo anacrónico de la política exterior colombiana: una reflexión sobre el derecho, la ciencia y el poder referida a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas. En F. Padrón y M. Correa (Eds.). *¿El Estado constitucional en jaque?: Tomo II. El Estado constitucional y el derecho internacional* (pp. 113-144). Universidad Externado de Colombia.
- Vela, B. (2019). *Poder, hegemonía y periferia. Una aproximación crítica al derecho internacional clásico*. Universidad Externado de Colombia. <https://doi.org/10.57998/bdigital.handle.001.5303>
- Verhoeven, J. (2000). *Droit international public*. Larcier.
- Viciano, R. (2012). *Por una asamblea constituyente*. Sequitur.
- Von Clausewitz, K. (1984). *De la guerra*. Editorial Labor.
- Zea, L. (1978). *Filosofía de la Historia Americana*. Fondo de Cultura Económica.
- Zuleta, E. (2004). *Conferencias sobre historia económica de Colombia*. Hombre Nuevo Editores.

El derecho constitucional económico europeo tras la crisis del COVID-19

Elviro Aranda Álvarez

Resumen

Aunque es cierto que el Derecho y, más aún, el derecho constitucional puede ser una herramienta para la transformación social, no menos cierto es que la realidad social, política y, sobre todo, económica pueden impactar en las constituciones produciendo mutaciones y/o reformas constitucionales.

La globalización económica es la mejor muestra de cómo esa realidad hace mutar los textos constitucionales. La disciplina fiscal es uno de esos principios que en los últimos años se ha impuesto en la política económica de los Estados y que ha impactado en las constituciones que tienen un derecho constitucional económico de *economía social de mercado*. En Europa la UEM y las políticas anticrisis (2008 y 2020) nos ponen ante esa tesitura de un derecho comunitario económico que ha producido la mutación del derecho constitucional económico de los Estados.

Las Constituciones de Colombia y España recogen un modelo de Estado social de Derecho como elemento consustancial de sus ordenamientos jurídicos. La adopción de dicho modelo implica una disposición de los recursos y de la organización estatal con un claro carácter finalista, donde la dignidad humana y la igualdad tienen el papel protagónico. Por

lo tanto, las relaciones entre la economía y las instituciones políticas son de vital importancia en la definición, el alcance y la realización del Estado social de Derecho.

El objetivo constitucional de mantener unas cuentas públicas saneadas, con una disposición de los recursos que permita la realización de los postulados del Estado social, es un objetivo a todas luces plausible dentro del modelo. Sin embargo, la adopción de reglas estrictas y de carácter cerrado en el ámbito constitucional pueden restringir las competencias para cumplir con los fines y valores constitucionales.

Palabras clave: disciplina fiscal, Estado social, mutación constitucional, reglas fiscales.

Abstract

Although it is true that Law and, even more so, constitutional law can be a tool for social transformation, it is no less true that social, political and, above all, economic reality can impact constitutions, producing mutations and/or constitutional reforms.

Economic globalization is the best example of how this reality changes constitutional texts. Fiscal discipline is one of those principles that in recent years has been imposed in the economic policy of the States and that has impacted the constitutions that have an economic constitutional right to a social market economy. In Europe, the EMU and the anti-crisis policies (2008 and 2020) put us before that situation of an economic community law that has produced the mutation of the economic constitutional law of the States.

The Constitutions of Colombia and Spain include a model of the social State of Law as an inherent element of their legal systems. The adoption of this model implies a disposition of resources and state

organization with a clear finalist character, where human dignity and equality play the leading role. Therefore, the relationships between the economy and political institutions are of vital importance in the definition, scope and realization of the social rule of law.

The constitutional objective of maintaining healthy public accounts, with a provision of resources that allows the realization of the postulates of the social State, is a clearly plausible objective within the model. However, the adoption of strict and closed rules at the constitutional level can restrict powers to comply with constitutional purposes and values.

Keywords: fiscal discipline, Social state, constitutional mutation, tax rules.

Las incertidumbres ante la Unión Económica y Monetaria tras la crisis del COVID-19

La Unión Europea vive un tiempo clave para su futuro. La crisis provocada por la pandemia de COVID-19 está siendo la prueba de fuego para el funcionamiento de su modelo socioeconómico. Tal es así, que hasta el afianzamiento de sus principios sobre el Estado de derecho y el principio democrático se están debatiendo en el marco de las políticas económico-financieras puestas en marcha para apoyar a los Estados para salir de la crisis. Pero, sin duda, lo que está en cuestión en estos momentos son los términos en los que queda *la gobernanza económica europea* puesta en marcha con el Tratado de Maastricht, reforzada con el PEC de 1997 y las reformas sobre dicho pacto realizadas en los años 2011-2013 fruto de las crisis de 2008.

Desde la aprobación de la Unión Económica y Monetaria (1992) hasta nuestros días, su funcionamiento no ha dejado de producir ajustes; es lógico que así sea, puesto que estamos ante un proceso de integración económica de Estados en el que hay que conjugar política monetaria en

manos de la Unión con políticas fiscal y social en manos de los Estados. Sin embargo, los cambios producidos en los años 2011-2013 fruto de la crisis financiera de 2008 y los cambios fruto de la emergencia pandémica que se han activado desde marzo de 2020 han afectado estructuralmente la arquitectura y los objetivos de gobernanza económica de la UEM. Por ello, es más que previsible que cuando se plantee desactivar la *cláusula general de salvaguardia*, se tenga que abrir un profundo debate sobre los términos en los que ha de seguir funcionando la Unión Económica y Monetaria.

Los problema y desajustes de la UEM, como decíamos, se evidenciaron en la crisis de 2008, y tras las decisiones políticas y reformas normativas producidas en los años 2011-2013 (PEC, MEDE y TEGG) no faltaron propuestas para reforzar dicha Unión: *Informe de los cuatro presidentes (2012)*; *Informe de los cinco presidentes (2015)* o *el Informe de reflexión de la Comisión Europea sobre “la profundización de la Unión Económica y Monetaria”* (31 de mayo de 2017). Sin embargo, durante todos estos años poco se hizo para producir esos cambios y más bien se agudizaron las tensiones entre las propuestas de los países del Norte, empeñados en más disciplina fiscal y control de los presupuestos de los Estados; y los países del Sur, que reclamaban más solidaridad entre todos los Estados y cambios tendentes a la federalización fiscal. El resultado del lustro (2015-2020), en cuanto al refuerzo de la unión monetaria fue poco alentador: fracaso de *la Cumbre del Euro (2018)*, escasos avances en el tercer pilar de la unión bancaria —Sistema Europeo de Garantía de Depósitos (SEDA)—, imposibilidad para convertir el MEDE en un Fondo de Monetario Europeo, etcétera.

La crisis del coronavirus ha alterado hasta los fundamentos más básicos de la UEM. Suspensión de las libertades europeas: circulación, capitales, mano de obra y personas; intervención de los Estados en la econo-

mía con asistencia a sus empresas y trabajadores; libramiento de fondos de emergencia para hacer frente a las necesidades sanitarias, laborales y sociales y, para no extendernos más, aprobación de *NextGenerationEU* con el objetivo de generar una gran ayuda a largo plazo a los Estados para salir de la crisis y reactivar su economía. Todo ello, como ya hemos señalado, mediante la activación de la *Cláusula General de Salvaguardia*.

Si tenemos en cuenta los problemas que arrastraba la gobernanza económica europea desde la crisis de 2008 y los cambios de emergencia que se han puesto en marcha en los meses que llevamos desde marzo de 2020 es bastante evidente que el futuro de Europa se va a “jugar” en su capacidad de redireccionar un modelo económico que conjugue estabilidad presupuestaria, estrategia macroeconómica común a medio plazo y gasto público que haga efectivos los derechos sociales y los intereses públicos. No son pocas las medidas que durante este tiempo se han tomado y que nos llevan a pensar así: el SURE ha sido una solución para evitar despidos masivos durante estos meses que no solo contaba con estudios previos en el ámbito de la Unión, sino que ha demostrado su alta utilidad social y económica. Por supuesto, se ha evidenciado y así se ha llegado a decir en más de un documento de las instituciones europeas durante estos meses, que se han de fortalecer los servicios sanitarios y la capacidad de resiliencia de los Estados en situaciones de emergencia como la que hemos vivido. Desde el punto de vista fiscal, la reforma de la normativa sobre recursos propios que abre la puerta a una mayor autofinanciación de la Unión supone un cambio que no puede pasar desapercibido. Como es sabido, hasta ahora la financiación del presupuesto ha dependido en su inmensa mayoría de las contribuciones de los Estados. *NextGenerationEU* ha generado un nivel de endeudamiento tan grande en la Unión que, irremediablemente, para buscar la solvencia en los mercados internacionales, la Unión ha tenido que poner en marcha un plan de tributos

propios que asegurasen el equilibrio presupuestario. Complemento de lo anterior es el programa de compras de Emergencia para la pandemia (PEPP) puesto en marcha por el BCE mediante el cual se compromete a comprar bonos públicos de los Estados, en un primer momento hasta 750 000 millones de euros y, después, mediante una ampliación, hasta 1,8 billones de euros. Dicho programa refuerza, también la capacidad de autofinanciación de la Unión y demuestra la fortaleza de las instituciones comunitarias (BCE y Comisión).

Por lo tanto, esta necesidad de abrir nuevas vías de autofinanciación con impuestos transnacionales y deuda pública comunitaria está siendo una necesidad en la emergencia que puede convertirse en una oportunidad para reforzar la federalización de la Unión Europea. Sin duda, no serán cambios fáciles de asumir y los defensores del *statu quo* —recuperando la estabilidad presupuestaria y el control de la deuda por encima de otros intereses— aparecerán con fuerza.

La necesidad de integrar estabilidad presupuestaria con la necesidad de no ahogar la inversión pública de los Estados

Las políticas de control del déficit y sostenibilidad financiera no tienen por qué estar enfrentadas a las políticas de gasto público. Muy al contrario, ambos son instrumentos económicos que han de hacerse compatibles para que el Estado cumpla sus objetivos al tiempo que aseguran su viabilidad. El problema surge cuando el principio estabilidad presupuestaria se convierte en una opción política prioritaria que sitúa en un segundo plano cualquier otro interés constitucional o cuando las políticas de gasto se desarrollan sin tener en cuenta criterios de *eficiencia y economía* a medio y largo plazo.

La Constitución española diseña un modelo político en el que la consideración del Estado como social es un elemento estructural. Has-

ta tal punto, es así como la condición de Estado democrático quedaría fuertemente devaluada si no contáramos con un sistema que garantice la educación, la formación y condiciones de vida digna para todos. La igualdad como valor (art. 1.1 CE) y como principio (arts. 14 y 9.2 CE) requiere unos poderes públicos que se comprometan con los individuos y sus necesidades para conseguir, al menos, unas condiciones de vida dignas. La Unión Europea, por mucho que en los últimos tiempos se haya fijado más en las políticas monetaristas y en el desarrollo del libre mercado, tampoco puede olvidar los valores de justicia social que integran sus principios fundacionales. Recordemos que el artículo 3 del TUE, en su apartado 3, habla de *una economía social de mercado altamente competitiva* y de la creación de un mercado interior tendente, entre otros objetivos, a la *consecución del pleno empleo y el progreso social [...] combatir la exclusión social y la discriminación*, así como a fomentar la *justicia y la protección social*. En esa línea se enmarca el importante catálogo de derechos sociales recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Pilar Europeo de derechos sociales.

Parece claro que el marco constitucional de un Estado social y democrático de derecho tiene que hacer compatible el control del déficit público con un gasto público capaz de cubrir las necesidades de un Estado social que produce una *asignación equitativa* de los recursos públicos de acuerdo con los criterios de *eficiencia y economía*. En definitiva, el reconocimiento de que el gasto público es una opción dentro del sistema económico, que hace posible el cumplimiento de las exigencias del Estado social y sus derechos y que, por mucho que la política monetaria y fiscal exijan controles sobre ese tipo de gasto, no se puede llegar a cegar toda posibilidad de que las administraciones públicas participen en la consecución de los objetivos económicos y sociales del Estado. Las políticas de “austeridad” que asumen que la deuda pública es perjudicial para

el crecimiento y que la única manera de reducirla es recortar el gasto y la deuda del Estado mediante superávits presupuestarios, sin considerar el coste social, no tiene en cuenta que, en muchos casos, lo que debe importar es el crecimiento a largo plazo y cómo se distribuya ese crecimiento con el fin de que sea efectivo para atender las necesidades de los individuos y sus derechos. En consecuencia:

Ver el gasto público y el control presupuestario como técnicas de política económica contrapuesta es confundir medios con fines y olvidarse de que, tanto el uno como el otro, han de tener como objetivo la consecución de una economía saneada capaz de aportar al sistema, mediante los principios de *equidad, eficiencia y economía*, los recursos necesarios para una vida con dignidad de las personas (Aranda, 2021, p. 23).

Como recuerda Stiglitz (2020):

Para lograr un mejor funcionamiento de la economía y la sociedad, con ciudadanos que se sientan más prósperos y seguros, el Gobierno debe gastar dinero —para mejorar, por ejemplo, los subsidios de desempleo y financiar la investigación básica— y establecer regulaciones con el fin de evitar que la gente se perjudique entre sí. Por ende, las economías capitalistas siempre han supuesto una mezcla de mercados privado y sector público; la pregunta no es si optar por uno u otro, sino cómo combinamos los dos con las mayores ventajas [...] hay una necesidad de acción gubernamental para lograr una economía eficiente y estable, con crecimiento rápido, y asegurar que los frutos de este estén repartidos equitativamente (Stiglitz, 2020, p. 26).

La crisis económica que ha generado el COVID-19 ha hecho que Europa haya apostado claramente por el gasto público como instrumen-

to para reactivar la economía comunitaria. Sin duda, esta opción es una necesidad para superar el colapso que la crisis ha provocado, pero también es una buena oportunidad para cuestionar debates “estáticos” — como el producido a propósito de la crisis de 2010— sobre el déficit del Estado. Es también una ocasión para empezar a poner en cuestión tesis que tan solo se ocupan de declarar que, por definición, los déficits públicos altos son malos y los presupuestos equilibrados son buenos. Más bien deberíamos plantearnos si la bondad del déficit no está tanto en su extensión sino en el tipo de gasto que con él se realiza. Deberíamos felicitarnos de que el actual *Mecanismo de Recuperación y Resiliencia* señale que la coordinación de las políticas económicas que la Unión debe diseñar en el Semestre Europeo para los próximos años, además de reforzar la competitividad, el potencial de crecimiento y unas finanzas públicas sostenibles, debe introducir reformas basadas en la solidaridad, la integración, la justicia social y una distribución equitativa de la riqueza, con el fin de crear empleo de calidad y crecimiento sostenible, además de garantizar la igualdad de oportunidades y la protección social de los grupos vulnerables.

A partir de estas ideas generales, y de las medidas económicas tomadas por la UE durante esta crisis, se pueden sacar al menos cuatro grandes lecciones:

Primera, la estrategia para afrontar la crisis del COVID-19 está siendo bien distinta a la utilizada en la crisis de 2008. En esta última, se activaron de forma precipitada e improvisada políticas y cambios legislativos tendentes al control del déficit público a la vez que se activaron sistemas de ayudas fuertemente condicionados a planes de ajuste y supervisión macroeconómica. La crisis actual se afronta con una base legal

mucho más estable que ha hecho que, pese a la virulencia de la crisis, tengamos resortes legales más adecuados para actuar.

Nada más constatarse la gravedad de la crisis sanitaria se activó la *cláusula general de salvaguardia* del PEC reformado (2011) que facilita la coordinación de las políticas presupuestarias en tiempos de grave recesión económica. A partir de aquí, los Estados presentaron sus *Planes de Estabilidad y Convergencia* y sus *Planes Nacionales de Reformas* actualizados a la nueva situación.

La UE puso en marcha medidas urgentes en el ámbito sanitario, laboral y social para hacer frente a los efectos más graves e inmediatos de la pandemia (Iniciativa de Inversión para Respuesta al Coronavirus CRII y otras medidas sanitarias y sociales; Instrumento de Apoyo Temporal para mitigar los Riesgos de Desempleo en la Emergencia SURE, que supone la activación de emergencia del régimen europeo de reaseguro de desempleo).

Asimismo, se opta por una respuesta económica coordinada que, entre otras medidas, flexibiliza el marco regulatorio de ayudas del Estado a las empresas. Es el *Marco Temporal relativo a las Medidas de Ayudas Estatales destinadas a respaldar la economía* (Marcos I, II, III y IV) que, entre otras, supone: la concesión de subvenciones directas, ventajas fiscales, garantías estatales para préstamos, la recapitalización de empresas o, incluso, la participación del Estado en el capital de empresas.

Además, se activa un Plan de Recuperación a largo plazo, *NextGenerationEU*, integrado al *Marco Financiero Plurianual (2021-2027)*. Un Plan que requiere aprobar el *NextGenerationEU* (Consejo Europeo, 17-21 de junio 2020), el Reglamento que establece el Marco Financiero Plurianual 2021-2027, la Decisión sobre Recursos Propios, los Programas Sectoriales

para organizar la recepción de recursos y su ejecución y que los Estados presenten sus Planes Nacionales de Recuperación y Resiliencia.

Segunda, se ha demostrado que, en situaciones de crisis y debilidad económica, el gasto público es una buena herramienta para mejorar la economía de los Estados y que los criterios de austeridad establecidos normativamente no hacen más que impedir o dificultar políticas expansivas en el gasto que ayuden a superar esos problemas. En el caso que nos encontramos, una vez evaluada la intensidad de la crisis, todos, instituciones europeas y Estados, están de acuerdo en que se debían activar las *cláusulas de excepcionalidad y emergencia*. De no haber sido la crisis de esta intensidad, o si se hubiera manifestado con un menor efecto para algunos Estados, quizás no hubiéramos estado tan de acuerdo y, ante la falta de consenso, las reglas de control del déficit y la deuda se hubieran presentado como un cinturón que, más que sostener sus economías, habría ahogado a los Estados afectados y les hubiera dificultado su recuperación. Sin embargo, en esta situación excepcional se ha llegado a que el Informe “un año después de la crisis” no solo reconozca la necesidad de mantener la cláusula de salvaguardia hasta finales de 2022, sino también que cuando se afiance la recuperación se debe abrir un debate público sobre el marco de la gobernanza económica europea que recoge el PEC.

Tercera, la crisis del COVID-19 ha desatascado la reforma del sistema de fiscal europeo mediante una normativa para introducir nuevos ingresos propios. Recordemos que, pese a los intentos que se habían hecho durante los últimos siete años, había sido imposible modificar la Decisión sobre recursos propios de 2014 hasta la aprobación de la Decisión 2020/2053 de 14 de abril. Por otro lado, la UE se ha abierto a la financiación mediante la adquisición de fondos en los mercados finan-

cieros a través de un sistema que se parece mucho al de los *eurobonos*. Se dice que el impacto económico de la crisis hace que la Unión deba adaptarse para conseguir la capacidad financiera que en esta situación de emergencia se requiere. La Unión necesita de recursos financieros excepcionales que hagan frente a la crisis del COVID-19 sin que ello suponga aumentar la presión sobre las finanzas de los Estados, que ya están sometidas a una enorme presión para financiar medidas económicas y sociales nacionales. Por esta razón, se faculta a la Comisión, con carácter excepcional, a contraer, en nombre de la Unión, empréstitos en los mercados de capitales por valor de 750 00 millones de euros.

En definitiva, se refuerza el pilar fiscal europeo con una mayor autonomía y solidaridad comunitaria. El aumento de los *recursos propios* y la *emisión de deuda* son los dos instrumentos que las instituciones, en este caso de la UE, tienen para poder financiarse y ganar autonomía. Hasta ahora la financiación de la Unión ha dependido mucho de las aportaciones de los Estados (su asignación en función del PNB es superior al 80 % del presupuesto de la UE) y el acceso a la financiación emitiendo deuda ha sido un instrumento poco utilizado y muy cuestionado por parte de los Estados del norte y del centro de Europa. Si se consiguen ampliar las fuentes de financiación propias de la Unión, aunque sea en unas circunstancias de excepcionalidad y temporalidad, existen muchas posibilidades de que ese sistema permanezca una vez superada la crisis del COVID-19 y, con ello, la UE gane en autonomía y capacidad para mejorar sus políticas de fortalecimiento del pilar europeo de derechos sociales. Mucho más cuando, ahora sí, entre los objetivos de la coordinación económica de la Unión está, además de generar crecimiento económico y estabilidad presupuestaria, la necesidad de hacer efectivo el pilar social europeo.

Cuarta, como señalábamos al inicio de este segundo bloque del trabajo, el Plan de Recuperación Económica que ha puesto la Unión Europea en marcha no solo ofrece un buen ejemplo de la necesidad de políticas públicas de inversión cuando la economía lo requiere, sino que se va a convertir en una oportunidad para reforzar los centros de decisión política de la Unión. *NextGenerationEU* supone una intervención económica de tal magnitud que sería inalcanzable para los Estados sin asistencia. Los Estados se deben poner en manos de la Unión para conseguir los fondos con los que activar sus economías. Ello dará tal fuerza a Europa como organización política y económica durante tanto tiempo (seis años) que, sin duda, puede marcar un hito en la integración de importancia similar al que se produce en el momento en el que se aprobaron los Tratados Fundacionales. Quizás el ejemplo más significativo de lo que estamos diciendo es que es ahora cuando se ha podido aprobar el Reglamento (UE) 2020/2092 del 16 de diciembre de 2020 *sobre el régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión vinculado al respeto del Estado de derecho*. De acuerdo con el Reglamento, se requiere que todos los poderes actúen dentro de los límites establecidos por la ley, de conformidad con los valores de la democracia y del respeto de los derechos fundamentales establecidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Es decir, se ha reforzado la protección del Estado de derecho, que hasta ahora se realizaba por la vía de los procedimientos de infracción de los arts. 258 TFUE y 7 TUE ante el TJUE o mediante la emisión de Informes de recomendación, añadiendo a los anteriores un procedimiento que vincula el libramiento de fondos por parte de la Unión Europea con el respeto a los principios del Estado de derecho. Todo ello, se hace en un momento en el que la Unión ha abierto un tiempo para debatir sobre su futuro en la *Conferencia sobre el futuro de Europa* y se ha presentado la *Comunicación* de la Comisión

del 3 de diciembre de 2020 *sobre un Plan de Acción para la Democracia Europea* en la que se recuerda que *la democracia, el Estado de derecho y los derechos fundamentales son el cimiento en los que se apoya la Unión Europea*. Es decir que, si la acción política continúa en esta dirección, podríamos encontrarnos en una fase en la que se reescribiera Europa desde parámetros menos economicistas y más ajustados a los valores democráticos sobre los que se han conformado sus Estados y la propia Unión Europea. Por supuesto, en este nuevo proceso de construcción de la Unión no se debería olvidar tanto la necesidad de su democratización como el reequilibrio entre poderes, y en el ámbito de los Estados, como señala Ferrajoli en su manifiesto por la igualdad, no se necesita ninguna invención, sino simplemente la actuación, jurídicamente debida, de los proyectos normativos formulados en sus constituciones con la refundación de la esfera pública a través de la reafirmación y el desarrollo de los derechos sociales (Ferrajoli, 2019, p. 92). En definitiva, un proceso de reconstitución económica en la Unión y los Estados donde se dé más valor a los principios del Estado social y democrático de derecho.

Referencias

- Aranda, E. (2021). *Los efectos de la crisis del COVID-19 en el Derecho constitucional económico de la Unión Europea: Una oportunidad para repensar la relación entre estabilidad presupuestaria y gasto público*. Marcial Pons.
- Ferrajoli, L. (2019). *Manifiesto por la igualdad*. Trotta.
- Stiglitz, J. (2020). *Capitalismo progresista. La respuesta a la era del malestar*. Tauros.



III

**DERECHO
CONSTITUCIONAL Y
DERECHO PENAL**

Justicia restaurativa: Aplicación en acuerdos y principios de oportunidad en el proceso penal

Alejandro Felipe Sánchez

Resumen

Los acuerdos y negociaciones en Colombia, como figuras propias del proceso penal de tendencia acusatoria, han experimentado en los últimos años importantes cambios a partir de la jurisprudencia de las altas cortes. Se ha hecho una distinción entre las formas posibles de preacuerdo, las providencias han impuesto límites a la discrecionalidad de la fiscalía, se han establecido unos deberes insoslayables de todos los actores del proceso penal en clave del respeto a la constitución y a las normas y se ha incluido la figura del allanamiento a cargos dentro de las modalidades de acuerdo. El principio de oportunidad se observa hoy desde una perspectiva reparadora; la justicia restaurativa, especialmente la mediación, confluye a través de la constitucionalización del derecho con los mecanismos de terminación anticipada del proceso para dejar de lado una justicia meramente retributiva y darle paso a una verdadera solución para los conflictos generados por el injusto penal.

Palabras clave: justicia restaurativa, mediación, principio de oportunidad, acuerdos y negociaciones.

Abstract

The agreements and negotiations in Colombia, as distinctive criminal process figures of accusatory tendency, have undergone important changes based on the jurisprudence of the High Courts in recent years. A distinction between the possible forms of pre-agreement has been made, the rulings have imposed limits on the prosecution discretion, some unavoidable duties of all the individuals in the criminal process have been established to respect the constitution and norms and raid to charges within the agreement modalities has been included. The principle of opportunity is currently observed from a restorative perspective: restorative justice, especially mediation, converges through the constitutionalization of the law with the mechanisms of early termination of the process to put aside a merely retributive justice and give way to a true solution for the conflicts generated by crimes.

Keywords: restorative justice, mediation, opportunity principle, agreements, and negotiations.

Introducción

El sistema penal de tendencia acusatoria que hoy rige en Colombia es producto de la adopción paulatina de las formas y principios angloamericanos¹, como el *plea bargaining*², que han permitido imple-

1 El modelo norteamericano se caracteriza por ser pragmático, anti formalista, flexible, rápido. El fiscal cuenta con autonomía para decidir sobre negociar o seguir con la etapa de juicio. El 95 % de los casos se resuelven por negociación o terminación anticipada.

2 Cuando el gobierno tiene un caso sólido, puede ofrecerle al acusado un acuerdo de culpabilidad para evitar el juicio y tal vez reducir el exponerse a una sentencia más larga. Un acusado solo puede declararse culpable si realmente cometió el delito y, en audiencia pública, ante el juez, admite haberlo hecho. Véase también en inglés: *When the Government has a strong case, the Government may offer the defendant a plea deal to avoid trial and perhaps reduce his exposure to a more lengthy sentence. A defendant may only plead guilty if they actually committed the crime and admits to doing so in open court before the judge* (Devers, 2011).

mentar las figuras de acuerdos, negociaciones y principio de oportunidad. Las citadas modalidades de terminación anticipada del proceso son propias del sistema acusatorio y no de un sistema de corte inquisitivo³.

El proceso inquisitivo, desde su configuración, estructura y principios, busca alcanzar la verdad material, real, histórica y, consecuentemente, la confesión del procesado se constituye como el medio de investigación más importante (Mata, 2007). Visto desde su contexto, resulta natural que se consagre un sistema de persecución penal de oficio en el que los *súbditos* fueron expropiados de la titularidad de sus conflictos penales (Ferrajoli, 1995) y teniendo la verdad como fin último del proceso, la posibilidad de hacer acuerdos era nula: la verdad no se negocia. Si bien, en torno a la idea de que los acuerdos y negociaciones son propios del sistema acusatorio ha existido amplio e histórico debate⁴, en Colombia —siendo un modelo de Estado social y democrático que decide intervenir en asuntos públicos—, aplicar cualidades dispositivas en el proceso penal de tendencia acusatoria es admisible si se espera encontrar respuestas innovadoras a los conflictos. Precisamente, los acuerdos y las negociaciones se constituyen como formas de gestionar conflictos sociales que son relevantes para el derecho penal y ello justifica la existencia de una *discrecionalidad reglada*.

3 La CSJ ha mantenido la línea de que no se puede aplicar por favorabilidad la figura de los preacuerdos en procesos seguidos bajo la Ley 600 de 2000, pues ello desnaturaliza las bases del sistema de corte inquisitivo. Dice la Corte que no existe dentro del articulado de la Ley 600 de 2000 una figura similar a la de los preacuerdos, de ahí la imposibilidad de su aplicación. Véase como ejemplo en: CSJ. SP, 27 de abril de 2017 Rad. 34.829, auto del 27 de abril de 2022, radicado AEP 00049-2022, radicado 52197 M.P. Blanca Nélide Barreto Ardila y Auto del 18 de mayo de 2022, radicado AEP 060-2022, radicado 27700 M.P. Ariel Augusto Torres Rojas.

4 Dice Langer (2001) que “si el proceso penal es una disputa entre dos partes, es natural que ellas puedan negociar sobre aquella poniéndose total o parcialmente de acuerdo sobre cuál es el objeto de la controversia” (p. 254). Por el contrario, Ferrajoli (1995) afirma que “la negociación entre acusación y defensa es exactamente lo contrario al juicio contradictorio del método acusatorio” (p. 748).

Desde ya se avizoran tensiones: discrecionalidad vs. control; eficiencia vs. garantías. Sus límites no son objetivos; sin embargo, se pueden ver con claridad esos extremos de los que es indispensable huir⁵. Una discrecionalidad no reglada pone en riesgo la seguridad jurídica, y sacrificar completamente las garantías de los intervinientes por un sistema altamente eficiente vulnera los principios constitucionales. Pero, visto desde el otro extremo, un absoluto control y garantismo impedirían la aplicación de estos mecanismos sobrecargando el sistema, vulnerando los derechos del procesado y de la víctima, que no encontraría una alternativa eficaz para satisfacer su necesidad de justicia, verdad y reparación.

Dicha *pugna* ha sido constantemente debatida desde la adopción de estas figuras con el Acto Legislativo 03 de 2002 y, consecuentemente, con la Ley 906 de 2004. La Corte Suprema de Justicia en sede de Casación y Tutela ha asumido varias posturas que oscilan entre garantismo-control y eficiencia-discrecionalidad (Corte Constitucional, Sala Plena, SU-479, 2019). El debate se centra en torno a qué se puede negociar; cuáles son los límites de la fiscalía en la concesión de beneficios dentro de esta forma de justicia premial; cuál es el estándar de prueba requerido para su aprobación; cuál es el rol de la fiscalía, del juez, la defensa y la víctima; entre otros aspectos controversiales (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP359, 2022).

Conceptualmente, los acuerdos y negociaciones en Colombia se han definido como un proceso dialéctico, contractual, con expresión de expectativas tanto de la defensa como de la fiscalía, en el que se discuten las pretensiones de cada parte. Se erigen como la facultad discrecional del ente acusador para negociar la responsabilidad penal a través de un

⁵ Muy acertadamente lo sostiene Sferlazza (2005), “el modelo inquisitivo puro era, por demás, eficiente, pero no el más recomendable en términos de justicia y democracia” (p. 65).

análisis de las potencialidades reales de sus evidencias, de tal forma que el fiscal decide si son suficientes para llevar a juicio al procesado o si deviene más conveniente consolidar una negociación para obtener una sentencia condenatoria anticipada (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP287, 2022).

La Corte Constitucional en sentencia SU-479 de 2019, retomando lo establecido en la sentencia C-1260 de 2005, marcó un hito en esta materia al estudiar dos casos en sede de revisión de tutela en los que se habían concedido unas rebajas desproporcionales de pena en eventos en los que se involucraban a personas vulnerables (habitante de calle) y sujetos de especial protección constitucional (mujer en condición de discapacidad). En esta providencia se establecieron unos límites a la discrecionalidad del fiscal al momento de celebrar preacuerdos a partir del respeto de la Constitución y la ley (Corte Constitucional, Sala Plena, SU-479, 2019).

Se llegó a la conclusión de que, en los casos que busquen reconocer la circunstancia de marginalidad, necesariamente esta debe estar acreditada con un mínimo de prueba y que existen algunos eventos en los que, debido a la gravedad de los delitos investigados y a la situación de especial vulnerabilidad de las víctimas, se debe aplicar un enfoque diferencial al momento de estructurar los términos del preacuerdo (Corte Constitucional, Sala Plena, SU-479, 2019).

En virtud de esta providencia, la Corte Suprema de Justicia, en el radicado 52227 de 2020 se refirió a los límites de la fiscalía para hacer concesiones en los acuerdos; estos son, en resumen, que la calificación jurídica deba ajustarse a los hechos, las calificaciones jurídicas diferentes solo operan para efectos punitivos, no se permiten rebajas desproporcionales e irrazonables, debe brindarse una especial protección a las víctimas de atentados graves contra los derechos humanos y a las que pertenecen a

grupos especialmente vulnerables, entre otras (Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP2073, 2020).

La Corte realizó una clara distinción entre los preacuerdos *con base fáctica* y *sin base fáctica*; en los primeros se emite condena por el delito preacordado y se pueden aplicar los beneficios y subrogados que dicho delito permita. Esta modalidad exige un mínimo de prueba que evidencie que el cambio corresponde al principio de legalidad; en los segundos, sin base fáctica, la condena se emite por el delito imputado, en tanto que la variación de la calificación jurídica únicamente se realiza para efectos de una reducción punitiva y no requiere ningún tipo de prueba para aprobarse (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP2073, 2020).

Es necesario precisar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha entendido que dentro de la figura *acuerdos* están incluidos, también, las *imputaciones acordadas* y el *allanamiento* a cargos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP384, 2019; Sentencia radicado No. 36367, 2011). La tesis actual señala que antes de llegar a la audiencia en la que se va a producir el allanamiento, la fiscalía y la defensa deben acordar todas las consecuencias de la conducta punible, de tal modo que, una vez verificado por el juez que el allanamiento es libre, voluntario e informado, así como la existencia de consenso sobre la pena y su forma de ejecución, la única actuación subsiguiente en el trámite es la adopción del fallo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP3883, 2022).

Otra figura de terminación anticipada del proceso que es de alta trascendencia para la solución anticipada de los conflictos penales con un componente reparador y restaurador es el principio de oportunidad. Esta figura fue introducida a nuestro ordenamiento jurídico con el Acto Legis-

lativo 03 de 2002 siendo una excepción al principio de legalidad, definido como un mecanismo constitucional del que puede hacer uso la fiscalía cuando, pese a existir mérito para acusar, suspende, interrumpe o renuncia a la acción penal por razones de política criminal taxativamente establecidas en la ley (Código de Procedimiento Penal [CPP], 2006, art. 321).

Está regulado en los artículos 321 a 330 del CPP y fue adicionado por la Ley 1312 de 2009. Presenta tres modalidades: renuncia, interrupción y suspensión (Resolución 4155, 2016). Se puede aplicar desde la etapa de indagación y hasta antes del inicio de la audiencia de juzgamiento. En los casos de allanamiento o preacuerdo se puede aplicar hasta antes de la audiencia de individualización de pena y sentencia (Fiscalía General de la Nación, 2019).

Exige un mínimo probatorio para establecer la autoría o participación del procesado en la conducta y no se puede aplicar cuando se trate de graves violaciones al derecho internacional humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, tampoco en casos en los que la víctima sea un menor de edad de conductas dolosas, ni en delitos de tráfico de estupefacientes, terrorismo, financiación de terrorismo, entre otros, cuando se trata de jefes, cabecillas o directores de organizaciones delictivas (Fiscalía General de la Nación, 2019).

Esta figura se erige dentro del principio de proporcionalidad que permite determinar la procedencia de su aplicación a través de un ejercicio de ponderación de los intereses del Estado, las partes del proceso, las víctimas y la sociedad. Dicho test debe hacerse sobre la base de principios como la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto (Fiscalía General de la Nación, 2019). Dicho mecanismo prevé en su causal séptima la suspensión de la acción penal en aplicación de la justicia restaurativa. Por ello, se abordará brevemente la imperiosa nece-

alidad de aplicarla y se explicará con un ejemplo práctico sus beneficios y utilidad. Si bien esta forma de justicia resulta de muy poca difusión, tiene la ventaja de que no solo puede llegar a extinguir la acción penal o, en otros casos, a generar unos beneficios punitivos considerables, y, además, repara a las víctimas y reconstruye el tejido social.

La justicia restaurativa emerge de un contexto internacional en el que, en virtud de la magnitud del daño causado en determinadas comunidades, era imposible reestablecer el tejido social a través de la pena. Este es el caso de los tribunales de Nuremberg, los tribunales *ad hoc*, los tribunales mixtos y, actualmente, la Corte Penal Internacional, en los que se juzgaron las atrocidades cometidas en contextos de guerras, genocidios, violaciones generalizadas y sistemáticas de derechos humanos y se implementaron conceptos alternativos a la justicia retributiva como el reconocimiento de la responsabilidad de los procesados, el arrepentimiento, la verdad, la reparación simbólica, el perdón, entre otros (Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR], 2010).

En Colombia, la Ley 906 de 2004 introduce la justicia restaurativa buscando no centrarse únicamente en el castigo del procesado, sino en su reinserción a la sociedad, en la solución efectiva del conflicto y en la satisfacción de las víctimas. Además, lo define como todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo con o sin la participación de un facilitador (CPP, 2006, art. 518); y está regido por el artículo 519 de la misma norma que demanda el consentimiento libre y voluntario de víctima e imputado, la proporcionalidad de los acuerdos, la imparcialidad e imposibilidad de asumir las negociaciones en caso de fracaso como indicio de culpabilidad, entre otros.

Determina tres mecanismos para su aplicación: la conciliación pre procesal como requisito de procedibilidad en delitos querellables que, en caso de acuerdo, produce el archivo de las diligencias. La conciliación en el incidente de reparación integral que extingue cualquier otro tipo de actuación civil y la mediación como mecanismo que busca “permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta” (CPP, 2006, art. 523). La mediación puede presentarse como reparación, restitución o resarcimiento de perjuicios por medio de la realización o abstención de conductas, a través de la prestación de servicios a la comunidad o del pedimento de perdón. Procede desde la formulación de la imputación hasta antes del inicio del juicio oral para los delitos de oficio con un mínimo de pena no superior a cinco años de prisión y en aquellos que exceden este límite, la mediación puede ser considerada para el otorgamiento de beneficios durante la actuación (medidas no privativas de la libertad, entre otros), aquellos relacionados con la dosificación de la pena (por ejemplo, partir del mínimo del cuarto mínimo) o el purgamiento de la sanción (prisión domiciliaria o suspensión de la ejecución de la pena) (CPP, 2006, art. 524).

Surge entonces una pregunta: en los casos en los que la pena mínima del delito excede los cinco años, ¿es posible integrar la justicia restaurativa y la mediación en la dinámica de los acuerdos y el principio de oportunidad? Sí, la misma norma lo establece y ello ha permitido a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales integrar esta figura para conceder, en cualquier etapa del proceso, beneficios en aquellos delitos que por su gravedad no es posible terminarlos por la sola mediación o conciliación (Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal, Rad. No. 05001-60-00206-2017-51893, 2022).

Lo mismo se puede predicar de la mediación integrada al principio de oportunidad, pues pese a que no se encuentra incluido en el artículo 521 del CPP, sirve de escenario para materializar la justicia restaurativa (Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2020). Entre sus posibilidades de integración se encuentran la causal séptima en los delitos cuya pena mínima no sea mayor a cinco años (CPP, 2006, art. 324), con la causal primera cuando la pena máxima del delito no exceda seis años y con la causal sexta que combina la mediación y el principio de oportunidad en casos de homicidio culposo agravado, lesiones culposas agravadas y algunas lesiones dolosas (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP2671, 2020).

En delitos cuya pena mínima es superior a cinco años, también es posible conjugar justicia restaurativa y preacuerdos a efectos de obtener rebajas de pena que pueden ser superiores al 50 %, la concesión de subrogados penales o en los delitos en los que están proscritos los beneficios, al momento de la dosificación, que se parta del mínimo del primer cuarto.

Para un mejor entendimiento de la utilidad de esta forma de justicia, se explicará a continuación un ejemplo de aplicación práctica de la mediación integrada con principio de oportunidad y preacuerdo para solucionar un conflicto de gran magnitud que trasciende lo penal y a sus intervinientes directos.

Piénsese en un caso ocurrido en alguna vereda del departamento de Nariño en el que un grupo de seis personas conformadas por dos socios administradores y cuatro trabajadores, se dedican a la extracción minera en la modalidad de socavón desde hace más de 10 años; primero, de manera meramente artesanal y, ahora, un poco más industrializados.

Si bien, ya hicieron el trámite para pasar de la informalidad a la legalidad, obteniendo la licencia para la extracción de oro, el método

empleado para acceder a los yacimientos produjo un grave deterioro del nivel freático de la región, con afectación de los recursos hídricos, dejando grietas, erosiones y deslizamientos debido al mal manejo de drenaje de las aguas de la mina, lo que generó movimientos en masa y arrastre de material, tierra y escombros por la lluvia. Producto de lo anterior, se vieron afectados los suelos y su vegetación, especialmente los árboles, lo cual determinó un deterioro del ecosistema: flores, frutos, tallos, hojas; consecuentemente, numerosas especies de fauna del sector, sin contar con la desmejora del paisaje natural de la zona.

Todas estas conductas perjudicaron gravemente a la comunidad que habita la vereda, no solo por la intranquilidad generada por la nueva maquinaria de las excavaciones, sino por el deterioro del agua que usaban para su consumo; por la migración y destrucción de especies de fauna y flora; así como por la afectación de plantaciones, huertos y sembríos tanto para su alimentación como para la comercialización.

La misma comunidad decidió denunciar las irregularidades en la explotación del yacimiento minero y la afectación al medioambiente. La Fiscalía General de la Nación, en diligencia de allanamiento, corroboró todo lo denunciado; se ordenó como medida preventiva el sellamiento de la mina, se incautó la maquinaria y meses después fueron capturadas las seis personas; dos socios y cuatro trabajadores imputándoles el delito de contaminación de recursos naturales por explotación de yacimiento minero, establecido en el artículo 333 del CP en calidad de coautores con una pena de cinco a 10 años y multa de 15 000 a 30 000 SMLMV.

Antes de llegar a la audiencia de acusación, el abogado defensor le propone al fiscal la aplicación de un principio de oportunidad para todos los involucrados en virtud de la causal séptima del artículo 324 del CPP, cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el

marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas, ya que se trata de un delito cuyo mínimo de pena no excede los cinco años, de ahí que sea posible solucionar el conflicto a través de los mecanismos de justicia restaurativa.

El fiscal acepta aplicar el principio de oportunidad previa la realización de una mediación únicamente para los cuatro trabajadores y en el caso de los dos dirigentes accede a celebrar un preacuerdo integrado con mediación para conceder un mayor beneficio. Fiscalía, defensa y comunidad, llegan al consenso de designar una mediadora que sea experta en solución de conflictos y en medioambiente. Decidieron elegir a Paola, bióloga con énfasis en ecología, especialista en derecho ambiental, juez de paz y mediadora de conflictos.

Paola decide crear, en conjunto con las partes y la comunidad, un plan metodológico para reparar, restituir y resarcir los daños causados al medioambiente así: los investigados se comprometen a reforestar parte de los socavones de la zona afectada con las especies nativas de la región, reestablecer en lo posible los cursos hídricos, recuperar los suelos intervenidos por la minería de los que ya no se extrae oro y volverlos productivos para los habitantes del sector a través de la siembra de árboles maderables, árboles frutales, pastizales y estanques para piscicultura.

Los seis investigados se comprometieron a capacitarse en las normas, reglas y directrices relacionadas con su actividad minera para prevenir daños futuros al medioambiente, a hacer una campaña pedagógica sobre minería sostenible, con énfasis en la restauración de los suelos y finalmente a reparar económicamente a cuatro familias que perdieron sus cultivos como consecuencia de la contaminación por escombros y movimientos en masa.

En aplicación del principio de oportunidad, se suspende la acción penal para los cuatro trabajadores hasta que cumplen con las condiciones impuestas y para los dos socios se llega al acuerdo de reducir la pena en un 65 % y en la misma proporción la multa así: pena de prisión de 21 meses, multa de 5 250 SMLMV y la suspensión de la ejecución de la pena.

Pasados unos meses se verificó el cumplimiento periódico por parte de la mediadora y de la fiscalía hasta completar satisfactoriamente el plan metodológico de mediación por parte de los seis procesados. Se extinguió la acción penal para los cuatro trabajadores; se presentó el preacuerdo de los dos socios ante juez de conocimiento para su aprobación y se fundamentó que pese a que los porcentajes de reducción de la pena están por encima de los topes establecidos en la Ley 906 de 2004, al realizar un juicio de proporcionalidad avalado por la jurisprudencia para cada caso en concreto, resulta posible para el juez aprobar dicha negociación al ponderar el arrepentimiento de los procesados, el perdón y reconciliación de estos con la comunidad afectada, la reparación y resarcimiento de los daños causados al medioambiente y a las familias afectadas por sus acciones, la participación activa en procesos de fortalecimiento de actividades productivas alternativas a la minería, entre otros aspectos que permiten retribuir a los procesados con una mayor rebaja punitiva, otorgándoles la posibilidad de reintegrarse a la sociedad y a sus familias. El preacuerdo fue aprobado por el juez de conocimiento. Con todo esto, es posible concluir que si los procesados hubiesen aceptado cargos o llegado hasta juicio, seguramente se habrían obtenido varias condenas que satisficiesen los intereses de una justicia retributiva; sin embargo, la comunidad hubiese quedado con las mismas afectaciones, el medioambiente no habría sido reparado y el resquebrajamiento del tejido social hubiese sido inevitable; de ahí que resulta imperioso aplicar todas estas posibilidades de terminación anticipada de los procesos

que son viables en el marco de la constitucionalización del derecho penal, erigiendo al juez de conocimiento como juez constitucional garante de derechos fundamentales de las partes e intervinientes, propendiendo por lograr un equilibrio entre eficiencia y garantismo, haciendo un control a la discrecionalidad reglada de la fiscalía (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP2073, 2020), todo ello respetando la dignidad humana, la humanización del proceso penal y la participación de ofensor y ofendido en la solución de los conflictos que interesan y trascienden al derecho penal.

Referencias

- Código de Procedimiento Penal [CPP]. (2006). http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html
- Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR]. (2010, 29 de octubre). *Tribunales ad hoc*. <https://www.icrc.org/es/doc/war-and-law/international-criminal-jurisdiction/ad-hoc-tribunals/overview-ad-hoc-tribunals.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (2019, 15 de octubre). Sentencia SU-479 [M. P.: Ortiz, G.].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2011, 7 de diciembre). Sentencia radicado No. 36367. [M. P.: Barceló, J.].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2019, 13 de febrero). Sentencia SP384 [M. P.: Salazar, P.].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2020, 14 de octubre). Auto AP2671 [M. P.: Hernández, L.].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2020, 9 de julio). Sentencia SP2073 [M. P.: Salazar, P.].

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2022, 16 de febrero). Sentencia SP359 [M. P.: Acuña, J. y Chaverra, G.].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2022, 26 de octubre). Sentencia SP3883 [M. P.: Quintero, H.].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2022, 9 de febrero). Sentencia SP287. Salvamento de voto del magistrado Fernando León Bolaños Palacios [M. P.: Hernández, L.].
- Devers, L. (2011). Plea and charge bargaining. *Research Summary*, 1, 1-6: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://bja.ojp.gov/sites/g/files/xyckuh186/files/media/document/PleaBargainingResearchSummary.pdf&ved=2ahUKEwif_O3yhOr9AhXOSzABHTeUDRIQFnoECAOQA-Q&usg=AOvVaw2MpIG_2CFa-s4KawfIZReO
- Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. (2020, 29 de julio). *Consolidación de la Justicia Restaurativa en la Ley 906 de 2004* [Archivo de video]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=cddKCccQ-3DI&ab_channel=EscuelaJudicialRLB
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta.
- Fiscalía General de la Nación. (2016, 29 de diciembre). Por medio de la cual se reglamenta la aplicación del principio de oportunidad y se deroga la resolución 2370 de 2016. [Resolución 4155 de 2016]. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Resolucion/30034013>

- Fiscalía General de la Nación. (2019). Principio de oportunidad: Nociones y procedimiento. <https://salapenaltribunalmedellin.com/images/doctrina/libros02/Principio-de-Oportunidad-Nociones.pdf>
- Langer, M. (2001). La dicotomía acusatorio-inquisitiva y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. En E. Hendler (Comp.). *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado* (pp. 239-268). Editores del Puerto.
- Mata, J. (2007). *La reforma procesal penal de Guatemala del Sistema Inquisitivo (juicio escrito) al Sistema Acusatorio (juicio oral)* [Tesis de doctorado, Universidad Autónoma de Barcelona]. Dipòsit Digital de Documents de la UAB <https://ddd.uab.cat/pub/tesis/2007/tdx-1114108-111218/jfmv1de1.pdf>
- Sferlazza, O. (2005). *Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada*. Distribuciones Fontamara S.A.
- Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal. (2022, 22 de febrero). Rad. No. 05001-60-00206-2017-51893 [M. P.: Bustamante, O.]

La naturaleza epistemológica del proceso penal en el control judicial a los preacuerdos

John Jairo Castro Calvache

Resumen

En este documento se analiza el límite impuesto por la Corte Suprema de Justicia a la modificación fáctica de los hechos jurídicamente relevantes, mediante la figura del preacuerdo. Para ello, se tiene en cuenta que, dentro de la lógica del proceso penal acusatorio, el juicio no se concibe como un escenario para descubrir la verdad, sino de confrontación dialéctica de hipótesis que permite acoger la versión con mayor capacidad de explicar los acontecimientos.

Desde ese punto de vista, se concluye que esa limitación impuesta a los preacuerdos es contraria a la lógica epistémica del proceso penal acusatorio, pues le confiere un matiz marcadamente inquisitivo, ya que convierte a la teoría del caso de la fiscalía, en una verdad definitiva sin necesidad de ser sometida a la contradicción propia del juicio. Por esa vía, en lugar de aproximar la decisión judicial a la realidad de lo sucedido, se corre el riesgo de obligar a las partes a plantear salidas alternas al proceso, sobre la base de una versión de los hechos que una de las partes construyó de forma parcializada.

Palabras clave: epistemología, proceso penal, preacuerdos, control judicial.

Abstract

This paper analyzes the limit imposed by the Supreme Court of Justice to the factual modification of the legally relevant facts, through the figure of the plea bargaining. For this purpose, we assume that in the logic of the accusatory criminal process, the trial is not conceived as a scenario for discovering the truth, but as a dialectical confrontation of hypotheses that allows to accept the version with the greatest capacity to explain the events.

From this point of view, it is concluded that this limitation imposed on plea bargaining is contrary to the epistemic logic of the accusatory criminal process, as it confers a markedly inquisitorial nuance, since it converts the theory of the prosecution's case into a definitive truth without the need to be subjected to the contradiction of the trial. In this way, instead of bringing the judicial decision closer to the reality of what happened, there is a risk of forcing the parties to propose alternative ways to end the process, based on a version of the facts that one of the parties constructed in a biased manner.

Keywords: epistemology, criminal process, plea bargaining, judicial control.

Introducción

La implementación de un sistema procesal penal va mucho más allá de la expedición de una ley, pues es el reflejo de una cultura, de la concepción de los ciudadanos sobre sus instituciones y del nivel de civilidad que una sociedad quiere implementar en el juzgamiento de las conductas desaprobadas¹. Por eso, el cambio normativo que supuso la

1 “Los poderes conferidos al juez (y, a veces, al ministerio público, como sucede singularmente en el campo penal) para la reconstrucción del hecho, en realidad, dependen ciertamente del carácter que se quiera dar a las relaciones entre individuo y autoridad [...]” (Ubertis, 2017, p. 35).

entrada en vigor del sistema penal oral acusatorio ha sido tan problemático en nuestro entorno, ya que durante años estuvimos familiarizados con un modelo procesal marcado por los rasgos escritos, la dilatación temporal de los trámites y los ritos formales sin los cuales las diligencias perdían validez.

En ese sentido, podríamos decir que el cambio supuso un auténtico encuentro entre dos mundos, que en la práctica nos ha llevado a tratar de implementar las figuras propias del nuevo proceso penal, con la mirada puesta en el horizonte del esquema derogado, lo cual evidencia una profunda confusión conceptual, al desconocer que cada trámite obedece a una fundamentación sociocultural y filosófica muy disímil (Guerrero, 2007).

Lo anterior no implica que, por ser un modelo importado, el Sistema Penal Acusatorio (SPA) deba desecharse de nuestro entorno jurídico, pues ello dejaría de lado su capital importancia en punto de la eficiencia de la Rama Judicial en su especialidad penal y el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado colombiano frente a los estándares internacionales de protección de derechos humanos.

Tampoco se quiere significar que un modelo procesal como el SPA se pueda poner en marcha de una única manera, o que en alguna latitud exista o haya existido un modelo puro que deba seguirse en su implementación². De ese modo, entre todos los SPA es razonable encontrar diferencias o matices que no impiden que los modelos se califiquen como “acusatorios”³.

2 “La distinción entre sistema acusatorio y sistema inquisitivo puede tener un carácter teórico o simplemente histórico. Es preciso señalar que las diferencias identificables en el plano teórico no coinciden necesariamente con las detectables en el plano histórico, por no estar siempre conectadas entre sí lógicamente” (Ferrajoli, 2011, p. 563).

3 “[...] parece ineludible la constatación de que ‘cada uno de los dos sistemas recibe, en sus aplicaciones concretas, temperaturas más o menos sensibles’ y que, por tanto,

Entonces, al margen del debate sobre los rasgos que lo caracterizan y aquellos que pueden ser modificados o incluso no estar presentes sin que el SPA pierda su naturaleza, lo cierto es que toda modificación o ajuste del procedimiento requiere una fundamentación teórica suficiente, que propugne por edificar un modelo de enjuiciamiento cuyas soluciones sean consistentes con sus postulados fundamentales⁴.

En ese sentido, este escrito plantea que, para dar solución al problema del control judicial a los preacuerdos, nuestra jurisprudencia acogió una solución que percibe al proceso penal como una mera confrontación de derechos, al amparo de la cual se ha distorsionado la *naturaleza eminentemente epistemológica* del modelo acusatorio, afectándose las posibilidades de que en un preacuerdo se adopte una decisión correcta, esto es, que no se pueda calificar como “*error judicial*”⁵.

El control judicial a los preacuerdos en el marco de la epistemología del proceso penal

Para efectos de esta disertación, entiéndase por “*naturaleza epistemológica*” del proceso penal, su diseño como una herramienta con etapas, roles y reglas dispuestas para permitir al juez la aproximación más objetiva posible a la realidad de los hechos acaecidos. Toda vez que la

no parece que actualmente pueda hallarse en la experiencia jurídica auténticas realizaciones de uno de los dos arquetipos en su pureza, por lo que cumplen eminentemente la función de señalar líneas de tendencia” (Ubertis, 2017. p. 42).

4 “Esta asimetría ha sido fuente de muchas confusiones, habiendo dado lugar a que a menudo fueran considerados como esenciales de uno u otro modelo teórico elementos pertenecientes de hecho a sus respectivas tradiciones históricas, pero lógicamente no necesarios en ninguno de los dos o compatibles con ambos” (Ferrajoli, 2011, p. 563).

5 “Tanto jueces como académicos han insistido enfática y repetidamente en que el más fundamental de estos valores u objetivos es el primero; el de averiguar si en efecto ha ocurrido el delito que se alega y, si es el caso, determinar quién lo cometió. La Corte Suprema de los Estados Unidos sintetizó lo anterior en 1996 diciendo que el “propósito básico del proceso penal consiste en la determinación de la verdad”. Y es que sin una determinación acertada de los hechos es imposible alcanzar justicia” (Laudan, 2013, p. 22).

labor judicial puede asemejarse a la del historiador o antropólogo, que a partir de vestigios intenta reconstruir hechos acaecidos en el pasado, el proceso penal tiene dispuestos unos mecanismos lógicos que permiten dicha reconstrucción, reduciendo los sesgos o errores judiciales en la mayor medida posible.

Ferrajoli (2011) llama a esta característica del proceso penal:

Principio de estricta jurisdiccionalidad [es decir, un método de averiguación de la verdad procesal que asegura] la obtención de una verdad mínima en orden a los presupuestos de la sanción, pero también garantizada, gracias al carácter empírico y determinado de las hipótesis acusatorias, por cánones de conocimiento como la presunción de inocencia, la carga de la prueba para la acusación, el principio *in dubio pro reo*, la publicidad del procedimiento probatorio, el principio de contradicción y el derecho de defensa mediante la refutación de la acusación (p. 541).

Entonces, cuando se dice que nuestra jurisprudencia ha privilegiado la óptica del “*conflicto de derechos*” para resolver el problema del control judicial a los preacuerdos, poniendo en un segundo plano su “*naturaleza epistemológica*”, se quiere señalar que, de forma preponderante, se ha visualizado al juez como un árbitro del debate entre las prerrogativas que le asisten al procesado frente a las prerrogativas que tienen las víctimas o la sociedad, en desmedro de su papel de verificación de hipótesis a partir del ejercicio contradictorio de las pruebas dentro del juicio oral.

Aunque el derecho probatorio, en general, contiene reglas para permitir un acercamiento razonable a los hechos por parte del juez en todas las áreas del derecho, piénsese, *v.gr.*, en los principios de sana crítica, interpretación conjunta de la prueba, libertad probatoria, entre otros;

debe reconocerse que en materia penal, el SPA ha incorporado varios de ellos como auténticas reglas procedimentales, lo que en comparación con un modelo procesal inquisitivo, permite que el juez conozca los hechos de la manera más objetiva posible⁶:

En efecto, no debe perderse de vista el innegable (e imprescindible) valor heurístico del juicio contradictorio: según las adquisiciones de la epistemología contemporánea, el método dialéctico está considerado el mejor para la averiguación de la verdad de los enunciados, cuya obtención, en cuanto relacionada con las afirmaciones de las partes en materia de hechos, constituye el presupuesto histórico para poder decidir adecuadamente cuál sea la ley aplicable en el caso concreto (Ubertis, 2017, p. 58).

Así, los principios de intermediación, separación de roles de investigación y juzgamiento, prohibición de iniciativa probatoria judicial y todas las técnicas del juicio oral, no son solo reglas procedimentales, sino que constituyen elementos determinantes de la arquitectura del SPA, cuya finalidad es garantizar la imparcialidad del juez y su conocimiento de los hechos con el menor riesgo de subjetivismo o error⁷.

Por ejemplo, las reglas técnicas del juicio oral que prescriben que el interrogatorio directo debe hacerse a través de preguntas abiertas,

6 “Además, algunas de estas garantías, como la orgánica de la separación entre juez y acusación y las procesales de publicidad, oralidad y contradicción en la formación de la prueba, son propias de manera específica del método acusatorio; otras, como las de independencia, imparcialidad, necesidad de la prueba y similares, son comunes a todo tipo de procesos, si bien su incidencia real resulta favorecida por el método acusatorio y obstaculizada por el inquisitivo” (Ferrajoli, 2011, p. 540).

7 “La principal garantía de su obtención [de la verdad] se confía a la máxima exposición de las hipótesis acusatorias a la refutación de la defensa, es decir, al libre desarrollo del conflicto entre las dos partes del proceso, portadoras de puntos de vista contrastantes, precisamente porque son titulares de intereses contrapuestos” (Ferrajoli, 2011, p. 610).

y tienen un propósito claramente definido en punto de los principios de inmediación y objetividad en el esclarecimiento de los hechos, pues permiten que sea el testigo quien lleve la información al juez, no su interrogador. En similar sentido, las preguntas eminentemente cerradas o sugestivas en el turno del contrainterrogatorio permiten que, a través de esos cuestionamientos, se someta a comprobación la teoría del caso de la contraparte, verificando si la versión ofrecida por el testigo obedece a la realidad. En palabras de Duce y Baytelman (2005): “Una de las apuestas más fundamentales del modelo acusatorio —particularmente en sus versiones más adversariales— es que la contradictoriedad de la prueba —unida a la inmediación de los jueces— va a producir información de mejor calidad para resolver el caso” (p. 163).

De igual manera, el sistema de objeciones u oposiciones durante el examen cruzado de los testigos también está diseñado para que la información entregada al juez no se presente de forma distorsionada. De hecho, la facultad de contrainterrogar no solo constituye el ejercicio de un derecho subjetivo de las partes, sino que implica un valor objetivo del proceso, ajeno a una titularidad específica, que permite develar si hubo errores en la recolección o procesamiento de la evidencia, o si el testigo tiene prejuicios, intereses o limitaciones sensoriales o en los procesos de rememoración. Por eso se deben objetar las preguntas que inciten al testigo a responder por hechos que no le consten (de referencia), o a informar hechos no relacionados con los supuestos fácticos del caso (irrelevante); así como las que impiden que el testigo conteste claramente lo solicitado o sea llevado a la confusión por el interrogador (compuestas, ambiguas), etcétera.

Entonces, el juicio oral es la forma racional de depurar las versiones presentadas por las partes, para que el juez pueda conocer los

hechos sin más obstáculos que los que imponen el paso del tiempo y la mediación de los terceros que le cuentan lo acontecido según su propia —y, muchas veces, limitada— capacidad de percepción⁸. Así, inmediatez y contradicción son rasgos fundamentales del sistema, que permiten determinar la verdad con objetividad.

Establecidos esos elementos teóricos mínimos del SPA, corresponde ahora abordar la problemática del control judicial a los preacuerdos. En un principio, la jurisprudencia patria se inclinó por plantear que el escenario de esas negociaciones era un territorio vedado al control judicial, pero, luego, a partir de las sentencias SU-479 de 2019 de la Corte Constitucional y SP2073 del 24 de junio de 2020 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se modificó radicalmente esa interpretación.

En efecto, entre otros análisis, en esta última decisión se consideró que, en virtud de un preacuerdo, los procesados solo podían recibir beneficios por vía de una modificación de la calificación jurídica si están sustentados en una “*base factual*”, toda vez que, en esa materia, la fiscalía no tiene una discrecionalidad ilimitada. Para llegar a esa conclusión —entre otros argumentos—, la Corte Suprema de Justicia analizó esa modalidad de preacuerdo comparándola con el principio de oportunidad, concluyendo que en ambos casos el ente acusador debía tener límites, pues no resulta admisible que los beneficios concedidos a quien preacuerda: “Para la ‘solución’ de su caso operan sin ningún límite ni control, lo que trasgrede la más elemental idea de proporcionalidad, sin perjuicio

⁸ “El proceso adversarial no busca inmunizar al razonamiento judicial contra el sesgo de la confirmación y el relativismo subjetivo, lo cual es, por supuesto, imposible. En lugar de ello, aparta el juez de la actividad que lo hace más vulnerable a estos factores corrosivos: la investigación de los puntos centrales de la disputa. Por esta razón, el objeto de la investigación está determinado por las partes, y siendo ellas las que se turnan para ofrecer versiones en competencia, aducir pruebas y desafiar las teorías y explicaciones de su contraria” (Zuckerman, 2020, p. 91).

de la afectación de la igualdad, la seguridad jurídica y, en general, la sujeción a la Constitución Política y la ley (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP2073, 2020, p. 58).

Según esa interpretación, los hechos jurídicamente relevantes —HJR— atribuidos por la fiscalía desde la formulación de imputación se convierten en un inamovible procesal, pues según una de las reglas establecidas en esa decisión: “En virtud de un acuerdo no es posible asignarles a los hechos una calificación jurídica que no corresponda, como, por ejemplo, cuando se pretende darle el carácter de cómplice a quien claramente es autor, o reconocer una circunstancia de menor punibilidad sin ninguna base fáctica” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP2073, 2020, p. 64).

En esta idea subyace el fondo del problema planteado, pues para la Corte no es posible que por vía de preacuerdo se reconozcan beneficios punitivos no derivados de los HJR, toda vez que en ese caso se afectarían categorías jurídicas como la proporcionalidad, la igualdad y la seguridad jurídica. De ese modo, el Alto Tribunal resolvió el caso bajo el prisma de un “*conflicto de derechos*”, dando prevalencia a las categorías jurídicas que consideró de mayor relevancia (proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica).

Sin embargo, con esa solución se pasó por alto analizar la “*naturalidad epistemológica*” del proceso penal que, de haberse tenido en cuenta, sin duda habría dado lugar a una respuesta distinta. En efecto, si el proceso penal se ve como una herramienta con etapas, roles y reglas dispuestas para permitir al juez la mayor aproximación posible a la realidad de los hechos, se podría concluir que mientras no se agoten todas sus etapas —en especial, la audiencia de juicio oral—, no hay manera de establecer

que los beneficios concedidos a un procesado, por vía de preacuerdo, son contrarios a lo realmente acaecido.

Al margen de que la sola exigencia de una “base factual” para obtener un beneficio tras la celebración de un preacuerdo, constituya un elemento extraño a la lógica misma de la negociación, no se puede concebir una transacción en la cual el procesado renuncie parcialmente a su presunción de inocencia si el órgano de persecución penal tampoco renuncia parcialmente a su pretensión de condena; lo cierto es que este argumento —de tipo pragmático— no es el único que permite calificar la decisión como una equivocación, pues allí tampoco se hizo un abordaje del tema tomando en cuenta la “*naturaleza epistemológica*” del proceso penal para exigir base factual al beneficio obtenido por vía de preacuerdo, cuando se modifica la calificación jurídica de la conducta.

Esta “*naturaleza epistemológica*” implica no perder de vista que las etapas del proceso penal están concebidas para disipar gradualmente las dudas que acompañan la noticia criminal, formulación de imputación y acusación, pues solo se obtendrá certeza en la sentencia. Esta óptica del proceso penal tiene íntima relación con los llamados “*estándares probatorios*”; esto es, los niveles de conocimiento exigidos por la ley para permitir el avance entre etapas procesales.

Al respecto, debe tenerse presente que la indagación finaliza con la formulación de imputación, que exige como estándar probatorio la “*inferencia razonable*” de autoría o participación por parte del procesado (Código de Procedimiento Penal [CPP], 2000, art. 287). Por su parte, solo puede avanzarse en la formulación de acusación si de los elementos materiales probatorios o evidencia física se puede establecer que hay una “*probabilidad de verdad*” de que la conducta haya sucedido y el imputado sea su autor o partícipe (CPP, 2000, art. 336). Finalmente, la sentencia

condenatoria solo puede fundarse en pruebas que hayan llevado al juez a la “*certeza*” más allá de toda duda razonable sobre el delito y la responsabilidad penal del acusado (CPP, 2000, arts. 7 y 381).

Nótese cómo el avance del proceso supone reducir gradualmente el amplio nivel de incertidumbre que tiene la denuncia acerca de los hechos, su connotación delictiva y la responsabilidad penal del implicado. Entonces, mientras no se haya agotado el debate en juicio oral, la acusación de la fiscalía solo es una hipótesis sin ninguna fuerza vinculante frente a la judicatura, pues aún no se ha sometido a la dialéctica y por ello no se puede concluir que sea la mejor forma de explicar el acontecer de los hechos denunciados.

En otras palabras, no cabe dar a la imputación o acusación el valor de inamovible procesal frente a un preacuerdo, pues los HJR solo constituyen la parte de la historia que ha podido establecer la fiscalía sin confrontarse dialécticamente con la defensa. Es como una sola cara de la moneda, cuya credibilidad puede estar afectada por errores en el proceso de recolección de evidencia o los prejuicios, intereses, limitaciones sensoriales y en los procesos de rememoración de los testigos entrevistados.

A modo de hipótesis, piénsese en lo que podría pasar si en lugar de celebrar un preacuerdo, se llevara a juicio oral y allí se confrontara adecuadamente todo el material suasorio recaudado por la fiscalía para establecer los HJR. Por ejemplo, existe la posibilidad de que se establezca algún interés o inadecuada percepción de los hechos por algún testigo; un error al recaudar una muestra de ADN que la haya contaminado y haga cuestionable su resultado; la ruptura de la cadena de custodia de una muestra de sustancia estupefaciente; la falta de preparación suficiente de quien emitió un concepto al cotejar una impresión dac-

tiloscópica; la preexistencia de patologías que pudieron contribuir a la muerte de la víctima, entre un largo etcétera de posibilidades.

De todos modos, aunque todos los procedimientos investigativos se hayan realizado conforme a los más altos estándares científicos, no puede perderse de vista que su capacidad de verificación de los hechos no es total, pues la plena certeza se desechó del mundo científico desde los albores del siglo XX. Para ilustrar el punto, piénsese en este ejemplo: ¿Por qué en genética forense solo puede llegar a establecerse una compatibilidad del 99,99 % y no del 100 % al estudiar dos muestras de ADN? La respuesta es: Porque existe una probabilidad del 0,01 % de que dos individuos tengan el mismo perfil genético. Traducida esa cifra a números enteros, equivale a una entre cien billones de opciones, lo que implica que aun en ese caso extremo, tras confrontar en juicio las pruebas que sustentaron los HJR, la posibilidad de condenar a un inocente es muy baja, pero no nula.

Un informe del 2009 publicado por el Consejo de Asesores del presidente de los Estados Unidos sobre Ciencia y Tecnología (PCAST, por sus siglas en inglés), en el que se analizaron varias técnicas forenses de identificación, en cuanto a su capacidad para acreditar con alto grado de certeza, una conexión entre la prueba y una persona o fuente específica reveló que:

De los siete procedimientos de comparación forense que se revisaron, el PCAST recomendó que se abandonaran de inmediato dos: el análisis microscópico de cabello y el análisis de marcas de mordida. Otros cuatro, incluida la comparación de huellas dactilares latentes, requerían más estudios y modificaciones en la forma en que se realizan y reportan las comparaciones (Edmond, 2020, p. 342).

Entonces, si luego de agotar un juicio con todas sus etapas —diseñadas para evitar el error judicial—, descartamos cualquier error humano o intención dolosa por falsear el resultado de la investigación y se emite sentencia con una pruebas “fiable” según la ciencia moderna, pero aún persiste la posibilidad de que la decisión no sea conforme a la verdad, no tiene lógica que para nuestra Corte Suprema de Justicia, en materia de preacuerdos, las partes no pueden modificar el sustento fáctico de la imputación, pese a que en esa instancia procesal solo se tiene acceso a la evidencia recaudada por uno de los sujetos procesales y no se ha sometido a validación en el juicio oral.

Este sencillo análisis remite a preguntarse si los HJR relatados por la fiscalía y respaldados en los EMP o EF recaudados para formular imputación o acusación, tienen suficiente capacidad suasoria para soportar una condena luego de agotado el juicio oral. El dato oficial idóneo para responder esa pregunta está en el índice de condenas que obtiene la fiscalía en procesos culminados por la vía ordinaria —no anticipada—. Al respecto, la Fiscalía General de la Nación informó que, con corte a 2019: “Un poco más de la mitad de las sentencias por acusación directa terminan en absolucón: 53 %. En otras palabras, mientras que en 2009 3 de cada 10 sentencias por acusación directa terminaban en absolucón, hoy lo hacen 5 de cada 10” (Fiscalía General de la Nación, 2020, p. 2).

Entonces, podría concluirse sin temor a equívocos que, para la Corte Suprema de Justicia, la fiscalía no puede acudir al preacuerdo para obtener una condena, si ello implica modificar el sustrato fáctico de la formulación de imputación, pese a que la actividad investigativa con que se realizó ese acto de parte y se establecieron los HJR, tenga el 53 % de probabilidades de no ser reconocida en juicio como una hipótesis convincente acerca de lo sucedido.

Esta conclusión no solo evidencia lo desacertado de la sentencia comentada en punto de la eficiencia del sistema, sino que resalta el papel de los jueces de instancia y la naturaleza cognoscitiva del juicio oral, pues confirma que en ese escenario se validan dialécticamente las teorías del caso presentadas por las partes y no toda acusación encuentra respaldo judicial, por lo que el juicio no es un mero acto notarial validatorio del trabajo hecho por el órgano de persecución penal.

En todo caso, es claro que, en Colombia, más de la mitad de las acusaciones no logra resistir el tamiz confrontacional del juicio, lo que significa que la actividad investigativa no fue suficiente para comprobar el carácter delictivo de los hechos atribuidos en imputación y acusación. Pero, pese a ello, la Corte Suprema de Justicia impide que las partes modifiquen los hechos de la acusación mediante la creación de una hipótesis fáctica consensuada ajena al debate del juicio, que facilite la agilidad del sistema e imparta una menor dosis de castigo, pretextando que por esa vía se afectarían el derecho a la igualdad, la proporcionalidad y la seguridad jurídica.

Conclusiones

El proceso penal acusatorio constituye una realidad jurídica relativamente nueva en nuestro entorno. Por ello, los problemas propios de su implementación exigen altas dosis de reflexión que permitan acercarnos a un modelo teóricamente consistente con sus fundamentos, lo que exige ir más allá del argumento simplista que nos otorga una relativamente amplia libertad de configurarlo, porque en ningún lugar existe un modelo puro que sirva como modelo.

Entonces, no puede perderse de vista que el juicio oral no es principalmente el ejercicio de un derecho subjetivo a la contradicción, sino que sus etapas, reglas y roles conforman un mecanismo objetivo, ajeno

a la titularidad de las partes, diseñado rigurosamente en procura de que el juez se acerque de la forma más objetiva a la verdad, mediante la confrontación dialéctica de la tesis inculpativa por parte del acusado.

Por ello, desde la perspectiva epistemológica o gnoseológica del proceso penal, la Corte incurrió en un error al postular que en un preacuerdo no se puedan conceder beneficios que impliquen una calificación jurídica contraria a la establecida en los HJR, pues por esa vía convirtió un acto de parte en uno de tipo jurisdiccional vinculante para el proceso.

En efecto, al pretender que el juez efectúe un control a esta modalidad de preacuerdos, ejerciendo un papel activo en la materialización del valor justicia, la protección de los derechos fundamentales de las víctimas o el “aprestigiamiento” del aparato judicial, se corre un elevado riesgo de que el caso se resuelva a partir de una verdad parcializada, pues la “base factual” exigida para conceder el beneficio está en los hechos relatados por la fiscalía, cuya versión tiene que acoger el juez sin haberla sometido a los cuestionamientos de la defensa, ni valorar los medios de convicción que pudo haber aportado en el juicio oral, en ejercicio de la igualdad de partes.

Referencias

- Baytelman, A. y Duce, M. (2005). *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*. Fondo de Cultura Económica.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2020, 24 de junio). Sentencia SP2073 [M. P.: Salazar, P.].
- Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Trotta.
- Fiscalía General de la Nación. (2020). *Documento No. 5 de Política Pública y Política Criminal. Análisis de la tasa de absolución en Co-*

lombia, 2009 - 2019. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Análisis-de-la-tasa-de-absolucion-en-Colombia-2009-2019.pdf>

Guerrero, O. (2007). *Fundamentos Teórico-Constitucionales del Nuevo Proceso Penal*. Nueva Jurídica.

Laudan, L. (2013). *Verdad, Error y Proceso Penal*. Marcial Pons.

Ubertis, G. (2017). *Elementos de Epistemología del Proceso Judicial*. Trotta.

Zuckerman, A. (2020). La averiguación de la verdad y el espejismo del proceso inquisitorio. En C. Velázquez y J. Ferrer (Eds.). *El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones* (pp. 83-97). Marcial Pons.

Edmond, G. (2020). Cuando el derecho es poco fiable: respuestas jurídicas a la prueba de huellas dactilares latentes. En C. Velázquez y J. Ferrer (Eds.). *El razonamiento probatorio en el proceso judicial, Un encuentro entre diferentes tradiciones* (pp. 301-346). Marcial Pons.



IV

**DERECHO CONSTITUCIONAL Y
DERECHO ADMINISTRATIVO**

Responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por el hecho de la ley

Fredy Ibarra Martínez

Resumen

Durante mucho tiempo se ha debatido si al Estado le asiste o no un deber jurídico de resarcir o indemnizar los daños ocasionados a las personas. Esta discusión ha sido abordada desde distintas perspectivas. Como muestra de ello está el desarrollo de las doctrinas teológicas y democráticas sobre la responsabilidad estatal. Hoy en día, en Colombia, el fundamento de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado se encuentra consagrado en el artículo 90 constitucional. La doctrina y la jurisprudencia han acogido distintos títulos jurídicos de imputación de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado. En el presente capítulo se abordará la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por el hecho del legislador, exponiendo los escenarios en que se puede imputar la responsabilidad patrimonial extracontractual en cabeza del Estado por: *i*) mandato directo y expreso de la Constitución Política, *ii*) aplicación de la ley que luego es declarada inexequible, *iii*) aplicación de la ley exequible y *iv*) omisión legislativa.

Palabras clave: Estado, responsabilidad extracontractual, responsabilidad por el hecho de la ley.

Abstract

For a long time it has been debated whether or not the State has a legal duty to compensate for damages caused to people. The discussion has been approached from different perspectives. The development of theological and democratic doctrines on state responsibility is an example. Today, in Colombia, the foundation of the State's extracontractual patrimonial responsibility is enshrined in article 90 of the Constitution. Doctrine and jurisprudence have accepted different legal titles for imputation of non-contractual property liability of the State. This chapter will address the extra-contractual patrimonial liability of the State for the act of the legislator, exposing the scenarios in which the extra-contractual patrimonial liability can be attributed to the State by: i) direct and express mandate of the Political Constitution, ii) application of the law that is later declared unenforceable, iii) application of the enforceable law and iv) legislative omission.

Keywords: State, extracontractual responsibility, responsibility for the act of law.

Marco conceptual

Desde mucho tiempo atrás se ha planteado y discutido, en el mundo, si al Estado, como organización jurídico-política de la comunidad, le asiste o no un deber jurídico de resarcir o indemnizar a las personas los daños que estas sufran por el hecho de vivir en sociedad, los cuales, según lo muestra la realidad diaria, abultadamente, son muchos y de variada índole, sin embargo, la historia del Estado y de desarrollo del derecho en el concierto universal pone de presente que han sido más y muy prolongados los periodos en los que se ha predicado y practicado una tesis negativa al respecto, y aún en los días actuales existen Estados que no aceptan ni asumen dicha responsabilidad.

En efecto, con fundamento en razones de distintos órdenes (filosóficas, políticas y teológicas) se sostuvo en el pasado, y aún hoy en día, que el Estado no es patrimonialmente responsable de los daños que puedan sufrir los ciudadanos, sobre la base de sostener, por ejemplo, con fundamento en el pensamiento de la *escuela teológica* acerca del origen del poder y en desarrollo de ella de doctrinas como las de “*la divina providencia*” y la de “*las dos espadas*”¹, que la fuente del poder político que ejerce el gobernante no tiene origen terrenal sino que proviene de las alturas, de la gracia divina, por cuanto Dios, creador del Universo, fuente de todo lo que existe y de la vida es quien, en un acto de generosidad y de desprendimiento magnánimos predestina o unge, por una parte, a un representante suyo para que acá abajo en la tierra administre o conduzca la vida espiritual de los hombres (el papa o santo padre) y, por otra, igualmente designa o escoge a otro representante suyo para que dirija y gobierne la faceta material de ellos —el príncipe, rey, monarca o el líder supremo—, pero, en uno y en otro caso —se dice—, con los mismos atributos esenciales que le son propios a Dios y que por tanto los transmite con esa misma y necesaria característica a su vicario, heraldo o príncipe; entre ellos, fundamentalmente, el dogma de *la infalibilidad*.

Así entonces se pasa a afirmar que como Dios no se equivoca, es un imposible total que Él pueda cometer culpa y por tanto infligir o causar daños a sus criaturas y, por ende, sus representantes acá en la Tierra y en el Estado tampoco, por consiguiente, por sustracción de materia, el santo padre ni el gobernante ni la estructura administrativa del Estado pueden ser responsables de nada porque debe asumirse que toda lo que suceda en el mundo es producto de la voluntad de Dios ya que, tanto el uno como el otro, ejercen un poder de naturaleza y propiedades divinas,

¹ Expuesta y defendida principalmente por San Gelasio, papa número 49 que ejerció su ministerio entre los años 492 y 496 d. C.

y son apenas el instrumento terrenal para que se cumpla el designio de Dios, quien los hizo sus representantes personales y directos para la realización de su obra y querer celestial, luego, es imposible atribuirles a dichos gobernantes error en el ejercicio de su tarea y menos aún culpa en sus actuaciones y, por consiguiente, no hay manera de atribuirles responsabilidad de ninguna naturaleza y menos aún de resarcir los daños que padezcan los ciudadanos, pues, todo lo que suceda en el universo no es más que el cumplimiento de la voluntad divina.

Es más, en ese contexto, si en gracia de discusión se propusiera, hipotéticamente, que el gobernante sí es susceptible de cometer culpa y por tanto daño a los ciudadanos, esos actos y conductas debería juzgarlos la misma persona que le confío a aquel el ejercicio de su ministerio o poder, huelga decir, Dios, su juez natural, pero ese juicio debería llevarse a cabo entonces ante el tribunal competente, es decir, en la Corte Celestial, después de muerto el gobernante y quizá igualmente las víctimas de los daños irrogados, o sea, un juicio y una decisión inanes y, lo que es más, infortunadamente, que se sepa, nadie hasta este momento ha retornado de ese trance o experiencia para contarnos cómo se desarrolló uno de sus juicios y cuál fue el sentido y el contenido de la sentencia que se haya emitido.

Por el contrario, las denominadas *doctrinas democráticas* sobre el origen del poder permiten concretar y deducir responsabilidad patrimonial por los daños que puedan experimentar los ciudadanos por el hecho de vivir en una comunidad políticamente organizada, bien que se trate de la llamada “*teoría de la soberanía popular*” (John Locke, Juan Jacobo Rousseau, etcétera) o de la denominada “*teoría de la soberanía nacional*” (v. gr. Emmanuel-Joseph Sieyès, Carl Schmitt), sobre la premisa de afirmarse que el ejercicio del poder político en la sociedad no

puede ser arbitrario, caprichoso, ni despótico ni desprovisto de control y responsabilidad, pues, no se trata del ejercicio de una autoridad de naturaleza u origen divino sino que su fuente o matriz es el propio *Pueblo* (soberanía democrática) o *la Nación* (soberanía nacional) a quien se debe y ante quien debe responder el gobernante por su ejercicio funcional.

En esa perspectiva, en la concepción del Estado moderno y en la del contemporáneo, un principio basilar de carácter universal que lo rige es el de “*la responsabilidad patrimonial del Estado*”, tal como lo predicó en su momento la teoría del inicial Estado de derecho y ahora lo reafirma la formulación del denominado Estado Social de Derecho, sobre la base de que la ley no solo somete u obliga al ciudadano sino también a la autoridad, cosmovisión en la que de modo esencial se afirma que el primero es responsable por la violación de la ley, en tanto que la autoridad lo es por esa misma causa, pero igualmente por omisión o por extralimitación en el ejercicio de sus funciones, tal como lo preceptuaba en su momento el artículo 20 de la Constitución Política de Colombia de 1886 —rigió hasta el primer semestre de 1991— y ahora el actual artículo 6 de la Carta de 1991.

Fundamento de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado en Colombia

En el estado actual del desarrollo normativo y jurisprudencial del tema en Colombia es perfectamente claro que, muy a diferencia de lo que acontecía con antelación a la expedición y vigencia de la Constitución de 1991², hoy se cuenta con una norma de derecho positivo de rango constitucional que consagra, explícitamente, el fundamento de la

2 No existía una norma legal y menos de nivel constitucional que estableciese, de modo expreso y con carácter omnicompreensivo, vale decir, para todas y cualquier hipótesis, el fundamento jurídico normativo de la responsabilidad patrimonial del Estado.

responsabilidad patrimonial del Estado, el artículo 90³, con estas tres precisas e inequívocas características:

- 1) Es el fundamento directo.
- 2) Es el fundamento general.
- 3) Es el fundamento primario.

Lo primero, porque de modo explícito, esto es, expreso, el propio texto de la norma establece, puntualmente, el principio de responsabilidad patrimonial a cargo del Estado, en cuanto dispone que el Estado es patrimonialmente responsable de los daños antijurídicos que le sean imputables causados por acción u omisión de sus autoridades, para cuya constatación basta con una lectura desprevenida del canon constitucional; lo segundo, por el hecho de que ese principio y la teoría que le sirve de soporte, esto es, la denominada “*teoría del daño antijurídico*”, irradia y nutre toda la responsabilidad patrimonial del Estado, no solo la de naturaleza extracontractual —como tal vez algunos suelen pensar o creer a primera vista—, sino que, en realidad, constituye el sustrato de *toda* la responsabilidad patrimonial del Estado, es decir, tanto la de índole *contractual* como la de carácter *extracontractual*, aserto que tiene, claramente, estos dos soportes: *i*) el texto de ese canon constitucional no hace distinción ni mucho menos excepción o salvedad al respecto, por lo tanto, para la intelección de la norma debe estarse al principio universal de hermenéutica según el cual cuando el legislador, en este caso el constituyente, no distingue, al intérprete o al operador jurídico

3 “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 culpable de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este” (Constitución Política de Colombia [CP], 1991, art. 90).

no le es dable exceptuar o predicar salvedades, y *ii*) el contenido y alcance de ese entendimiento lo corrobora el espíritu del constituyente, pues, el examen de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 pone en evidencia, clara y fácilmente, que ese fue el propósito y la decisión que dicho órgano tuvo al momento de discutir y aprobar el texto del referido artículo 90 constitucional, así lo evidencia la *Gaceta Constitucional* de ese entonces; en cuanto al tercer carácter de ese fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, debe advertirse que el artículo 90 no es la única norma de rango constitucional que consagra dicho postulado, pues, complementaria y concordantemente existen muchas otras disposiciones jurídicas y cuerpos normativos que explicitan la existencia de ese preciso principio, tanto de orden constitucional (el preámbulo, los artículos 1, 2, 6, 23, 58, 59, 150-17, 213, 214, 336, 365, entre otros) como también de nivel simplemente legal (*v. gr.* las leyes 80 de 1993, 142 de 1994, 388 de 1997, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, etcétera), todas ellas atinentes a eventos o sectores específicos o especiales que se consideran generadores de responsabilidad patrimonial estatal, pero el núcleo del fundamento normativo de dicha responsabilidad es, indiscutiblemente, el artículo 90 constitucional.

En ese orden de ideas, en los términos de su consagración normativa y del desarrollo que de ella han hecho tanto la jurisprudencia contencioso administrativa como la de orden constitucional, debe igualmente precisarse que ese específico tipo de responsabilidad puede verse comprometida por las conductas (activas o pasivas), por hechos, por operaciones administrativas o por la ocupación temporal o permanente de inmuebles por razón de trabajos públicos o por cualquier otra causa imputables a cualquiera de las tres ramas del Poder Público (Ejecutiva, Judicial o Legislativa), o también a los denominados

órganos autónomos de poder⁴, y aún por los particulares que por expresa autorización de la Constitución o de la ley desarrollan funciones estatales o públicas como es el caso, por ejemplo, entre otros, el de los notarios públicos⁵, los curadores urbanos⁶, las Cámaras de Comercio⁷, las personas particulares en la condición de árbitros en los tribunales de arbitramento (Ley 80, 1993; Ley 1150, 2007; Ley 1563, 2012; Ley 270, 1996; art. 74), las autoridades indígenas en la administración de justicia a los miembros de sus comunidades, especialmente, en materia penal, inclusive no con apoyo en la legislación ordinaria del Estado sino con base en sus propios usos y costumbres (CP, 1991, art. 116; Ley 270, 1996, art. 74).

Así entonces, en el marco de la regulación existente sobre el tema y el desarrollo realizado por la jurisprudencia, los elementos que de modo necesario deben concurrir en un caso concreto para la estructuración de la responsabilidad patrimonial del Estado en cualquiera de tales hipótesis son cuatro, a saber:

4 Son organismos que hacen parte de la estructura del Estado, pero que no pertenecen a ninguna de las ramas del poder público, a través de los cuales se realizan o cumplen otras funciones propias y esenciales del Estado, como por ejemplo el Banco de la República, la Organización Electoral, la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales y municipales.

5 A quienes el legislador les ha delegado la función de dar fe pública de los actos de los particulares y de las autoridades públicas, lo mismo que adelantar y administrar el registro civil de las personas, según lo previsto en los Decretos-leyes 1250 y 1260 de 1970.

6 La Ley 388 de 1997 les delegó la función de tramitar y decidir los licenciamientos para la ejecución de proyectos de desarrollo urbanístico, actividad de naturaleza administrativa estatal y que por tanto se concreta o materializa en la expedición de actos administrativos (Ley 388, 1997).

7 El Código de Comercio (Decreto-ley 410 de 1971) les encomendó la administración del registro mercantil y, posteriormente, la Ley 80 de 1993 les encargó la administración del denominado registro único de proponentes para fines de contratación estatal, actividad igualmente de naturaleza administrativa estatal y que, en consecuencia, se concreta o materializa en la expedición de actos administrativos (Código de Comercio [CCOM], 1971; Ley 80, 1993).

- 1) La generación de un *daño antijurídico*.
- 2) Una *conducta* (activa o pasiva) del demandado.
- 3) La *relación de causalidad* entre los elementos 1 y 2 (a través de la denominada *teoría de la causalidad adecuada o eficiente*).
- 4) La *imputación jurídica al Estado*.

Al respecto, debe precisarse que los *títulos jurídicos de imputación de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado* que ha concebido la doctrina y que ha acogido o establecido la jurisprudencia nacional para hacer la atribución de la responsabilidad al Estado son los los que se pueden apreciar en la siguiente figura:

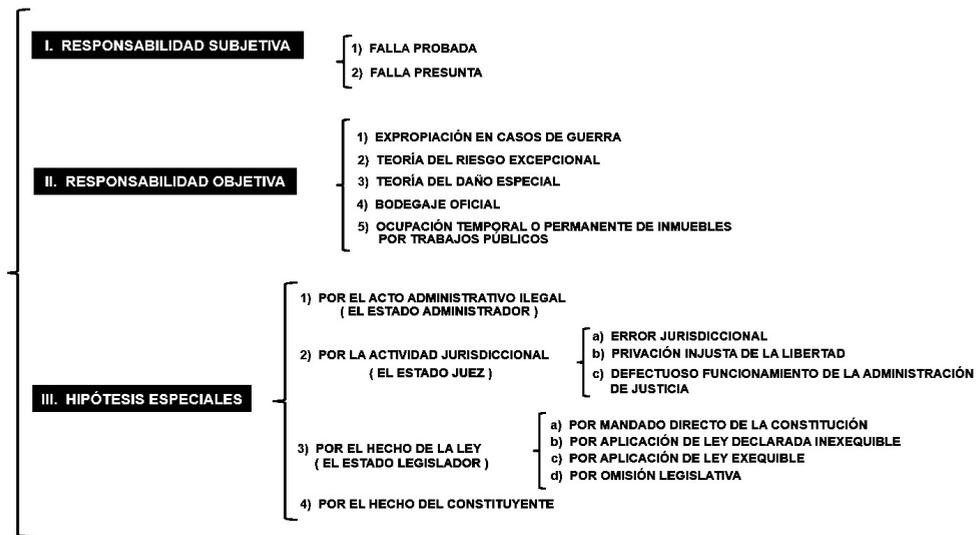


Figura 1. *Títulos jurídicos de imputación de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado*

La responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por el hecho del legislador

Este es un escenario que suscita especial controversia de cara a la posibilidad de estimarse que pueda o deba ser generador de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado y, en ese sentido, la idea que de modo inicial y principal suele exponerse es de carácter negativo, fundamentalmente a partir de la concepción central de que el ejercicio de la función legislativa es una expresión esencial de la soberanía estatal, que se concreta en un acto jurídico, *la ley*, que se supone recoge o plasma en el ordenamiento jurídico la voluntad general de la comunidad a través del Parlamento y, por consiguiente, que dicha actividad del Estado se ve caracterizada por la presencia y aplicación del principio universal de derecho de *“prevalencia del interés general sobre el particular del ciudadano individualmente considerado”*.

No obstante, la doctrina y la jurisprudencia han realizado una importante y fundada labor dirigida a estructurar y conceptualizar la viabilidad de dicha responsabilidad por razón de esa precisa actividad del Estado, al punto que, hoy en día, se proponen cuando menos cuatro distintas hipótesis de concreción de esa situación; las siguientes:

- 1) Responsabilidad por mandato directo y expreso de la Constitución Política.
- 2) Responsabilidad por aplicación de la ley que luego es declarada inexecutable.
- 3) Responsabilidad por aplicación de la ley executable.
- 4) Responsabilidad por omisión legislativa.

Responsabilidad por mandato directo y expreso de la Constitución Política

Se trata de un evento que hoy se antoja pacífico, por cuanto hace referencia a todos aquellos casos en los que el propio constituyente — no propiamente el legislador— prevé y ordena, expresa y categóricamente, la responsabilidad jurídica que le asiste al Estado de reparar o indemnizar los daños que puede sufrir el ciudadano por motivo de una determinada actividad suya, como sucede por ejemplo en los siguientes, en los cuales, por regla general, se requiere de la expedición de una ley previa por parte del Congreso de la República:

a) Los casos de expropiación —en general, por motivos de utilidad pública o de interés social o por situaciones de guerra— según lo disponen los artículos 58 y 59, situación en la que el despojado de la propiedad privada debe ser indemnizado (CP, 1991, arts. 58 y 59; CP, 1886, arts. 30 y 33).

b) La asunción de una actividad económica lícita como monopolio estatal que previamente estaba en manos de los particulares, quienes deben ser previamente indemnizados, como lo consagra el artículo 336 de la Carta (CP, 1991, art. 336; CP, 1886, art. 31).

c) Cuando a través de ley el Congreso de la República determina conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra cámara legislativa y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos, evento del cual, si el favorecido es eximido de responsabilidad frente a particulares, el Estado queda obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar, tal como lo preceptúa el numeral 17 del artículo 150 constitucional (CP, 1991, art. 150; CP, 1886, art. 76).

Responsabilidad por aplicación de la ley que luego es declarada inexecutable

Esta segunda hipótesis resulta un tanto compleja, corresponde a aquellos asuntos en los que durante el tiempo en el que una norma con fuerza de ley estuvo en vigencia tuvo aplicación a sus destinatarios pero, luego, como consecuencia de la activación o ejercicio de los distintos instrumentos o mecanismos preestablecidos por el ordenamiento jurídico del Estado es objeto de control de constitucionalidad, bien *por vía de acción* (CP, 1991, art. 214) o a través del denominado *control automático posterior* (CP, 1991, arts. 214 y 215) y, como resultado de dicho control, la norma es declarada *inexecutable*, es decir, se declara por el juez competente contraria al ordenamiento constitucional y por tanto se retira del mundo jurídico con fuerza de cosa juzgada constitucional definitiva y con efectos *erga omnes*, vale decir, para todos y con carácter obligatorio⁸.

Sobre esa base entonces se pregunta: ¿Si la norma legal se declara inconstitucional, bien *por vicios de forma o irregularidades en el proceso de su formación y aprobación por el legislador* (ordinario o extraordinario), ora por razones sustanciales o de contenido, es válido y fundado predicar responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por los daños que pudo haber producido a las personas a quienes durante el tiempo de su vigencia aquella les fue aplicada, y que por tanto les impuso cargas u obligaciones constitutivas de detrimento, lesión o de afectación negativa a sus bienes jurídicamente protegidos, como por ejemplo a su propiedad (*v. gr.* impuestos, trabajo personal, etcétera), limitaciones a la libertad, entre muchos otros, que los ciudadanos soportaron pero que deben ser considerados *daños antijurídicos* por razón de que *ex post* se viene a saber que en realidad no estaban en el deber jurídico de soportar, precisamente

⁸ Así lo consagra el artículo 48 de la Ley Estatutaria 270 de 1996, norma que a su vez fue declarada executable en la sentencia C-037 de 1996.

porque el órgano de control halló y declaró inconstitucional la norma que consagraba la carga y que produjo el daño?

La respuesta a ese interrogante no ha sido fácil ni pacífica.

Para ese propósito es especialmente relevante advertir que, de conformidad con la regulación existente en nuestro medio, los fallos de control de constitucionalidad tienen, por regla general, efectos *ex nunc*, huelga decir, únicamente “*hacia adelante*” o “*a futuro*”, en otros términos, que ya no es posible mantener y aplicar la norma nunca más, salvo que el mismo órgano de control, en la propia decisión, disponga otra cosa, es decir modular los efectos de la sentencia en el tiempo, como por ejemplo retrotraer los efectos del fallo hacia el pasado, o sea, otorgarle efectos *ex tunc*, tal como lo prevé el artículo 42 de la Ley Estatutaria 270 de 1996, empero, como premisa normativa general se tiene que, por razones de seguridad jurídica, de estabilidad en la definición de las cosas, se parte de la base de que lo realizado o ejecutado durante el tiempo en el que la norma estuvo vigente y con antelación a su retiro del ordenamiento jurídico por motivos de inconstitucionalidad, se valida y permanece incólume, es decir, que el órgano de control lo considera válido y por tanto las situaciones consolidadas durante ese tiempo se deben respetar y garantizar.

Puestas así las cosas se plantea lo siguiente: si la norma legal fue declarada inconstitucional y por lo tanto retirada del mundo jurídico por esa precisa causa, significa que ella siempre fue contraria a la Constitución, en consecuencia, si dicha norma impuso cargas y obligaciones a los ciudadanos su aplicación generó daños antijurídicos, precisamente por ser contrarias al ordenamiento jurídico superior y, por ende, debe colegirse que se produjeron lesiones antijurídicas al patrimonio de las personas, pues se trataría de afectaciones negativas a los bienes

materiales o inmateriales de las personas “*que no estaban en el deber jurídico de soportar*”, es decir, que sufrieron un daño antijurídico y que por consiguiente debe ser objeto de indemnización por parte del Estado porque fue este quien profirió y aplicó la norma en cuestión.

La respuesta que ha dado la jurisprudencia nacional, como regla general, es desestimatoria de esa posibilidad de configuración de responsabilidad patrimonial extracontractual por ese motivo, pero, al propio tiempo, admite su viabilidad por excepción; no obstante, sobre este punto del debate debe precisarse lo siguiente:

1) En principio, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la del Consejo de Estado son partícipes de esa tesis de decisión judicial, así por ejemplo, en sentencia del 26 de septiembre de 2002 la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente 4458, MP Alier Hernández Enríquez, puso de presente que frente a tales situaciones jurídicamente no es factible aplicar en un caso concreto la denominada *excepción de inconstitucionalidad* con carácter retroactivo para sobre ese extremo predicar la causación de un daño antijurídico y por esa vía declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, porque se desconocerían los efectos *ex nunc* y *erga omnes* propios del fallo de constitucionalidad (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente No. 4458, 2002).

A lo cual igualmente debe agregarse que la determinación del alcance y los efectos de los fallos de constitucionalidad le corresponde determinarlos, por mandato constitucional y desarrollo legal, al respectivo órgano a quien le ha sido confiado el ejercicio de dicho control, por manera que sobre este punto debe resaltarse, por una parte, que el juez de la responsabilidad carece de competencia para hacerlo y, por otra, que retrotraer en un caso concreto los efectos de la decisión de

inexequibilidad de la norma legal constituye una actuación no válida, porque se desconocerían los efectos *ex nunc* que el juez constitucional le otorgó a su decisión, los cuales no pueden ser cambiados ni modificados por el juez de la responsabilidad y, por lo tanto, se violaría el ordenamiento jurídico superior al cual está sometido el juez contencioso administrativo en su labor de administración de justicia según lo expresamente dispuesto en el artículo 230 constitucional, porque, si la decisión de inconstitucionalidad de la norma se retrotrae en el tiempo para aplicarla a situaciones consolidadas con antelación a la emisión y ejecutoria del fallo que declaró la inconstitucionalidad se trastocarían, indebidamente y sin competencia, los efectos en el tiempo de este, porque le haría producir efectos *ex tunc*; en otros términos, si el juez de constitucionalidad no moduló tales efectos significa, sencilla e inequívocamente, que validó o legitimó todo aquello que se ejecutó antes de su decisión.

2) Situación muy distinta acontece cuando el propio juez de control de constitucionalidad modula los efectos en el tiempo de su decisión, en el sentido de determinar que serán *ex tunc*, es decir, hacia atrás, que se retrotraen al mismo momento de expedición de la norma, tanto como si nunca hubiese existido esta, evento el cual aquellos hechos producidos con antelación a la declaración de inexequibilidad de la norma legal no se validan ni legitiman, por el contrario, se revelan contrarios al ordenamiento jurídico y, por consiguiente, las afectaciones que por su aplicación hubiesen sufrido los ciudadanos resultan antijurídicas y, por ende, susceptibles de indemnización a cargo del Estado por el hecho de haber emitido y aplicado la norma.

En ese escenario, si el juez de constitucionalidad no dispone ni ordena dicha reparación —que bien lo puede hacer directamente él como parte de la modulación de los efectos de su sentencia—, el camino

queda totalmente despejado y allanado para solicitar dicha reparación ante el juez competente de la responsabilidad patrimonial del Estado, en nuestro caso el juez contencioso administrativo.

En ese sentido, pueden consultarse las siguientes sentencias de la Corte Constitucional:

a) C-479 de 13 de agosto de 1992, mediante la cual se declaró inexecutable el Decreto-ley 1660 de 1991 que regulaba unas medidas de desvinculación laboral voluntaria de trabajadores con unas compensaciones económicas (Corte Constitucional, Sala Plena, C-479, 1992).

b) C-149 de 22 de abril de 1993, a través de la cual declaró la inconstitucionalidad de los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 6 de 1992 que habían creado una carga impositiva (impuesto) denominada Bonos para Desarrollo Social y Seguridad Interna (BDSI), coloquialmente llamados luego “bonos de guerra” por el hecho de que los recursos recaudados debían destinarse a financiar la asunción del conflicto armado interno. Como para la fecha de la expedición de la sentencia dicho tributo ya se había cobrado y pagado, en la propia providencia se ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público hacer las respectivas devoluciones en un término de seis meses a partir de la sentencia (Corte Constitucional, Sala Plena, C-149, 1993).

c) Sentencia C-293 de 5 de agosto de 2020, declaró inexecutable los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del Decreto Legislativo 568 de 2020, por el cual se creó un impuesto solidario para atender la emergencia desatada por la pandemia del COVID-19, como una de las medidas adoptadas dentro del estado de excepción de Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica dispuesto en el Decreto Legislativo 417 de 2020 en aplicación de lo previsto en el artículo 215 constitucional. Se modularon los efectos del fallo en el sentido de determinar que la decisión tenía

efectos retroactivos y, en consecuencia, se ordenó que los dineros que los sujetos pasivos del impuesto ya habían cancelado se entenderían como abono del impuesto de renta para la vigencia fiscal de 2020 y que debía liquidarse y pagarse en el año 2021 (Corte Constitucional, Sala Plena, C-293, 2020).

3) Sin embargo, en pronunciamientos emitidos a partir del año 2002 el Consejo de Estado en unas ocasiones asumió un criterio de decisión judicial distinto sobre esta materia, tanto que luego, por importancia jurídica, el asunto fue considerado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo:

Como consecuencia de la declaración de inexecutable de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, que habían creado una carga tributaria consistente en una tasa especial de servicios aduaneros (TESA) para quienes desarrollaran actividades de importación y exportación de bienes y mercancías, varias empresas —particularmente, del sector automotriz de la economía— que habían sido objeto del cobro y pago de dicho gravamen demandaron la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado luego de que se produjo la sentencia que retiró del ordenamiento jurídico tales normas por ser contrarias a la Constitución, por el hecho de que en vigencia de ellas pagaron esa tasa (Corte Constitucional, Sala Plena, C-992, 2001).

Con ocasión, entonces, de conocer y decidir en segunda instancia los procesos de reparación directa promovidos por esa causa, la Sección Tercera del Consejo de Estado profirió sentencias con diferentes sentidos y alcances, como se reseña a continuación:

a) Sentencia de 29 de enero de 2014 de la Subsección A, revocó el fallo de primera instancia de la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que había denegado las

pretensiones de la demanda, para en su lugar atribuir responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado y condenar al Congreso de la República a indemnizar el daño reclamado por el hecho de haber expedido las normas que fueron declaradas inexecutable, sobre la base de considerar que el daño patrimonial irrogado era antijurídico porque el demandante no tenía el deber legal de padecer y que el título jurídico de imputación debía ser el de *“falla del servicio público”*, precisamente, porque las normas que habían instituido el tributo —que la parte actora pagó en su momento— eran inconstitucionales, al punto que así lo declaró el órgano de control de constitucionalidad (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente No. 2003-00173(26.689), 2014).

b) Sentencia de 26 de marzo de 2014 de la Subsección C, a través de la cual se resolvió en segunda instancia un caso prácticamente igual al anterior desde el punto de vista fáctico, con la diferencia tan solo de la parte actora y de que el tribunal de primera instancia había accedido parcialmente a las súplicas de la demanda en cuanto declaró la responsabilidad patrimonial del Congreso de la República y lo condenó a pagar los perjuicios materiales causados. Prohibió la tesis expuesta en el caso antes referido, confirmó la declaración de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado sobre la premisa de estructurar dicha responsabilidad en la *“falla del servicio público”* (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente No. 2003-0017501(28.741), 2014).

Esta sentencia tuvo un considerable y especial grado de difusión en los medios de comunicación social del país.

c) Sentencia de 20 de octubre de 2014 de la Subsección C, oportunidad en la que la misma Sala de Decisión del caso inmediatamente anterior y con la misma composición personal de sus integrantes,

denegó las súplicas de la demanda, con apoyo en argüir, fundamentalmente, que como los efectos en el tiempo del fallo de inconstitucionalidad de las normas legales en cuestión no fueron objeto de modulación, tales efectos eran concreta y exclusivamente pro futuro, vale decir, apenas *ex nunc*, y que, por lo tanto, jurídicamente, no era posible predicar la existencia de una falla del servicio atribuible al legislador, por la sencilla, pero suficiente razón de que la Corte Constitucional al no variar los efectos generales de su decisión validó y legitimó lo realizado durante el tiempo en el que tales normas estuvieron vigentes, circunstancia por la cual obviamente no es factible predicar la existencia de una falla del servicio en el cobro del mencionado tributo, sin que en modo alguno el juez de la responsabilidad patrimonial pueda cambiar o modificar tal decisión ni sus efectos para luego concluir, indebidamente, que como las normas eran inconstitucionales el cobro y pago de la tasa aduanera constituyó un “*daño antijurídico*” e imputable al Congreso de la República a título de “*falla del servicio*”, por cuanto el juez contencioso administrativo no tiene jurisdicción para aquello ni el juez de la reparación competencia para hacerlo (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente No. 2003-00204 (29.355), 2014).

4) La situación antes descrita, problemática, por decir lo menos, dio lugar a posteriores pronunciamientos tanto de la Sección Cuarta del Consejo de Estado —en sede de acción de tutela— lo mismo que de la Sección Tercera y de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en los siguientes términos:

a) Sentencia de 7 de abril de 2014 de la Sección Cuarta, mediante la cual en un proceso de acción de tutela dejó sin efectos la ya referida sentencia de 26 de marzo de 2014 proferida en su momento por la Subsección C de la Sección Tercera de esa misma corporación, que había

declarado la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado en cabeza del Congreso de la República por la aplicación que se había alcanzado a hacer de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 a la empresa Goodyear de Colombia SA que, como ya se comentó, luego fueron declarados inexequibles. El razonamiento esgrimido para acceder a la petición de amparo del derecho constitucional fundamental del *debi-do proceso* y consecuentemente ordenar al juez de la reparación dictar una sentencia de reemplazo, en síntesis, fue el siguiente:

No es lógico que el órgano legislador deba responder patrimonialmente por los daños reclamados simplemente por el hecho de ser el órgano creador de la norma declarada inexequible pues, aún en la hipótesis de que se aceptara la existencia de un daño antijurídico, sería imputable a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) y no el legislador, porque fue aquella y no este último quien aplicó la ley; adicionalmente, que es especialmente relevante advertir que en los hechos del caso no es aceptable la tesis de la existencia de una falla del servicio por cuanto no posible asimilar o equipar la tarea de creación de las normas jurídicas con la prestación de los servicios públicos, de donde resulta imposible sostener que por el hecho haber sido expulsadas del ordenamiento jurídico las normas en cuestión se produjo un acto culposo generador de un daño, reprochable en materia de responsabilidad por un supuesto funcionamiento anormal del servicio, sumado al hecho de que el sujeto pasivo de la respectiva carga impositiva tenía la opción y el derecho de pedir la revisión de la declaración tributaria por pago de lo no debido según lo previsto en el artículo 850 del Estatuto Tributario, para lo cual contaba con un plazo de cinco (5) años contados luego del pago de la obligación (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente No. 2014-02171, 2014).

b) Sentencia de 31 de octubre de 2016 de la Subsección C de la Sección Cuarta, dictada en reemplazo del fallo de 26 de marzo de 2014 que inicialmente esa Sala de Decisión había emitido en el respectivo proceso de reparación directa. En primer lugar, estimó que la demanda debió dirigirse contra la autoridad tributaria que cobró y recibió el pago del gravamen, es decir, la DIAN, y no contra el Congreso de la República y, en segundo término, concluyó que se acreditó el medio exceptivo de *ineptitud sustantiva de la demanda* porque la demandante del proceso ordinario incurrió en *indebida escogencia de la acción*, debido a que para el reintegro del pago por ella realizado contaba previamente con un procedimiento administrativo de devolución ante la misma DIAN de conformidad con lo reglado en el artículo 855 del Estatuto Tributario, el cual culmina con un acto administrativo pasible de control jurisdiccional en nulidad y restablecimiento del derecho, razón por la cual se inhibió de fallar el mérito del asunto objeto de la controversia (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente No. 28.741, 2016).

c) Sentencia de 27 de abril de 2017 de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, fallo que en estricto rigor no fue de unificación jurisprudencial de la Sección⁹ porque no se sentó ninguna regla explícita en tal sentido. En esta oportunidad el pleno de la Sección decidió un asunto similar a los anteriores, esto es, la reclamación de responsabilidad patrimonial por el hecho de la ley por aplicación de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 (tasa TESA) que fueron posteriormente declarados inexecutable. Mediante esta providencia se dictó

9 Las sentencias de unificación jurisprudencial, según lo previsto en los artículos 270 y 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011, son aquellas que profiere el Consejo de Estado por importancia jurídica o, trascendencia económica o social, o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia, precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [CPACA], 2011).

sentencia de reemplazo en cumplimiento de lo ordenado por la Sección Cuarta de la misma Corporación, en sede de tutela, en un fallo de tutela del 26 de enero de 2017, que dejó sin efectos la sentencia inicialmente proferida en el proceso ordinario de reparación el 29 de abril de 2015 y amparó el derecho a la “*tutela judicial efectiva*” del Congreso de la República, decisión de tutela que fue confirmada por la Sección Quinta del Consejo de Estado luego de la impugnación interpuesta por la sociedad Hyundai Colombia Automotriz SA (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente No. 28.486, 2017).

En esta otra ocasión, la Sección Tercera determinó que la sociedad demandante —Hyundai Colombia Automotriz SA— no probó la antijuridicidad del daño ocasionado en virtud del menoscabo patrimonial sufrido por dicha sociedad como consecuencia del pago del tributo en mención mientras este estuvo vigente, toda vez dicho carácter no depende, *per se*, del pago realizado por la entidad demandante y de la declaración de inexecutable adoptada por la Corte Constitucional respecto de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, pues, no se acreditó en el proceso de reparación directa que dicha empresa hubiese acudido primero a la administración en el trámite de la devolución del pago de lo no debido —según expresa previsión legal del artículo 850 del Estatuto Tributario—, sino que, por el contrario, hizo caso omiso de dicho mecanismo jurídico que tenía a su disposición o simplemente “optó por renunciar al derecho que tenía para reclamar la devolución de manera que no planteó la controversia relativa a la juridicidad de los pagos realizados durante la vigencia de las normas que posteriormente fueron declaradas inconstitucionales” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente No. 28.486, 2017) dentro de un término de cinco (5) años a partir del pago efectivo.

Con fundamento entonces en esas reflexiones, la Sala Plena de la Sección Tercera concluyó que en ese caso no se podía hablar de la existencia de un daño antijurídico como fundamento de la responsabilidad del Estado y, por consiguiente, negó las pretensiones alegadas por la parte demandante (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente No. 28.486, 2017). Nótese que, en esta ocasión, muy a diferencia de lo decidido en la antes citada sentencia de 31 de octubre de 2016 de la Subsección C, se falló el fondo del caso, aunque, se denegaron las súplicas de la parte actora, al paso que en la sentencia de 2016 la Sala de la Subsección C se inhibió de decidir el fondo de la controversia.

d) Sentencias de 13 y 21 de marzo de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo¹⁰, en las que por razones de *importancia jurídica* se decidieron dos distintos procesos en los que se demandaba la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Nación - Congreso de la República con ocasión de las demandas de reparación directa interpuestas por las sociedades Mercedes Benz de Colombia S. A. y GlaxoSmithKline Colombia S. A. por la expedición y aplicación a ellas de la Ley 633 de 2000 que creó de la Tasa Especial por Servicios Aduaneros (TESA) —artículos 56 y 57— (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente No. 28.769, 2018; Expediente No. 29.352, 2018) normas que fueron posteriormente declaradas inexequibles por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-992 de 2001 por contrariar el artículo 338 del ordenamiento superior (Corte Constitucional, Sala Plena, C-992, 2001).

En ambas sentencias se adujo y decidió, de manera idéntica, que en el juicio de reparación directa el juez de la reparación debe:

¹⁰ Expedientes separados números 28.769 y 29.352, respectivamente, MP Danilo Rojas Betancourth, fallados en la misma fecha pero en forma independiente, aunque, con una misma motivación e idéntica decisión para uno y otro caso.

Tener en cuenta tanto la declaratoria de inexecutable como los efectos de la misma a la hora de determinar la antijuridicidad de daños causados por normas declaradas inconstitucionales, el criterio de antijuridicidad que se funda en los efectos de la sentencia de inexecutable compatibiliza mejor las decisiones del juez de la responsabilidad con las de la autoridad judicial expresamente establecida para juzgar la constitucionalidad de la ley y, al hacerlo, garantiza la unidad del ordenamiento y la seguridad jurídica, principios cuya importancia no puede demeritarse (Gil, 2020).

Sobre esa argumentación se concluyó que, como las sociedades actoras no demostraron que al haber pagado la tasa especial aduanera consagrada por los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 durante el tiempo en que estos estuvieron vigentes, sufrieron un daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, se imponía confirmar los fallos de primera instancia que habían denegado las pretensiones de las respectivas demandas de cada proceso (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente No. 28.769, 2018; Expediente No. 29.352, 2018).

Responsabilidad por aplicación de la ley executable

Desde otro punto de vista, se propone una tercera hipótesis en torno al tema que nos ocupa, sugestiva, en la medida en que, *prima facie*, quizá puede parecer atrevida o desentonada, por tratarse de la imputación de responsabilidad patrimonial al Estado por razón de normas legales debidamente concordantes o ajustadas al ordenamiento jurídico superior, no obstante, ello es perfectamente factible y válido, pues, como bien se sabe, el *daño antijurídico* es aquella lesión que sufre la persona en sus bienes jurídicamente protegidos pero que el ordenamiento jurídico no le impone la carga o el deber de asumir o soportar, independiente de

la licitud o ilegalidad de la causa que lo genere, huelga decir, al margen de si se produjo con violación de la ley o en forma lícita, con intención o sin dolo, con culpa o en forma diligente y prudente, queriendo o sin querer queriendo, para decirlo en forma coloquial, pues, la antijuridicidad del daño no estriba en la ilegalidad o antijuridicidad de la causa que lo genera, sino que, es una característica intrínseca al daño; dicho de otra manera, el daño antijurídico bien puede ser producido a pesar de actuar el Estado en debida forma y con cabal observancia y respeto de la ley.

Este es un tema que ya ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos del país, de los cuales deben resaltarse cuando menos los siguientes en los que se ha propuesto y también adoptado una respuesta de carácter positivo:

1) Sentencia de 18 de noviembre de 1990 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el caso fue el siguiente:

La Sociedad Felipe Garrido & Cía., dedicada a la importación, distribución y venta del aguardiente “Caporal” en el territorio del Valle del Cauca, solicitaba la indemnización de los perjuicios [que dijo haber padecido] con ocasión de la expedición de la Ordenanza No. 025 de 2 de diciembre de 1981 de la Asamblea Departamental del Valle del Cauca y del Decreto No. 0623 del 30 de marzo de 1982 de la Gobernación del Valle del Cauca, que [establecían] un nuevo impuesto sobre licores extranjeros, “*pero disfrazado bajo la forma de servicio de bodegaje de licores nacionales y extranjeros*”, actos que posteriormente fueron suspendidos por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y, después, declarados nulos por [esa] misma corporación [judicial] (Restrepo, 2018).

El Consejo de Estado consideró que los supuestos fácticos del caso no permitían elaborar una línea jurisprudencial acerca de la

responsabilidad del Estado por el hecho de la ley; sin embargo, dejó abierta la compuerta para que, en un futuro, la Corporación aceptara que hay lugar a declarar responsable patrimonialmente al Estado por el hecho de una ley en atención a las experiencias del derecho comparado, especialmente del francés que ya había aceptado esa hipótesis (Restrepo, 2018; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Expediente No. 5396, 1990).

2) Sentencia de 25 de agosto de 1998 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en donde por razón de la importancia jurídica del asunto se estudió la responsabilidad por:

La muerte del señor César Julio Cuervo Pineda, quien fue atropellado por Edmundo Scott Cowan, coronel del Ejército de EE. UU., quien conducía un automotor de placa diplomática CD-0744 de propiedad de la embajada de dicho país. Los reclamantes —esposa e hijos— que resultaron ser víctimas indirectas de la muerte de su familiar, iniciaron acción de reparación directa por los perjuicios padecidos en contra del Estado (Ministerio de Relaciones Exteriores y Congreso de la República) por la expedición de la Ley 6 de 1972, aprobatoria de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, ley que estableció la inmunidad jurisdiccional de los agentes diplomáticos en territorio colombiano (Restrepo, 2018, p. 77).

Debido a que inicialmente intentaron la reclamación de responsabilidad directamente en contra de ese Estado extranjero ante la jurisdicción ordinaria colombiana, concretamente ante un juez civil del circuito, quien rechazó la demanda por estimar que carecía de jurisdicción debido al beneficio de inmunidad del agente del Estado extranjero para ser juzgado en Colombia consagrada en el artículo 61 de la referida

Convención de Viena y aprobada por el Congreso mediante la Ley 6 de 1972, normatividad que no ofrecía ningún reproche de inconstitucionalidad, decisión que en segunda instancia fue confirmada por el respectivo Tribunal Superior de Distrito Judicial - Sala Civil (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Expediente IJ-001, 1998).

En esta otra oportunidad:

El Consejo de Estado sostuvo [...] que a pesar de que la celebración, incorporación y ratificación de tratados internacionales por parte del Estado colombiano constituye una actividad legítima, no implica que las consecuencias derivadas de la celebración de actos complejos estén por fuera del juzgamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa en el evento en que se configuren los presupuestos de responsabilidad extracontractual del Estado contenidos en el artículo 90 de la Constitución Política. A partir de ese entendimiento estimó que, en atención a criterios de razonabilidad, de justicia y de equidad, los privilegios concedidos por parte del Estado a los agentes diplomáticos de países acreditados, en virtud de la Convención de Viena, no resultaba sensato que fuesen oponibles a los particulares afectados con ocasión de dicha prerrogativa (Restrepo, 2018).

Se dijo entonces que los privilegios concedidos a dichos agentes debían correr por cuenta del Estado receptor con el fin de no vulnerar los derechos de los asociados:

Si del cumplimiento del Tratado, que como en el caso particular que nos ocupa deviene para los actores un perjuicio cuya autoría material radica en cabeza de un agente diplomático, la Nación debe asumir las consecuencias patrimoniales derivadas del cumplimiento de sus obligaciones y respecto de las relaciones

diplomáticas entre los Estados (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Expediente IJ-001, 1998).

3) Sentencia del 8 de septiembre de 1998 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, oportunidad en la que igualmente por importancia jurídica asumió el caso el pleno de la Corporación y, como en el caso inmediatamente anterior, se juzgó y declaró la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños sufridos por cuenta de la destrucción de un vehículo propiedad de los demandantes que fue impactado en Bogotá por funcionarios de la embajada de los Estados Unidos (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Expediente IJ-002, 2018).

En el fallo se reiteraron los argumentos expuestos en la sentencia IJ-001 de 1998 y, al propio tiempo, se puntualizó lo siguiente:

Desde el punto de vista de la aprobación de la convención, no es predicable la existencia de un error legislativo en la ley 6 de 1972, que dicho sea de paso se limitó a aprobar el texto íntegro de la Convención de Viena, sobre inmunidad de jurisdicción, elaborada y fruto de la conferencia realizada en Viena el 18 de abril de 1961, a más de que no podría endilgarse omisión en la labor legislativa, bajo el entendido de que las leyes internas no podrían modificar, derogar o suspender un tratado internacional, lo cual no significa, desde luego, que la necesidad de cumplir con los convenios internacionales impida que a nivel interno, en caso de conflicto entre los intereses nacionales con respecto a las obligaciones internacionales, no pueda ser objeto de revisión observando los procedimientos adecuados para ello que tiendan a una eventual modificación o enmienda del tratado o convenio. El deber de reparar provenía entonces de la imposibilidad de que el conjunto de los poderes públicos —el ejecutivo y el legislativo al celebrar el tratado y aprobarlo por medio de una

ley, y el judicial por la negativa de la Corte Suprema de Justicia sobre la admisión de la demanda— había colocado a la víctima en la necesidad de reclamar el daño sufrido a su autor material (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Expediente IJ-002, 2018).

4) También existe un número importante de sentencias emitidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado en las que, de manera uniforme, se admitió y declaró la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho de la ley que no presenta ni ofrece reproche alguno de inconstitucionalidad, pero cuya aplicación significó para la víctima del daño un rompimiento del principio universal de igualdad ante las cargas públicas, por motivo de no poder demandar ante los jueces nacionales colombianos el reconocimiento y pago de derechos de índole laboral generados en relaciones de trabajo con delegaciones diplomáticas extranjeras con asiento en nuestro territorio patrio, porque, en esos eventos los jueces de la jurisdicción ordinaria laboral rechazaban tales demandas aduciendo en favor de los Estados extranjeros demandados el privilegio de inmunidad consagrada en el artículo 61 de la Convención de Viena de 1961, aprobada por el Estado colombiano e incorporada a la legislación nacional a través de la Ley 6 de 1972, lo cual constituía un daño antijurídico que las víctimas no estaban en deber jurídico de soportar, cuya indemnización correspondía al Congreso de la República por motivo de haber sido el órgano estatal que creó la norma.

En esa dirección pueden consultarse, entre otras, las siguientes providencias:

a) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de julio de 2013, proceso 26.011, M. P. Enrique Gil Botero.

b) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de julio de 2013, proceso 26.855, M. P. Hernán Andrade Rincón.

c) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de diciembre de 2013, proceso 29.183, M. P. Stella Conto Díaz del Castillo.

d) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de marzo de 2014, proceso 28.864, M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Sin embargo, debe advertirse que la tesis de la inmunidad diplomática frente a reclamaciones judiciales de naturaleza laboral dejó de aplicarse en la jurisdicción nacional nuestra porque, inicialmente la Corte Constitucional —en sede de tutela y de control abstracto de constitucionalidad— y luego la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esta última a partir de un auto de 13 de diciembre de 2007, precisó y definió que, por razón de la autonomía del derecho laboral frente al derecho civil, el privilegio de inmunidad consagrado en el artículo 61 de la Convención de Viena de 1961 no es absoluto y concretamente no aplicable a las reclamaciones judiciales de índole laboral que se propongan contra empleadores que sean delegaciones diplomáticas extranjeras con sede en Colombia, y que por consiguiente pueden ser conocidas y decididas tales demandas por los jueces laborales colombianos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Expediente No. 32.096, 2007), tesis esta igualmente prohijada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, lo cual descarta la configuración de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por motivo del hecho de la ley (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Rad. No. 11001-02-03-000-2015-02659-00, 2016).

Asimismo, sobre este preciso aspecto debe tenerse muy en cuenta que la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado también ha precisado que, por razones de seguridad jurídica y de garantía del derecho constitucional fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia (CP, 1991, art. 229), dicha tesis solo es aplicable a los casos que se hayan promovido luego de la adopción de esa nueva óptica de decisión judicial, mas no así a las demandas de reparación directa que hayan sido propuestas en contra del Estado con antelación a la incorporación de esa nueva tesis jurisprudencial.

5) Empero, en sentencia de sentencia del 8 de septiembre de 2001 de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ocasión de decidir en segunda instancia un proceso de reparación directa en el que fueron demandados el Congreso de la República, el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Rama Judicial y cuya demanda fue instaurada en el año 2003, por motivo del rechazo de una demanda ordinaria laboral por parte de la Corte Suprema de Justicia el 25 de junio de 2002, elevada por una ciudadana colombiana en contra de la embajada del Líbano con sede en Colombia por haber trabajado para esta entre 1986 y febrero del año 2000, decisión de rechazo que fundó la Corte Suprema en el referido privilegio de inmunidad, el Consejo de Estado declaró la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado no en cabeza del Congreso de la República sino de la Rama Judicial, por estimar que quien causó el daño no fue aquel sino esta con la decisión de la Sala de Casación Laboral, por el hecho de extender indebidamente un beneficio de inmunidad sobre esa materia debido a que en realidad la Convención de Viena no lo consagra para causas judiciales de naturaleza laboral (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Expediente No. 42.198, 2001).

En esa perspectiva, puso de presente que:

Para la fecha en la que la demandante [...] interpuso la demanda laboral la jurisprudencia imperante señalaba que «[...]existía carencia de jurisdicción colombiana para asumir el trámite y juzgamiento de acciones judiciales laborales dirigidas contra Estados extranjeros acreditados en Colombia [...]», y que solo hasta el 2007 [se produjo] un cambio jurisprudencial que admitió que las misiones diplomáticas podían ser objeto de demandas laborales (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Expediente No. 42.198, 2001).

Se condenó a la Rama Judicial (como lo había hecho en primera instancia el Tribunal Administrativo de Cundinamarca), porque se demostró que la demandante sufrió un daño antijurídico consistente en la pérdida de la oportunidad de obtener el reconocimiento y pago de los derechos laborales adeudados por la embajada del Líbano, y se determinó que dicho daño era imputable a la Rama Judicial porque fue generado por una decisión adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y, que por lo tanto, el hecho generador del daño no fue la expedición de la ley, pues, en esta no se consagró la aludida inmunidad, y que tampoco le era atribuible la responsabilidad al Ministerio de Relaciones porque no era competencia de este la decisión de tramitar la reclamación ante nuestra jurisdicción, sin perjuicio de que aquel inclusive interpuso algún oficio ante la delegación diplomática en procura de las reclamaciones de la trabajadora (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Expediente No. 42.198, 2001).

Responsabilidad por omisión legislativa

Finalmente, resulta aún más compleja la controversia cuando se plantea la posibilidad de configuración de responsabilidad patrimonial

extracontractual del Estado por el hecho del legislador, pero no porque haya expedido una norma con fuerza material de ley, afectada o no de vicios de inconstitucionalidad, sino, por el hecho de no hacerlo, es decir, por omisión de la función de legislar un determinado asunto o materia.

Sobre esa particular hipótesis, cuando menos debe hacerse referencia a un antecedente jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado contenido en una sentencia del 1º de noviembre de 2001 en la que se desestimaron las súplicas de la demanda.

La acción de reparación directa fue promovida por un empleado oficial del entonces Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras (HIMAT), quien sostuvo que al momento del despido laboral, realizado sin justa causa por parte de su empleador, era miembro activo del sindicato de la entidad, por lo cual, para que pudiera haber lugar al despido era necesario contar con autorización previa del juez laboral, situación que no acaeció (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Expediente No. 13.002, 2001).

En la demanda alegó que a pesar de que varios tribunales del país cobijaron los derechos laborales vulnerados de diversos trabajadores sindicalizados ante la inexistencia de normativa legal expresa que desarrollara el articulado constitucional (artículo 39), el tribunal de conocimiento del caso laboral (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto) decidió lo contrario y absolvió a la parte demandada (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Expediente No. 13.002, 2001).

En el proceso de reparación directa se adujo que el Congreso de la República era responsable a título de omisión legislativa porque en el proceso laboral correspondiente se negaron las súplicas de la demanda con fundamento en que:

A pesar de que la garantía del fuero sindical también ampara a este tipo de empleados oficiales, conforme lo establece el artículo 39 de la Constitución Política, no era posible condenar [al HIMAT] ya que la disposición constitucional requería de un desarrollo normativo por parte del Congreso de la República, situación que no había sucedido hasta el momento de dictarse sentencia de segunda instancia (Restrepo, 2018, p. 81).

En segunda instancia, el Consejo de Estado confirmó el fallo objeto de apelación, pero, por otras razones, por estimar que no hay lugar a declarar responsable patrimonialmente al Congreso de la República por omisión legislativa, dado que la función legislativa consagrada en los artículos 114 y 150 de la Constitución Política no implican una obligación o deber jurídico de expedir leyes en un tiempo y modo determinados, y que de manera correlativa aparece un derecho para los asociados de exigir a dicha Corporación la expedición o regulación normativa de una específica materia o asunto, atendiendo a un término de tiempo previamente consagrado, porque se trata de una función regida por el principio de autonomía de configuración normativa (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Expediente No. 13.002, 2001).

En esa óptica adujo que la función legislativa no puede equipararse con la actividad administrativa, en tanto esta última en virtud de las competencias asignadas previamente por la Constitución y la ley puede adquirir obligaciones específicas con los administrados, en diversas materias, como salud, seguridad, transporte, etcétera, que derivan en el surgimiento de relaciones jurídicas con contenidos claros de exigibilidad de una actividad en particular y, que por consiguiente, no resulta posible concebir que lo mismo suceda con la función legislativa asignada al Congreso de la República que, por esencia, se trata de una actividad

programática dependiente de diversas condiciones fácticas o socio-políticas del momento, cuyo contenido y características de cada momento predeterminan, en cada caso y oportunidad, la creación de normas en diversas materias, según el criterio del legislador (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Expediente No. 13.002, 2001; Restrepo, 2018).

A lo anterior agregó que, para que surja la responsabilidad patrimonial del Estado por omisión en la realización de una acción determinada, es imperativo que se haya dado en razón de un incumplimiento de una obligación o de un deber que instaba al supuesto agente generador de daños a actuar de una determinada manera, situación que no sucede en el caso en mención ya que, como se dijo previamente, no existe norma constitucional que establezca una obligación por parte del legislador de expedir normas en cualquier materia y en un tiempo previamente definido (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Expediente No. 13.002, 2001; Restrepo, 2018)

Bogotá D. C., 17 de abril de 2023

Referencias

Código de Comercio [C.COM]. (1971). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html

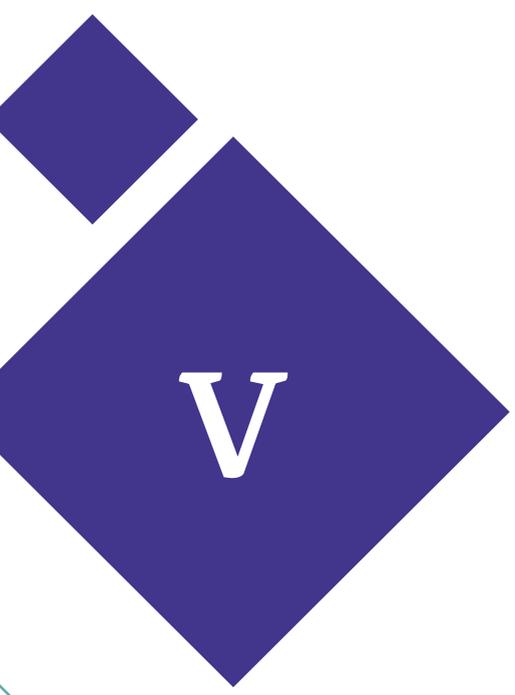
Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [C.P.A.C.A.]. (2011). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html#top

Congreso de la República de Colombia. (1993). Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. [Ley 80 de 1993]. DO: 41.094

- Congreso de la República de Colombia. (1996). Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. [Ley 270 de 1996]. DO: 42.745
- Congreso de la República de Colombia. (1997). Por la cual se modifica la Ley 9ª de 1989, y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones. [Ley 388 de 1997]. DO: 43.091
- Congreso de la República de Colombia. (2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. [Ley 1150 de 2007]. DO: 46.691
- Congreso de la República de Colombia. (2012). Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. [Ley 1563 de 2012]. DO: 48.489
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (1990, 18 de noviembre). Expediente No. 5.396 [C. P.: Uribe, J.].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2001, 8 de septiembre). Expediente No. 42.198 [C. P.: Bermúdez, M.].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2001, 1 de noviembre). Expediente No. 13.002 [C. P.: Giraldo, M.].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2002, 26 de septiembre). Expediente No. 4458 [C. P.: Hernández, A.].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2014, 29 de enero). Expediente No. 2003-00173(26.689) [C. P.: Fajardo, M.].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2014, 26 de marzo). Expediente No. 2003-0017501(28.741) [C. P.: Gil, E.].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2014, 20 de octubre). Expediente No. 2003-00204 (29.355) [C. P.: Santofimio, J.].

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2014, 7 de abril). Expediente No. 2014-02171 [C. P.: Briceño, M].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2016, 31 de octubre). Expediente No. 28.741 [C. P.: Sánchez, G.].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2017, 27 de abril). Expediente No. 28.486 [C. P.: Velásquez, M.].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2018, 13 de marzo). Expediente No. 28.769 [C. P.: Rojas, D.].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2018, 21 de marzo). Expediente No. 29.352 [C. P.: Rojas, D.].
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (1998, 25 de agosto). Expediente IJ-001 [C. P.: Carrillo, J.].
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (1998, 8 de septiembre). Expediente IJ-002 [C. P.: Suárez, D.].
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Constitución Política de Colombia [CP]. (1991). http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Corte Constitucional, Sala Plena. (1992, 13 de agosto). Sentencia C-479 [M. P.: Hernández, J. y Martínez, A.].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (1993, 22 de abril). Sentencia C-149 [M. P.: Hernández, J.].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (2001, 19 de septiembre). Sentencia C-992 [M. P.: Escobar, R.].

- Corte Constitucional, Sala Plena. (2020, 5 de agosto). Sentencia C-293 [M. P.: Ortiz, G. y Pardo, C.].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2016, 13 de enero). Rad. No. 11001-02-03-000-2015-02659-00 [M. P.: Tolosa, L.].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (2007, 13 de diciembre). Expediente No. 32.096 [M. P.: Tarquino, C.].
- Gil, E. (2020). *Tratado de responsabilidad extracontractual del Estado* (8a ed.). Tirant lo Blanch.
- Restrepo, S. (2018). *La responsabilidad del Estado – Legislador por disposiciones tributarias declaradas inexequibles. La incidencia de los efectos temporales de las sentencias de inexequibilidad de disposiciones tributarias dentro de los presupuestos configurativos de la responsabilidad patrimonial del Estado* [Tesis de pregrado, Universidad EAFIT]. Repositorio Institucional Universidad EAFIT. <https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/12443?show=full>



V

TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Inteligencia Artificial, internet, tecnología y ¿la obsolescencia programada de los Estados?

Federico M. Álvarez Larrondo

Resumen

El avance tecnológico inherente al capitalismo ha llevado a una reformulación drástica del mismo, donde su eje centrado en el trabajo humano, lentamente, cede su lugar a la Inteligencia Artificial y la tecnología. Con ello emerge un nuevo poder integrado por las corporaciones tecnológicas globales desplegadas en un nuevo mundo, el “virtual”, que se caracteriza por carecer de límites territoriales y Estados imponiendo su ley. Así, estas megaempresas se tornan dueñas de ese nuevo mundo, concentrando las funciones del Estado actual para ese mundo virtual, y condenando a aquel a su “obsolescencia programada”.

Palabras clave: Estado, tecnología, virtualidad, trabajo, economía.

Abstract

The technological progress inherent to capitalism has led to a drastic reformulation of capitalism, where its axis centered on human labor, slowly gives way to Artificial Intelligence and technology. With this emerges a new power integrated by global technological corporations deployed in a new world, the “virtual” one, characterized by the lack of territorial limits and States imposing their law. Thus, these mega-corporations

rations become masters of this new world, concentrating the functions of the current State for this virtual world, and condemning it to its “programmed obsolescence”.

Keywords: State, technology, virtuality, labor, economy.

Introducción

Estamos viviendo un tiempo único, un cambio de una naturaleza impactante.

Las distintas mutaciones que se han dado a lo largo de la historia, los cimbronazos que nos han traído hasta estos días, han surgido de catástrofes naturales o de conflictos o de revoluciones humanas, pero nunca antes habíamos asistido a un cambio como el que hoy vivimos alentado por máquinas. La explosión de debates y desafíos que hoy emergen a borbotones, surgen precisamente de la intervención, proliferación y escalabilidad de una tecnología que solo había sido soñada por algunas mentes afiebradas siglos atrás.

A modo de ejemplo, al tiempo de escribir estas páginas, una buena parte del mundo se encuentra alborotado por el impacto global alcanzado por GPT-3¹. La Inteligencia Artificial diseñada por la firma

1 El Chat GPT, cuyas siglas proceden del inglés Generative Pre-trained Transformer (en español, Transformador Preentrenado Generativo), “es un modelo de lenguaje basado en la arquitectura de ‘transformadores’. Estos modelos son capaces de procesar gran cantidad de texto y aprender a realizar tareas de procesamiento del lenguaje natural. Para funcionar, GPT necesita ser ‘entrenado’ en una gran cantidad de texto. Por ejemplo, el modelo GPT-3 fue entrenado en un conjunto de textos que incluyó más de ocho millones de documentos y más de 10 mil millones de palabras. A partir de este texto, el modelo aprende a realizar tareas de procesamiento del lenguaje natural y a generar documentos coherentes y bien escritos. Para el entrenamiento se utilizó Aprendizaje por refuerzo, a partir de retroalimentación humana. Mediante un ajuste fino supervisado, los entrenadores (humanos) proporcionaban conversaciones en las que representaban tanto al usuario, como al asistente de IA. Además, los entrenadores contaban con sugerencias escritas para ayudarlos a redactar sus propuestas. Así,

Open AI se ubica en el centro de la escena pública y desde su plataforma de acceso “gratis”, maravilla a los usuarios que encuentran en esta herramienta respuestas para todas sus preguntas, sin hacerse tal vez la más importante: “¿Es necesario?”.

No habremos de detenernos aquí, en los distintos debates que se abren a partir de la misma, pero sí nos sirve en esta apertura como muestra patente del avance que la tecnología, en general, y la Inteligencia Artificial (IA), en particular, nos presentan de un tiempo a esta parte y cómo impactan en las estructuras tradicionales en torno a las cuales se han edificado los Estados recientes, llevándolos hacia una revisión de sus funciones y hasta de su razón de ser, al punto de poner en crisis su existencia misma.

Es que el presente no es un cambio dentro del sistema como lo fueron las tres primeras revoluciones industriales. Aquí estamos ante un giro copernicano que habrá de cambiarlo todo de una manera como no hemos conocido. Y entre esas cosas que forzosamente mutarán, está el Estado, al menos si es que nada se hace por detener esta inercia *tech*.

Las bases sobre las que se asientan los Estados

El politólogo argentino O’Donnell (1978) ha definido el Estado de la siguiente manera:

Entiendo por Estado el componente específicamente político de la dominación en una sociedad territorialmente delimitada. Por

mezclaron este nuevo conjunto de datos con el conjunto de datos de InstructGPT que se transformó en un formato de diálogo. En conclusión, para utilizar GPT en un chat, se le proporciona al modelo una entrada en forma de texto. Esta entrada puede ser en forma de una pregunta o una frase de contexto. Y, a partir de esta entrada, GPT genera una respuesta apropiada y coherente. De hecho, esta respuesta se puede utilizar en un chatbot o en cualquier otra aplicación donde sea necesario generar un texto a partir de una entrada dada” (Lara, 2023, párr. 2).

dominación (o poder) entiendo la capacidad, actual y potencial, de imponer regularmente la voluntad sobre otros, incluso pero no necesariamente contra su resistencia. Lo político en sentido propio o específico lo entiendo, entonces, como una parte analítica del fenómeno más general de la dominación, aquella que se halla respaldada por la marcada supremacía en el control de los medios de coerción física en un territorio excluyentemente delimitado (p. 1158).

Nos interesan algunos tópicos de la referida definición para comprender los cambios que actualmente se experimentan, en particular, que una de las características fundamentales de los Estados es que la obediencia que deben ofrecer los individuos e instituciones, se da en un “territorio delimitado”.

Así, señala Garabedian (2007) que el Estado se encuentra conformado por una serie de componentes constitutivos que son:

1. Soberanía: Una implicancia básica de la soberanía estatal es que el Estado posee un control exclusivo sobre su territorio y sobre la población que la habita. Además, este poder que ejerce no puede ser cuestionado, y si es necesario, deberá probar que puede sostener esta prerrogativa frente a otros actores del sistema, ya sean estos del propio territorio o externos (otros Estados, corporaciones económicas, etcétera).

2. Territorio: El Estado controla una determinada porción de tierra, espacio aéreo, ríos interiores y espacio marítimo, así como las riquezas que se hallan en el subsuelo (petróleo, minerales, etcétera). Esta porción territorial está estricta y fehacientemente delimitada y reconocida a su vez por los demás Estados. Sobre esta porción territorial, el Estado posee una autoridad indiscutida, o sea, es soberano.

3. Población: El conjunto de personas que residen en el territorio estrictamente delimitado en un momento particular.

4. Aparato administrativo de naturaleza burocrática: Desarrollo de instituciones destinadas a controlar y gestionar los distintos ámbitos de la vida de la población. Este control y gestión va desde las tareas irrenunciables de todo Estado (defensa exterior e interior, cobro de impuestos, documentación e identificación de la población, etcétera), como así también aquellas tareas y obligaciones que fue adquiriendo con el paso del tiempo y hasta la sucesión de luchas políticas y sociales (atención de la seguridad social, educación, salud, política ambiental, etcétera). Este aparato burocrático, creciente y especializado, se ocupa de la administración de la vida cotidiana de la población. Es en este sentido, el brazo ejecutor de la política. Para aquellas decisiones extraordinarias que requieren decisión de un rumbo determinado y/o de transformaciones de la realidad, los Estados se han visto en la necesidad de garantizar una instancia de mando y deliberación.

5. Gobierno: El gobierno, entonces, se constituye en esta instancia para la toma de decisiones trascendentales y es quien determina el rumbo específico. Como afirma el constitucionalista argentino, Germán Bidart Campos (1927–2004), “el gobierno representa al Estado y actúa en su nombre”, o sea que “son los hombres titulares del poder del Estado quienes conforman el gobierno” (p. 5).

De lo expuesto surge, de manera clara, que el Estado tal como lo conocemos se sustenta sobre pilares que la realidad comienza a desmentir: soberanía, territorio, control sobre la población que habita ese espacio de fronteras políticas demarcadas por ley y que producto de esa norma se identifica con el mismo a partir de la nacionalidad. Es en ese espacio físico donde se puede ejercer la soberanía, se desarrolla el

aparato administrativo y se erige un gobierno que sintetiza la voluntad del pueblo fijando sus objetivos y proyecciones. Insisto, todo ello en el marco de un territorio delimitado.

Ahora bien, el problema es que la ciudadanía de un tiempo a esta parte se ha mudado del mundo “físico” en el que la humanidad ha discorrido desde sus orígenes y que es para el cual se consagraron los Estados, a uno “virtual” donde pasa la mayor parte de su tiempo y en el que traba ahora sus vínculos, celebra sus negocios y compras, comparte sus vivencias, se conoce, enamora y relaciona.

Por ello creemos necesario efectuar una radiografía del impacto de la tecnología en el entorno social a fin de poder analizar el rol actual y futuro de los otrora “poderosos” Estados.

El sistema capitalista y su vínculo originario y natural con la tecnología

Una de las características centrales del sistema capitalista es la adopción como propia de la tecnología que desde sus orígenes demostró un alcance jamás visto en la historia, centrada siempre en facilitar el aumento de la producción. Desde la máquina a vapor hasta el denominado “maquinismo” del siglo XIX, el sistema fue poniendo fin a la agricultura como eje de la economía para pasar a un nuevo estadio donde la industria se convierte en el eje.

Ahora bien, llegado el siglo XX este sistema de producción encontró en la Gran Depresión del año treinta la primera crisis global a la que se expuso el capitalismo. Allí se da por primera vez un escenario de desacople manifiesto entre la oferta y la demanda. Las máquinas generaban cada vez más para un público que no tenía capacidad de compra, máxime después de la Primera Guerra Mundial. Así entonces, el sistema consideró conveniente que el Estado abandonara su rol ajeno al mercado y que

por el contrario se involucrara en la economía dando lugar entonces al Estado de Bienestar. Este modelo de protección social se sustentó sobre cuatro supuestos, a saber: *i)* pleno empleo del factor trabajo, *ii)* salarios crecientes indexados a la inflación, *iii)* demanda de trabajo permanentemente al alza y *iv)* esperanza de vida tras la jubilación como máximo de diez años (Niño, 2020). A su vez, el eje se centró en la redistribución de la renta y el fortalecimiento de la denominada “clase media”. Esto se vivencia en su esplendor en la etapa posterior a la Segunda Guerra Mundial, la que se caracteriza por un sistema en franco crecimiento, con tendencia al pleno empleo, desempleo ínfimo y breve, producción centrada en el esfuerzo humano e incremento del PBI. Pero a partir de 1973 todo esto cambia.

Hacia finales de la década del sesenta las empresas estadounidenses que imponían el pulso del tiempo económico de entonces, daban cuenta de que ese sistema les impedía hacerse con mayores ingresos a los que la ingente tecnología les permitía acceder fácilmente. Es que para ese tiempo se consolida la posibilidad de la producción global-descentralizada. En Asia era muchísimo más barato construir barcos o pelotas de fútbol o cualquier otro bien industrial antes que hacerlo en los países del primer mundo. ¿La razón? En esos países los salarios eran ínfimos. Y en una economía en la cual los seres humanos eran la base de la producción, el principal costo estaba centrado en la remuneración de ese factor, por lo que la reducción de sueldos implicaba mayores ingresos empresariales. Solo bastaba entonces con comenzar con la deslocalización de sus plantas, publicitándola a su vez como una oportunidad de desarrollo para los países tercermundistas.

Finaliza entonces el denominado por Niño (2020) “Modelo de Demanda” (centrado en salarios altos para asegurar la demanda

creciente de productos), y se inicia el denominado “Modelo de Oferta”. Aquel proceso se había caracterizado por un crecimiento promedio del PBI del 5 % anual entre 1950 y 1973 y por una reducción de la concentración de la riqueza. En el caso de Estados Unidos, “el 1 % más rico de la población pasó de controlar el 21 % de la riqueza en 1928 a controlar el 7,5 % en 1975” (Niño, 2020, p. 139). A partir de esta etapa, la reducción de costes de la producción se convierte en el eje organizador y la maximización de los beneficios de las empresas el norte a seguir. En esta etapa regresa el discurso de la “virtuosidad” de la no intervención del Estado en la economía, excepto en la política monetaria a fin de reducir la inflación para no degradar las ganancias.

Emerge, entonces como centro, del sistema el accionista desplazando al trabajador.

En el “Modelo de Demanda” el factor trabajo era la razón de ser del mismo, puesto que el esfuerzo humano era necesario en las dos puntas de la cadena, tanto para producir como para consumir.

En tanto, el “Modelo de Oferta” consagra a partir de los años ochenta la revolución en la organización productiva con la incorporación del *just in time*, el *outsourcing* y el inicio de la robótica.

La demanda de empleo se traslada entonces de los mercados más caros, en términos salariales, a los más baratos. Como lógica consecuencia, los sueldos reales tienden entonces a la baja. La clase media comienza a verse reducida y el poder adquisitivo de la ciudadanía se restringe², esto altera las bases del sistema anterior.

2 Como muestra de ello, llegados a la actualidad y de acuerdo con el análisis del Pew Research Center, basado en datos gubernamentales de los Estados Unidos, esta clase se ha contraído en las últimas cinco décadas, de modo que la proporción de adultos que vive en hogares de esta clase cayó del 61 % en 1971 al 50 % en 2021 (*La Nación*, 2023).

Sin embargo, pese a este escenario crítico vigente desde los ochenta, la generación de bienes y servicios paradójicamente aumentaba fruto de la incorporación de tecnología. Por ello resultaba incomprensible cómo, si los ingresos reducían, el consumo y la producción aumentaban. Y la respuesta es: gracias al descomunal endeudamiento de las empresas y, fundamentalmente, de la ciudadanía.

El crédito crece a partir de los ochenta de manera exponencial hasta ya entrada la primera década de este siglo, gracias a la masificación de las tarjetas de crédito, en un primer momento; del crédito al consumo, luego, y al apalancamiento y la “securitización” de garantías hipotecarias en las postrimerías, previo al colapso. Solo el crédito permitió sostener el crecimiento del consumo hasta su harto evidente caída que encuentra como fecha cronológica el 15 de septiembre de 2008, momento en que se declara la quiebra del banco de inversión Lehman Brothers. Se trató de masas de dinero ficticias, que no eran más que bits que permitían obtener beneficios financieros. El ahorro público se captaba a través de títulos garantizados, para ser nuevamente prestados con hipotecas de primer grado en un inicio, y, luego, de segundo y tercero. Esto no es otra cosa que generación de deuda sin producción de bienes. De allí hay poca distancia para la hecatombe. Es que la capacidad de endeudamiento no es infinita.

Esta crisis, como bien señala Niño (2020), generó tres consecuencias en el mundo del trabajo. En primer lugar, la reducción de demanda de mano de obra en parte por la crisis y en parte por las nuevas herramientas tecnológicas. Luego, el aumento de la ocupación forzosa temporal y a tiempo parcial, del cual las plataformas que proliferan en esta década son la mejor muestra. Y, por último, la aparición de dos categorías de trabajadores y trabajadoras en los que los puestos de alta dirección, al me-

nos hasta el presente, se consideran imprescindibles, mientras el resto es considerado una *commodity* intercambiable y prescindible, con salarios en franco descenso.

Respecto a las nuevas herramientas tecnológicas, su abaratamiento progresivo llega en la década pasada. En ese momento se quiebra el diferencial de costes que justificaba la deslocalización de la producción en países emergentes, siendo cada vez más rentable fabricar de forma automatizada y a demanda en los propios países consumidores, lo que conlleva además ahorros en los costos de transporte. Se da en estos últimos años una nueva relocalización de la producción desde los países tercermundistas hacia los países centrales mediante la automatización (Niño, 2020).

Es decir que el capitalismo ha decidido, al momento de dar rienda suelta a los avances tecnológicos, cambiar las bases del sistema. Es que el Estado que conocemos fue pensado y diseñado para un modelo fundado en un sistema de equilibrio entre oferta y demanda de trabajo. Y ello ya no existe. Hoy se ha llegado a un punto en el que se puede generar el PBI sin trabajo humano, por lo que la lógica sistémica ha desaparecido.

Conclusión. La obsolescencia programada de los Estados tradicionales

Ese mismo desarrollo de la tecnología ha dado lugar también a la crisis de los principios de libre competencia. Es que la misma ha generado monstruosas corporaciones que concentran un poder ya no solo oligopólico, sino global. Solo para dimensionar el asunto, hace dos décadas un periódico en papel que superase una tirada de dos millones de ejemplares diarios era calificado como influyente. Hoy Google tiene 4 000 millones de usuarios a nivel global; Meta, uniendo sus servicios (Facebook, Instagram, WhatsApp), más de 4 700 (Niño, 2020). Y, a su vez, el negocio de estos gigantes es conocer, radiografiar, predecir y con

ello direccionar las conductas de sus usuarios, sin límites territoriales y casi sin regulaciones estatales que las encuadren. Pero lo más paradójico de todo, es que ese negocio se desarrolla en un mundo paralelo, virtual, etéreo, sin límites territoriales y, por consiguiente, sobre el que ningún Estado podría arrogarse autoridad.

Las empresas comienzan a comportarse entonces como las verdaderas autoridades de la red, como los “Estados” del mundo “virtual”. Con sus “términos y condiciones” imponen una legislación universal a la que deberán someterse todos sus “ciudadanos” si es que quieren ser parte del mismo, sin importar el lugar geográfico en el que se encuentren, ni el Estado que ejerza sobre ese espacio físico la autoridad. El poder legisferante se muda a manos privadas a través de lo que denominamos el “contrato inevitable”³.

Luego, esas mismas cláusulas imponen para la resolución de conflictos la jurisdicción privada. Tribunales arbitrales operando en el mundo virtual, a los que se ven compelidos a concurrir los “ciudadanos” de estos imperios globales para resolver sus disputas. Al no haber en ese mundo etéreo Estados imponiendo sus normativas, los conflictos se resuelven mediante la interpretación de la única ley vigente para las partes (por lo general ubicadas en distintos países), que no es otra que esos mismos “términos y condiciones”. Así, el viejo derecho que los distintos Estados han estado generando por siglos, comienza a caer en saco roto dado que las nuevas generaciones no consideran que los tribunales tradicionales sean el ámbito donde resolver sus disputas y, por consiguiente, en pos de espacios decisorios más acordes a sus tiempos donde todo debe ser “ya y ahora”, aceptan estas herramientas

³ Para comprender el impacto y la razón de ser estos “contratos inevitables”, ver Álvarez (2022).

tecnológicas donde la única ley universal a interpretar es el contrato universal e inevitable.

Con lo visto, no es muy difícil deducir que personas como Elon Musk (Tesla, Open IA, Twitter, Space X), Jeff Bezos (Amazon), Mark Zuckerberg (Meta, Instagram, WhatsApp), Bill Gates (Microsoft), se han erigido en los verdaderos líderes mundiales, que logran con sus decisiones impactar en la geopolítica global. Y no solo eso, se han permitido algunos de ellos imponerle su ley al por entonces presidente de la primer potencia del mundo físico, Donald Trump⁴, al cerrar sus cuentas por violar los términos y condiciones sobre comportamiento. Así, sin intervención de ningún poder judicial, *manu militari*, las empresas aplicaron su ley y su justicia, a partir de la orden de un líder *tech* sobre un líder político.

De lo hasta aquí expuesto, surge palmario que lentamente estas corporaciones han concentrado las atribuciones de los tres poderes de los Estados: legislativo, judicial y ejecutivo. Un líder impartiendo órdenes y políticas (Ejecutivo), con su legislación (Legislativo) y sus sistemas de resolución de disputas (Judicial). Cada conglomerado adquiere las formas de un “Estado” pero para ese mundo virtual sin límites territoriales, que a través de sus algoritmos predice y ordena comportamientos de la humanidad, los cuales luego se trasladan a ese viejo mundo físico, donde lo reciben gobiernos tradicionales sin armas para tan dispar contienda.

De allí que estemos en el camino de lo que nos permitimos denominar “obsolescencia programada de los Estados”⁵. Estas viejas estructuras encuentran sus pilares deshilachados. Los territorios se desvanecen

4 ⁴ Sobre el impacto de las decisiones de Facebook y Twitter al cerrar las cuentas del Presidente de Estados Unidos Donald Trump, ver Álvarez (2020).

5 ⁵ El término “obsolescencia programada” da cuenta de la predeterminación de la vida útil de un producto, a fin de que el mismo deje de prestar servicio en un tiempo determinado para de esta manera habilitar la compra de uno nuevo en su reemplazo.

ante la inmaterialidad del nuevo mundo virtual; sus leyes son acotadas a espacios territoriales risueños ante la magnitud de las corporaciones globales y resultan inoperantes e inaplicables en el mundo paralelo; sus recursos no le hacen sombra a los montos que manejan las mega corporaciones *tech*⁶ y que se encuentran concentrados en pocas manos; sus monedas pierden lentamente la competencia contra los criptoactivos, descentralizados, privados y también globales; los conflictos comienzan a resolverse sin intermediación de ninguna justicia local y esta última debe ajustar su actuar a las formalidades que estas les imponen, como cuando quieren solicitar información sobre algún usuario para continuar investigando a la “vieja usanza”.

El capitalismo ha determinado en su lógica evolutiva, que también el Estado tiene fecha de vencimiento. Es claro que esas mentes libertarias de las que bien hablaba Sadin (2018)⁷, forjadoras del espíritu de Silicon Valley como representación del nuevo tiempo, desde el inicio de los setenta, proyectaron la “obsolescencia programada” del Estado. Un “producto” que les fue útil desarrollando a gran escala las redes que derivarían en internet y que luego ellos perfeccionarían; protegiéndolos

6 Para tomar dimensión, Amazon tuvo ingresos en el año 2022 por encima de los 513 500 millones de dólares estadounidenses (Statista, s.f.), mientras que el PBI de Argentina para 2021 fue de 487 200 millones de dólares, siendo la economía núm. 28 en un ranking de 196 países (Datosmacro, 2021). Es decir que todo un país generó menos que una sola empresa *tech*.

7 Sadin (2018) explica que el ADN original de este enclave californiano está marcado por el cuestionamiento de un marco existente que se juzga obsoleto movido por una visión industrial portadora de futuro. Es en la década del setenta del siglo pasado donde se instala la idea de “cambiar el mundo” a través de las computadoras, llevado adelante por algunos individuos que pronto se volverían dominantes y que pretendían encargarse en soledad de ese cambio. Emerge una nueva figura, la del “emprendedor libertario” que se oponía a la autoridad y a las normas y que poseía una visión premonitoria que llevaría a la humanidad a la salvación. Aparece esa visión megalómana donde cada uno de estos líderes son convertidos en una suerte de superhéroe capaz de cambiar el mundo.

a comienzos de este siglo con normativa que imponía la responsabilidad subjetiva (Unión Europea) a fin de que las eventuales demandas no los limitaran en su crecimiento y financiándolos durante la primera década de este siglo con posterioridad a la crisis del 2008. Pero ya no lo es. Es que una vez superada la pandemia, cuando ya el grueso del mundo que consume fue subido a la ola virtual de manera forzada durante el aislamiento, el viejo “socio” comienza a transformarse en un obstáculo⁸. Por eso, y respetando el límite de este trabajo, vale concluir que, de continuarse en esta inercia sin tomar medidas, los Estados tal como los conocemos se encaminan a una inexorable extinción. Lisa y llanamente, a ser declarados obsoletos⁹.

FINIS CORONAT OPUS

Referencias

Álvarez, F. (2020). Trump vs. Twitter. Libertad de expresión e Inteligencia Artificial. En J. Corvalan (Dir.). *Tratado Inteligencia Artificial y Derecho* (pp. 675-720). La Ley.

Álvarez, F. (2022). Los “contratos inevitables” como nueva categoría de clasificación acorde al novel mundo “virtual”. En M. Bustamante, A. del Pilar y L. Orlando (Coords.) *Justicia y Sociedad 5.0* (pp. 125-142). Institución Universitaria de Envigado.

8 Algo de esto comprendió el Congreso de los Estados Unidos con la toma del Congreso. En tal sentido ver BBC News Mundo (2020).

9 En posición coincidente Niño (2020) afirma: “Analizando todo lo acontecido desde su formación en el siglo XIV, el Estado es la institución que más se ha ido fortaleciendo y depurando desde entonces. La constante a lo largo de estos seis siglos ha sido el reforzamiento del concepto de ‘Estado’, porque el Estado ha sido necesario para apoyar la individualidad del país y del individuo, algo que a mediados del siglo XXI y en base a la evolución apuntada, ya no tendrá ninguna utilidad ni, evidentemente, ningún sentido. Pienso que muy probablemente la Revolución Francesa del Sistema Capitalista puede ser la desaparición del Estado, de los Estados y sus sustitución por un conjunto planetario de corporaciones” (p. 664).

- BBC News Mundo. (2020, 29 de julio). *Amazon, Apple, Facebook y Google: las duras críticas del Congreso de EE.UU. ante el creciente poder de las cuatro mayores empresas tecnológicas*. <https://tinyurl.com/42nuz5us>
- Datosmacro. (2021). *PIB de Argentina*. <https://datosmacro.expansion.com/pib/argentina?anio=2021>
- Garabedian, M. (2007). *El Estado moderno. Breve recorrido por su desarrollo teórico*. EUDEBA.
- La Nación. (2023, 3 de enero). *Cuánto hay que ganar en 20 de las ciudades más importantes de Estados Unidos para ser de clase media*. <https://www.lanacion.com.ar/estados-unidos/cuanto-hay-que-ganar-en-20-de-las-ciudades-mas-importantes-de-estados-unidos-para-ser-de-clase-media-nid03012023/>
- Lara, L. (2023). *El Chat GPT y el final de la educación tradicional*. EduCOM. <https://educom.com.ar/chat-gpt-y-el-final-de-la-educacion-tradicional/>
- Niño, S. (2020). *Capitalismo (1679-2065): Una aproximación al sistema económico que ha producido más prosperidad y desigualdad en el mundo*. Planeta.
- O'Donnell, G. (1978). Apuntes para una teoría del Estado. *Revista Mexicana de Sociología*, 40(4), 1157-1199. <https://doi.org/10.2307/3539655>
- Sadin, E. (2018). *La siliconización del mundo. La irresistible expansión del liberalismo digital*. Caja Negra.
- Statista. (s.f.). *Ingresos anuales procedentes de las ventas de Amazon desde 2004 hasta 2022 (en miles de millones de dólares)*. <https://tinyurl.com/4wp9srn4>

Repensar el debido proceso: Inteligencia Artificial (IA) y decisión judicial

Omar Alfonso Cárdenas Caycedo

Resumen

El creciente uso de sistemas apoyados en Inteligencia Artificial lleva implícita su incorporación en la toma de decisiones que tiene incidencia en temas de derechos e intereses jurídicos de los ciudadanos o consumidores (*Automated Decision-Making*). En esta ponencia se analiza las implicaciones de uso de sistemas de IA en el escenario del proceso judicial y se tratará de responder a la pregunta sobre cuál debe ser su lectura desde una perspectiva constitucional; para ello se abordará, específicamente, el problema del debido proceso y sus cambios en el mundo de las nuevas tecnologías cada vez más imperantes en el Derecho. En la ponencia se propone la urgencia de repensar el debido proceso para anticiparse a los retos que en materia jurídica incluye el uso de la IA.

Palabras clave: Inteligencia Artificial, decisión judicial, debido proceso.

Abstract

The growing use of systems supported by Artificial Intelligence implies their incorporation in decision-making that has an impact on issues of legal rights and interests of citizens or consumers (*Automated Decision-Making*). This presentation analyzes the implications of the

use of AI systems in the scenario of the judicial process and will try to answer the question of what their reading should be from a constitutional perspective; To do this, the problem of due process and its changes in the world of new technologies that are increasingly prevalent in the Law will be specifically addressed. The presentation proposes the urgency of rethinking due process to anticipate the challenges that the use of AI includes in legal matters.

Keywords: Artificial Intelligence, judicial decision, due process.

Nota inicial

El Congreso de Derecho Constitucional de la Universidad de Nariño se realizó, por última vez en la edición IX en el año 2018. Si bien la siguiente versión debía tener ocurrencia en el año 2020; el advenimiento de la pandemia causada por el COVID-19 imposibilitó que el evento se pudiera volver a realizar hasta retomar la edición X en el año 2023. Esta ponencia, escrita especialmente para este evento, pretende ser, en términos generales, una continuación de aquella que presenté en 2018, también sobre tecnología y Derecho. Manifestación que hago, también, para dejar aquí un breve testimonio de la tenacidad de los profesores, administrativos y estudiantes que mantuvimos a la Universidad de Nariño funcionando por medios virtuales desde marzo de 2020 hasta abril de 2022, enfrentando, desde las clases, el encierro causado por la pandemia. Esta nueva edición de nuestro Congreso de Derecho Constitucional es la prueba vívida de que la Facultad de Derecho, fundada en 1836, sigue vigente en 2023 y continuará engalanando el debate constitucional en el suroccidente colombiano.

La versión X del Congreso de Derecho Constitucional representa que, finalmente, la normalidad a nuestras centenarias aulas parece haber retornado.

Introducción

El pasado 31 de enero de 2023, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartagena resolvía una acción de tutela en contra de una EPS, parecía ser una más de las miles de acciones de tutela que, sobre el tema de salud, se resuelven en Colombia; sin embargo, esta providencia lejos estaba de pasar desapercibida y, por el contrario, causó un revuelo inusitado en la comunidad jurídica nacional. No era para menos, puesto que la sentencia se atrevió a algo totalmente novedoso para el poder judicial colombiano: incorporó entre sus considerandos respuestas extraídas de la herramienta “ChatGPT” de la empresa OpenIA, a cuales se dio apertura así:

Por otra parte, atendiendo que la Ley 2213 de 2022 tiene por objeto la incorporación de las TIC en los procesos judiciales, se resolverá extender los argumentos de la decisión adoptada, conforme al uso de inteligencia artificial (IA). Por consiguiente, se procedió a incluir apartes del problema jurídico planteado en la presente sentencia y se ingresó en el aplicativo <https://chat.openai.com/chat> (Juzgado Primero Laboral, Circuito de Cartagena, Sentencia 032, 2023).

Naturalmente, la decisión causó un debate a todo nivel en el país: en salones de clase, congresos, redes sociales, pasillos judiciales se empezaron a hacer preguntas en los siguientes términos: ¿Es correcto usar IA para proyectar los considerandos de una decisión judicial? ¿Incurrió el juez en prevaricato? ¿Sabía el juzgador que el aplicativo ChatGPT está en fase de prueba y puede arrojar resultados inexactos? ¿Obvió deliberadamente el juzgador que el mismo ChatGPT al ser indagado por su utilidad en la redacción de decisiones judiciales, indica que no está creado para ello? ¿Se vulneraron los derechos de las partes?

¿Debió el juzgador informar en la sentencia que estaba haciendo uso del aplicativo o debió guardar silencio? ¿Juez innovador o por el contrario arbitrario? ¿Es el fin de la labor humana en la judicatura?

Estas y otras preguntas se realizaron y se respondieron desde distintos ángulos y perspectivas, tal vez un investigador del futuro podría revisar las redes sociales de los procesalistas más relevantes en Colombia entre enero y marzo de 2023 y encontraría opiniones dispares sobre el uso de ChatGPT; tantas que parecería que no se estaban refiriendo al mismo fenómeno.

No habían pasado sino unos pocos días después de la (¿innovadora? ¿atrevida? ¿ilegal?) sentencia en comento, cuando el país jurídico se asombraba con una nueva decisión: esta vez un auto, proferido al interior del Tribunal Administrativo del Magdalena, autorizó que una audiencia se realice, por primera vez en Colombia, en una plataforma de metaverso, específicamente Horizon Workrooms¹ del gigante Meta Inc. La decisión, como era de esperarse, contó con defensores y detractores; empero, y para lo que a esta ponencia incumbe, en el mismo auto con ponencia de la magistrada María Victoria Quiñones, expresamente se informó que se acudía al aplicativo ChatGPT para proyectar algunos considerandos de la decisión, se presenta aquí solo la parte introductiva de dicha sección:

Así las cosas, para una mayor comprensión de algunos conceptos sobre el metaverso y la realización de la audiencia en este entorno, esta agencia judicial se apoyará en la IA, haciendo uso del ChatGPT, sistema de chat que no es otra cosa sino un modelo de lenguaje, que ha tomado auge en los últimos meses, volviéndose

1 Se trata de una plataforma de metaverso que ofrece un entorno gratuito para realizar reuniones de trabajo, pertenece al gigante tecnológico Meta INC, propietaria de las plataformas Facebook, Instagram y WhatsApp. Se puede acceder al sitio a través de la siguiente dirección: <https://www.meta.com/work/workrooms/>.

popular entre la comunidad. (Tribunal Administrativo del Magdalena, 47-001-2333-000-2020-00014-00, 2023).

¿Audiencias en el metaverso? ¿Considerandos basados en Inteligencia Artificial? Las noticias jurídicas de principios del 2023 no hacían más que corroborar, en la práctica, cuestiones que tiempo atrás varios procesalistas habíamos analizado (Cárdenas, 2022; Guerra, 2022): la posibilidad de que la Inteligencia Artificial y otras tecnologías disruptivas hicieran su incursión en las instancias judiciales en Colombia era real y, en términos concretos, un problema del presente, no del futuro.

En la presente ponencia se propone al lector un análisis acerca de las posibilidades del uso de la IA en el proceso judicial colombiano, especialmente el proceso civil, y su análisis en clave constitucional. Para ello se presenta el siguiente esquema: *i)* se propondrá una visión amplia del fenómeno IA y proceso, más allá de ChatGPT, desde la perspectiva de la neutralidad tecnológica; *ii)* se estudiarán algunos avances a nivel europeo, para *iii)* proponer una nueva hermenéutica del debido proceso constitucionalmente consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991 [CP].

Inteligencia Artificial: por encima y más allá de ChatGPT

Resulta tentador, en cuanto a medios académicos se refiere, centrar el análisis de una tecnología en concreto, máxime teniendo en cuenta los dos ejemplos judiciales puestos de presente al lector en el inicio de esta ponencia. Analizar las bondades o los errores de una tecnología como ChatGPT o el metaverso de Horizon Workrooms parece llamativo, no obstante, equivocado o, al menos, profundamente parcializado. El problema del Derecho y la Tecnología (*Law & Technology*) radica en que las marcas, nombres de servicios, programas o sistemas, evolucionan muy rápidamente, y lo que hoy es ChatGPT puede no serlo mañana, o simplemente la

tecnología puede desaparecer; de este modo, los errores o fallas que hoy se señalen con dedo inquisidor, pueden ser las actualizaciones de la próxima versión a la vuelta de un par de meses, y con ello el análisis perdería sentido y profundidad. Igual ocurre, a guisa de ejemplo, con el entorno Horizon Workrooms, sus fallas, debilidades o limitaciones pueden ser solo temporales y ser superadas en corto, mediano o largo plazo.

Esa característica del acontecer tecnológico fue reconocida por los primeros instrumentos de derecho uniforme que trataron de abordar el problema de la regulación en la web: a partir de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico —artículos 1, 3, 5 entre otros— (1996), se fue configurando lo que después pasaría a conocerse como el principio de neutralidad tecnológica; este principio es la solución jurídica ante el rápido cambio de las TIC y su capacidad extraordinaria para mejorar y evolucionar.

El principio de neutralidad tecnológica aclara que el abordaje jurídico de las nuevas tecnologías no puede centrarse en una tecnología en específico, con un nombre o marca concreta, sino que debe analizar jurídicamente la categoría más genérica y neutra a fin de que la regulación pueda tener incidencia en el tiempo pese a las nuevas tecnologías que puedan surgir o los cambios que las existentes puedan tener. Un ejemplo bastará para aclararlo: la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico se expidió en el año de 1996 y se refirió a la categoría, tecnológicamente neutra, del “mensaje de datos” y no hizo referencia a los nombres comerciales de las tecnologías que en ese momento histórico existían, como el “correo electrónico” (e-mail); más adelante, con la llegada de la web 2.0, cuya expresión más conocida son las redes sociales —desconocidas para 1996— el concepto de mensaje de datos les es perfectamente aplicable, pese a que no se podía prever su llegada. En

caso de que la CNUDMI hubiera regulado el “correo electrónico” y no “el mensaje de datos”, sus disposiciones habrían quedado restringidas, exclusivamente, a ese medio digital excluyendo otros futuros, como las redes sociales.

Eso explica la razón por la cual la Ley Modelo de la CNUDMI, pese a haber sido concebida para un mundo tecnológicamente menos conectado y desarrollado —como era el contexto de 1996— se siga aplicando en la sociedad hiperconectada de 2023. Disposiciones tecnológicamente neutras garantizan que la normativa opere más allá de los desarrollos, éxitos o fracasos de determinada compañía o tipo de plataforma o sistema.

La Ley Modelo de la CNUDMI de comercio electrónico fue incorporada en Colombia por la Ley 527 de 1999, siendo esta la más relevante, aún hoy, en materia tecnológica y, por ello, el principio de neutralidad referido opera plenamente en nuestro país. Prueba de lo anterior es que distintas normas posteriores han tratado de seguir este principio (Ley 1563, 2012; Ley 1564, 2012; Ley 2220, 2022; Ley 2213, 2022, Decreto 806, 2020), así como importantes sentencias de las distintas cortes (Corte Constitucional, Sala Plena, C-012, 2013; C-356, 2003; C-403, 2010; C-622, 2000; C-381, 2000; C-420, 2020; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC-3134-23, 2023; STC8125, 2022; STC16733, 2022).

A nivel internacional ocurre algo similar, si se revisa la normativa de la Unión Europea se encontrarán asentadas en el principio de neutralidad tecnológica, basta ver expresiones como: la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley De Inteligencia Artificial) y que modifican determinados Actos Legislativos de la Unión, o el Reglamento (UE) 2022/2065 (Digital Service Act), o la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 8 de junio

de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

En consecuencia, el abordaje técnico y adecuado de la Inteligencia Artificial (IA) y su injerencia en el derecho procesal colombiano, no puede restringirse a una tecnología en concreto —como ChatGPT— o de una empresa determinada —OpenIA—, sino que debe estar apalancado en el concepto general, lo que sería el uso *in genere* de la Inteligencia Artificial, para la toma de decisiones, lo que se ha llamado en el entorno europeo como el *Automated Decision-Making*, o toma de decisiones automatizada (Rodríguez, 2022).

¿Por qué no abordar únicamente ChatGPT? Son varias las razones: *i)* esta tecnología podría desaparecer, por ejemplo, si su desarrollador decide no continuar con su diseño; *ii)* pueden surgir otras IA mucho más potentes de competidores, que hagan obsoleta la tecnología mencionada; o, bien, *iii)* los errores o fallas que se señalen al aplicativo ChatGPT pueden no ser más que críticas temporales a la versión vigente del sistema, pero que en el corto tiempo pueden corregirse y con ello el análisis jurídico quedaría echado por los suelos; *iv)* también puede ocurrir que otras sean las tecnologías que terminen popularizándose y ChatGPT sea solo el preludio a una nueva generación de aplicativos que aún están por conocerse; *v)* dado el alto nivel de desarrollo técnico que en los últimos años —y meses— han mostrado las diferentes IA para distinta tareas, es muy probable que aquellas tareas que hoy hace ChatGPT, en sus próximas versiones, se maximice por otras mucho más complejas y profundas; *vi)* el aterrizaje de IA de otros países puede cambiar el escenario o, al menos, ampliarlo considerablemente.

Centrar la ponencia a las bondades o peligros de usar ChatGPT en la proyección de decisiones judiciales en Colombia y someter las dos decisiones judiciales presentadas al inicio de la ponencia, a una especie de “juicio implacable”, parece no ser la vía adecuada y no corresponde con el principio de neutralidad tecnológica. Es por ello por lo que, si el lector revisa el texto de esta ponencia, se refiere a la Inteligencia Artificial en general, y no a una tecnología en particular. Bajo esta dinámica se continúa este trabajo comprendiendo que, dentro del concepto IA, se enmarcan aplicativos como ChatGPT en la versión disponible, pero también otros ya existentes como Bing y todos los que pudieran llegar a existir y los que en el futuro se puedan crear que permitan o faciliten la labor de proyección de decisiones judiciales.

IA y el proceso en Colombia

Existen múltiples definiciones de IA en la doctrina internacional (Nieva, 2018) y en la normativa de la Unión Europea; no obstante, para efectos de este escrito se entiende por IA un sistema o software diseñado con el apoyo de algoritmos capaz de ejecutar altísimos niveles de procesamiento a partir de un dato de entrada (*input*) y arrojar unos datos de salida (*output*), con un tratamiento capaz de reproducir o imitar las decisiones que tomaría un ser humano, con la posibilidad de que la máquina adecúe su arquitectura para mejorar el resultado (*perfectible*) y con una capacidad gigantesca de procesamiento que le permite ejecutar tareas a una velocidad que un ser humano no estaría en condiciones de igualar. La IA, vista en su funcionamiento, pareciera modelar o reproducir el trabajo de un ser humano y las decisiones que este tomaría, pero aclarando que, en el estado actual del arte, la IA no es capaz de imitar todo el conjunto de decisiones y análisis que un cerebro humano puede hacer.

La IA puede ser programada para distintas tareas: retocar una fotografía, mejorar un vídeo, producir una imagen a partir de palabras, ayudar al usuario en la ejecución de un buscador web o rastrear y descargar contenido ofensivo en redes sociales o que vulnere sus condiciones o términos, entre otros usos ya existentes y otros por descubrir. La IA puede incluso estar atada a dispositivos físicos, en lo que se ha venido a denominar genéricamente como Internet de las Cosas o “Internet of Things IoT” para traspasar la barrera de lo físico y lo virtual, como ocurre con los avances para la conducción automatizada de vehículos automotores.

Ahora, algunos aplicativos de IA pueden programarse para tomar decisiones en contextos concretos y especialmente en aquellos que puedan afectar intereses o derechos típicamente jurídicos. Una cosa es que un aplicativo de IA genere una imagen a partir de un comando ingresado por el autor, y otra que un aplicativo decida si un contenido debe mantenerse publicado en una red social; en este último caso, por ejemplo, los derechos de libertad de expresión y opinión pueden verse seriamente afectados.

Es por ello por lo que el European Law Institute ha decidido referirse a este tipo de tecnología como los AMD (Automated Making-Decisions) (Rodríguez, 2022), sistemas de IA entrenados para tomar decisiones. Decisiones que pueden ser simples en su ejecución, como permitir que un usuario compre un producto, o bastante complejas, como redactar los considerandos de una providencia judicial o, incluso, en escenarios más futuristas, como el de tomar la decisión.

El aplicativo ChatGPT sería de esta clase de sistemas cuando se ejecuta con el fin de tomar una decisión jurídica o cuando se incorporan sus resultados (*output*) en los considerandos de una sentencia o auto. Se está permitiendo que un sistema de IA tome decisiones —o parte

de ellas— de manera automatizada, en lugar de que un juez redacte la totalidad de la providencia, encomienda parte de la tarea al aplicativo, permitiendo así que el considerando (*output*) emerja de manera automatizada a partir de unas pequeñas instrucciones impartidas (*input*).

En los casos mencionados (juez laboral de Cartagena y Tribunal de Magdalena), los juzgadores hicieron preguntas (*input*) y las respuestas (*output*) se copiaron y pegaron en la decisión que luego fue firmada por el juez respectivo y notificada a las partes.

No obstante, se insiste en la neutralidad tecnológica: al poco tiempo de popularizarse el ChatGPT de OpenIA, el gigante Microsoft puso a disposición del público una tecnología similar en su plataforma Bing. El chat de Bing tiene la capacidad de responder preguntas y construir textos coherentes a partir de datos incorporados y otros que consulta en la web. La IA incorporada en Bing tendría las mismas características del ChatGPT; es decir, un juez podría hacer uso de Bing, en lugar de ChatGPT, para imitar la labor del juez de Cartagena y del Tribunal de Magdalena.

Antes de la realización de este Congreso, Microsoft INC anunció mundialmente que las próximas versiones de la suite de Office (Word, Excel, Power Point, etcétera) incorporarán un sistema de IA generadora llamada Copilot (Microsoft, 2023). Esta noticia es de impacto puesto que la suite de Office es una herramienta de trabajo mundialmente conocida y de uso muy extendido entre jueces y abogados litigantes en Colombia. Es más, la plataforma contratada por el Consejo Superior de la Judicatura es justamente la ofertada por Microsoft. Esto quiere decir que es cuestión de tiempo, y muy breve, para que los usuarios cuenten con un asistente de IA en el propio Word, dispuesto a ayudar, por ejemplo, a redactar los considerandos de la decisión o del auto.

ChatGPT, Bing, Copilot o el sistema que venga, tienen todas similares condiciones: aplicativos de IA capaces de generar texto coherente a partir de una entrada (*input*), cuyo resultado o procesamiento (*output*) bien puede ser parte de una decisión judicial posterior (auto o sentencia).

La pregunta correcta

Siguiendo con la línea argumentativa expuesta, parece innecesario hablar de ChatGPT en la decisión judicial, y menos de su versión disponible en línea de manera gratuita, sino que el debate debe encausarse hacia el problema de la IA, en general —cualquier sistema—, y su aplicación en la decisión judicial.

La pregunta entonces gira a indagar si es válido que un juez utilice un aplicativo de IA para proyectar su decisión, y si fuera válido —o, como se sostendrá, inevitable— cuáles deben ser las precauciones jurídicas que deben tenerse en cuenta para evitar la lesión a los derechos inmersos. En resumen, la pregunta es: ¿Puede usarse? Y en caso de una respuesta afirmativa: ¿Cómo debe usarse?

¿Pueden los jueces ser inmunes a la tecnología?

Las TIC tienen capacidad de ser inevitables. Hoy, cada vez más y más ciudadanos gozan del equipo de telefonía móvil, al punto de que aquello que hace veinte años era considerado como un lujo, actualmente es moneda común; navegar en internet parece ya no ser un privilegio sino un vicio de toda la sociedad. Una sociedad hiperconectada por infinidad de redes sociales, que socializa por Facebook, conoce las noticias y opina políticamente por Twitter, mira el mundo y las vidas de otros por Instagram, o se viraliza a través de YouTube o Tik Tok. Difícilmente hoy en Colombia, puede encontrarse un funcionario judicial o abogado que

no cuente con su terminal conectada a la web, con redes sociales, y con una leve o grave adicción al celular.

Ello ocurre por un fenómeno de fascinación que nos otorga la tecnología: el experto en cultura digital Antonio Rodríguez de las Heras (2019), afirmaba que hoy el ser humano vive a dobles; por un lado, el mundo real que existe y es tangible, pero por otro, el digital en el que cada vez más es necesario permanecer. La llave a ese mundo digital es una infinidad de artilugios que se requieren de manera permanente: celular, pc, reloj digital, consola de juegos y, en un futuro, gafas y equipos para ingresar al metaverso.

El ser humano ha modelado el mundo real en el virtual, haciendo que, hoy, ciertas actividades resulten imposibles sin estar conectado a la web. Federico Álvarez Larrondo, profesor argentino invitado al Congreso, habla de los “contratos inevitables”, haciendo referencia a la aceptación necesaria de los términos y condiciones para poder acceder a las plataformas que hoy permiten a los seres humanos desarrollar las tareas más básicas y sencillas. Hoy, en el entorno laboral colombiano, al menos en el jurídico, ninguna persona puede laborar sin contar, por ejemplo, con WhatsApp para comunicarse con clientes, colegas, despachos, equipo de trabajo y funcionarios, y con una cuenta de correo —como mínimo—. Son aplicativos inevitables, se requieren, y el ciudadano económicamente activo de muchos sectores —cada vez más por no decir todos— requiere de la web, de esa llave que lo comunica con el mundo virtual modelado a partir del real. No solo es la oficina, es el grupo de WhatsApp de la oficina; no solo es el trabajo, sino el correo electrónico institucional como mecanismo de comunicación oficial; no solo es la labor sino el recibir el pago por un aplicativo digital.

En la medida que ese mundo digital se impregne de IA, los ciudadanos y usuarios de ese mundo lo harán también. Es decir, basta que la herramienta de IA se incorpore a la suite de Office, por poner un ejemplo, para que todos los usuarios empiecen a interactuar con ella y la utilicen si ven bondades o facilidades en su trabajo cotidiano; ninguna persona, o muy pocas, dejarán de usar el aplicativo si ven y constatan que puede apoyar su función de manera efectiva. Así, cuando el personal de un despacho judicial constate que una IA es capaz de generar el proyecto de un auto o sentencia o de parte de ellos, que el aplicativo es de fácil uso y que está disponible en su terminal: ¿por qué no lo usaría?

Una razón sería porque el aplicativo genera resultados inexactos o sobre los que no se puede confiar, o con fuentes de dudosa procedencia. Esto, otra vez, sería una crítica solo a determinado aplicativo en un concreto momento de su desarrollo, y nada impide que: *i)* o bien el aplicativo evolucione para corregir dichos errores, o *ii)* el ser humano que lo opere, lo use, pese a esas inexactitudes y decida corregirlas de manera “manual”.

En conclusión, en la medida que la IA se incorpore más y más a las herramientas tecnológicas disponibles para el uso por parte de abogados y jueces, es inevitable que los escritos jurídicos se apoyen en estas, lo cual será un movimiento paulatino, muy de la mano de la popularidad que pueda tener la IA y la penetración en el mundo tecnológico. Se propone que el momento altamente disruptivo será cuando tecnología IA se incorpore a los procesadores de texto usados por los actores jurídicos. Así, por ejemplo, si se materializa la posibilidad de contar con Copilot en el aplicativo Word de la empresa Microsoft, el apoyo en IA será inevitable y lo que hoy es una rareza en dos decisiones aisladas, será el futuro de la proyección judicial en Colombia: el apoyo en IA.

¿Cómo? Los límites al problema de la IA

El problema entonces es de la siguiente envergadura: la IA cada vez más penetrará la web y los distintos aplicativos y softwares que hoy se usan para el funcionamiento del derecho, ello producirá un efecto inevitable, y es que los actores jurídicos se apoyarán en mayor o menor medida en IA, y en la proporción que la IA arroje resultados más precisos, la confianza en el sistema será mayor y las tareas que se le encomienden o se dejen a su procesamiento serán mayores. Seguramente, se empezará con la proyección de algunos párrafos de los considerandos de una decisión, pero las cosas evolucionarán hasta la proyección completa de una decisión (auto o sentencia) en cuestión de segundos.

Si se ve con detenimiento el problema es realmente ese, el derecho está próximo a enfrentar una de las revoluciones o cambios más fuertes de toda su larga historia acompañando a la humanidad, y es que por primera vez máquinas —o sistemas— ayudarán al ser humano a tomar o proyectar decisiones de manera automatizada. Ello no es un problema de deseos, sino una realidad que tarde que temprano el sistema jurídico debe enfrentar. Prohibir el uso de IA en el derecho puede llegar a ser, en un momento determinado en el futuro, tan absurdo como prohibir el uso mismo de internet, lo cual parece francamente impensable en el estado actual de hiperconectividad también del sistema jurídico y sus actores. Situación que se maximiza si se piensa que las generaciones de los llamados “nativos digitales” están ya ingresando a la vida laboral, incluido el escenario jurídico, y ellos ven con ojos menos desconfiados el cambio.

Entonces, ¿cuál es el límite? ¿Se pueden usar todos los aplicativos de IA disponibles? ¿Desplazará la máquina al humano en el actuar jurídico? ¿Confiaremos los derechos y su adjudicación a los sistemas?

El límite debe ser, sin duda, el ordenamiento jurídico vigente. La Constitución Política de Colombia puede leerse en clave, también, de neutralidad tecnológica: sus disposiciones, garantías y derechos imperan en el mundo real y en el virtual, y respecto de este último, en todo tipo de tecnología y sin importar nombre o marca. Lo anterior por cuanto existe otro principio dentro del derecho de las nuevas tecnologías: el de no modificación del derecho vigente y el de equivalencia funcional, que juntos conllevan a que las disposiciones existentes en el mundo real, en tanto no se emitan nuevas específicas, operan de igual manera y con entidad similar en el mundo virtual.

La lectura constitucional del proceso está medida por el debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la CP y su vigencia no debe reducirse porque el proceso judicial se realice en mayor o menor medida apoyado en las TIC, con o sin IA. Dicho de otra manera: el uso de las TIC a nivel judicial no puede trastocar, lesionar o afectar el debido proceso; ese sería el primero de muchos límites por descubrir.

Lo anterior pareciera un lugar común: aceptar que las TIC no pueden resultar cáusticas con los derechos constitucionalmente garantizados en un Estado parece hoy una obviedad; sin embargo, si se mira con detenimiento, esta afirmación requiere de un desarrollo inusitado, y en gran medida, inexplorado en el derecho colombiano: ¿cómo se debe garantizar el debido proceso en el mundo digital?, ¿es igual que en el proceso judicial con actuaciones en papel y en audiencias presenciales?, ¿será diferente?, ¿cuáles son esas diferencias?

En esta ponencia se defiende la idea de que el debido proceso del siglo XXI es diferente en su contenido al que hasta ahora ha gobernado la dinámica nacional, principalmente porque existen nuevos peligros que se deben conjurar. Esta idea se defiende en tres estadios: en

primer lugar, el concepto aglutinante del debido proceso como integrador de otros derechos y garantías; en segundo lugar, aplicar el principio de equivalencia funcional a las garantías ya existentes, y, en tercer término, comprender nuevas garantías que deben incluirse dentro de lo que se concibe como debido proceso.

Naturaleza del debido proceso

El debido proceso en Colombia, concebido como un principio del derecho procesal, se encuentra consagrado en la Constitución Política, pero también deriva del artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La jurisprudencia constitucional (Corte Constitucional, Sala Plena, SU-174, 2021; C-029, 2021; C-163, 2019, C-341, 2014) ha entendido al debido proceso como un principio que, a su vez, incorpora o “aglutina” a otros principios o garantías del derecho procesal; es como una especie de coraza o estructura que en su interior alberga otras garantías fundamentales. En caso de vulnerarse alguna de esas garantías, se trastoca el debido proceso.

Así se ha aceptado que son parte del debido proceso: el cumplimiento de las formas de cada juicio, el derecho a la prueba, el derecho de defensa y contradicción, el derecho de impugnación, el plazo razonable, el juez natural, entre otros.

Hablar de debido proceso, entonces, implica indirectamente referirse a otras garantías o principios del derecho procesal que lo integran, lo conforman y le dan cuerpo. A todas estas garantías o principios que la jurisprudencia constitucional acepta en el estado actual, que son integrantes del debido proceso, se le denomina aquí “garantías tradicionales del debido proceso”.

Equivalencia funcional y debido proceso

¿Las “garantías tradicionales del debido proceso” son aplicables al proceso judicial que se apoya en las TIC? La respuesta es afirmativa, y su fuerza emerge de dos principios: equivalencia funcional y no modificación del derecho vigente, típicos principios del derecho y la tecnología (*Law & Technology*).

Esto quiere decir, que toda expresión del proceso que se apoye en las TIC bien sea para comunicarse, utilizar una plataforma, o el estadio más avanzado de usar IA, debe cumplir todas las garantías tradicionales del debido proceso.

En consecuencia, el hecho de que un juez use IA no lo exonera de proteger el derecho de contradicción, defensa, derecho a la prueba o a la impugnación, y todas las demás garantías que conforman el debido proceso. Este postulado permite responder varios interrogantes, como, por ejemplo, si una decisión judicial proyectada por IA es susceptible de impugnarse, a lo que la respuesta será abiertamente positiva, toda vez que esta garantía, como integrante tradicional del debido proceso, no se atenúa ni se diluye por el solo hecho de incorporar IA a la actuación procesal.

El uso de IA, existente o la que llegare a existir, en un proceso tanto en sus etapas como en la proyección de la decisión, para nada implica vulnerar lo que hoy el estado de jurisprudencia considera la columna vertebral del debido proceso. Cualquier afectación al mismo debe correr idéntica suerte que si ocurriera en el entorno *off line*: nulidades, desvinculación de auto, impugnación, acción de tutela, casación, revisión, anulación o el remedio que procesalmente se tenga diseñado para la vulneración concreta de que se esté hablando.

El debido proceso 2.0

No obstante, se propone aquí que estas garantías tradicionales del debido proceso no son suficientes para salvaguardar la lógica y fines de lo que en la tradición jurídica occidental se conoce como un proceso debido y sus diferentes garantías. Si bien el equivalente funcional da una salida jurídica al problema de falta de normativa, no por ello debe caerse en una suerte de falta de creatividad o de *statu quo* que impida que el derecho evolucione adecuándose a lo tecnológico.

Ello conlleva, entonces, a reformular el debido proceso constitucional y seguirlo entendiendo en su dinámica de derecho que aglutina o hace conjunto de otras garantías, unas ya existentes hoy (las garantías tradicionales), pero también otras que aparecen especialmente cuando se incorpora IA a las decisiones judiciales (nuevas garantías).

Esas nuevas garantías implican una reformulación del debido proceso, una lectura en clave tecnológica, un debido proceso 2.0, que no solo atiende en su hermenéutica protección al ciudadano frente al trámite de actuaciones judiciales tradicionales sino también lo protege, específicamente, de ciertos problemas muy específicos del uso de las TIC, por ejemplo, en la toma automatizada de decisiones (*Automated Decision-Making*).

Esas nuevas garantías no son invención del autor. Este problema es moneda común en el derecho uniforme internacional, preguntarse por las garantías que deben imperar en el mundo de las TIC ha sido motivo de preocupación en organismos como la CNUDMI, la Unión Europea y el European Law Institute.

Las nuevas garantías del debido proceso 2.0 y la IA

El European Law Institute (en adelante ELI) confeccionó los Principios rectores para la toma de decisiones automatizadas de la UE (*Guiding Principles for Automated Decision-Making in the UE*) (Rodríguez, 2022), estos fueron pensados para cualquier entorno donde se utilice ADM: hoteles, seguros, transporte, banca, etcétera. Eso incluye, naturalmente, la decisión judicial.

Esos principios pueden ser un orientador fundamental a la hora de analizar el nuevo contenido del debido proceso, tomado como una guía o instrumento *soft*, sin duda da claras luces sobre el problema.

De estos principios se recogen aquellos que se considera integran la nueva ala del trámite procesal, dicho de otro modo: las nuevas garantías que deberían incorporar las lecturas del debido proceso del siglo XXI:

- a) Principio de atribución (*Attribution of decision*): Las decisiones que se tomen con base en la IA se atribuyen al operador, en este caso, al juez; y no se puede negar su responsabilidad por el solo hecho de haberse apoyado en la IA. En consecuencia, la sentencia o auto que se proyecta por la IA, cuando se impone la firma del juez, adquiere validez y el juzgador acepta la atribución de la decisión y sus consecuencias negativas en caso de una decisión errada. El juez responde civil, disciplinaria y penalmente por las decisiones que adopte apoyado en IA y no puede negar esa atribución de autoría.
- b) Principio de divulgación (*Disclosure*): Las partes deben conocer que la decisión se adoptó con apoyo de IA; esto permite, eventualmente, detectar sesgos o errores en los cuales esté incurriendo el sistema.

Esta advertencia se observó en las decisiones tomadas por los jueces colombianos en los casos propuestos al inicio de la ponencia.

- c) Principio de trazabilidad (*Traceable decisions*): Las decisiones apoyadas en IA deben poder ser trazables y conocer los aplicativos usados, la información incorporada y el resultado obtenido, eso permite evitar o advertir sesgos y corregir procesamientos equivocados de la IA.
- d) Principio de razonabilidad (*Reasoned decisions*): La decisión debe justificarse tal y como se habría hecho si la tomara un humano sin apoyo en sistemas; es decir, el solo hecho de usar IA no otorga a la decisión mayor razonabilidad (si el sistema lo hace, es porque es así y está bien): todo lo contrario, el sistema debe proyectar la decisión con razones que soporten la decisión, que sustentaría argumentativamente la decisión más allá de si fue proyectada por una IA.
- e) Principio de no limitación (*No limitations*): El uso de IA en la decisión no debe impedir el ejercicio de derechos de las partes a acceder a la justicia, es decir, no se debe convertir en una barrera.
- f) Principio de supervisión humana (*Human oversight/action*): La IA debe operar bajo supervisión humana, esta supervisión no puede llegar al extremo de perder las bondades de la automatización, pero sí debe ser lo suficientemente estricta para evitar decisiones incorrectas. Dicho de otro modo, el juez debe ejercer la supervisión sobre cada decisión que el sistema de IA ayude a generar y es el garante de que el texto utilizado sea acorde al derecho y no lesione los intereses de las partes. Si la IA falla, el juez es el llamado a corregir sus resultados y eventualmente a configurar los argumentos de manera “manual”.

La supervisión humana parece ser la garantía más relevante, puesto que esta permite hacer realidad todas las demás. En tal sentido, resulta urgente, en criterio del autor, o bien reconfigurar la hermenéutica del debido proceso —como aquí se propone— o adecuar el catálogo de principios incorporados en la parte general del CGP para incluir este: una garantía que afirme que en casos en que la decisión judicial se apoye en sistemas automatizados o de IA la misma deberá contar con supervisión humana ejercida por el juez, quien asume la decisión como propia y las consecuencias de esta.

Este modelo lleva a pensar que la IA, más que un juzgador cibernético propio de la imaginativa humana puede prestar sus servicios como un “sustanciador” virtual. En lugar de ocupar tiempo de los integrantes de un despacho judicial en crear y digitar letra a letra una decisión, la IA puede proyectar decisiones en cuestiones de segundos, pero para ello requiere que ese equipo humano: *i)* tenga el conocimiento de los hechos del proceso para que pueda incorporar la información adecuada con el fin de que el sistema IA pueda procesar adecuadamente, es decir, esté capacitado para hacer un correcto *input* de datos; *ii)* ejerza una supervisión humana sobre el resultado de la IA, es decir un control sobre el *output*, o la decisión —auto o sentencia— que propone la IA, esta supervisión es responsabilidad del juez; y *iii)* el juez, al firmar la providencia, asuma la responsabilidad del trabajo realizado y las consecuencias de la decisión.

Esta visión deja claro que la decisión finalmente está en manos del juez y la IA solo hace la labor de proyección del documento, una labor que aún hoy en día no está necesariamente en las manos del juez y que, conforme la regulación vigente, es realizada por otros integrantes del despacho. La IA haría las veces de ese tedioso trabajo que consiste en digitar párrafo a párrafo cada decisión y, en cambio, la labor del despacho

pasa a ser más de supervisión, revisión y corrección del resultado. Todo se traduce en decisiones más rápidas, más estandarizadas y con menor esfuerzo y tiempo humano, que pueden ocuparse en otras actividades de mayor calado y envergadura jurídica que la redacción de una decisión.

Estos principios deben aplicarse a cualquier tecnología que se considere, bajo el nombre que se quiera, y con las bondades o defectos que tenga. Toda IA, como cualquier producto humano, es perfectible y siempre sus resultados arrojarán algunos equívocos, es tal la labor del juzgador: ser el garante de la justicia siga teniendo un alma humana, así la digitación del párrafo sea cosa de la máquina.

Urge repensar el debido proceso en clave de estas garantías, hoy inexistentes en la regulación del CGP y en la jurisprudencia vigente, bien a través de la ley o de la creatividad de la jurisprudencia, el derecho a la intervención humana en decisiones apoyadas en IA debe ser el nuevo gran invitado a la casa del debido proceso, y así contar con un debido proceso 2.0. El derecho uniforme da la fuente donde beber, basta dar el paso y evitar un escenario negativo: que se empiecen a usar aplicativos de IA en la decisión judicial, sin una garantía que proteja al ciudadano, por ejemplo, de decisiones sin supervisión humana, lo que traería un riesgo inmenso para la seguridad jurídica y la confianza de la población en el sistema.

Conclusiones

La conclusión más importante a la que se llega en esta ponencia es la necesidad imperiosa de repensar el derecho constitucional en clave tecnológica. Aquí se ha propuesto para el debido proceso —y la idea adrede provocadora de un debido proceso 2.0—, pero opera igual para otros apartes de la constitución: pensar en la ciudadanía digital, en los principios del derecho laboral en las TIC, o de la protección a la familia

en relaciones personales cada vez más mediadas por lo tecnológico, por ejemplo, debería ser el faro de un nuevo derecho constitucional.

El derecho constitucional que deje de lado el mundo virtual estaría pensando solo en la mitad de la vida moderna, olvidando que el ciudadano del siglo XXI habita a la par en el escenario virtual y en el real. El derecho constitucional debe enfrentar, al igual que todas las áreas del derecho, el reto de repensarse en clave tecnológica y analizar cómo aplicar las instituciones ya existentes a los mundos de las TIC, pero también, qué nuevas reglas o garantías deben emerger de los viejos derechos. El debido proceso no es un principio nuevo, pero sí puede ser nuevo el alcance que se le dé para su plena operatividad en el ecosistema digital.

El debido proceso requiere que se integre a su catálogo de garantías tradicionales, el principio de la intervención humana en las decisiones adoptadas de manera automatizada; intervención que no debe ser decorativa, sino la de un juez vigilante de que la decisión que emane del despacho sea la misma que habría adoptado sin apoyo de la IA, razonada, cumplidora del ordenamiento jurídico y debidamente corregida. La IA no es un oráculo de justicia, es solo una herramienta más que puede facilitar el trabajo mecánico y repetitivo de “escribir” una decisión.

El mundo posterior a la tragedia del COVID-19 es un mundo mucho más interconectado y dispuesto a convivir con las tecnologías. El Derecho Constitucional está llamado a seguir siendo ese vínculo entre el sistema jurídico y el sistema político, no solo para el mundo de lo tangible, sino también para el escenario de los lenguajes informáticos.

Un Derecho Constitucional 2.0 debe construirse sin temores, pues su necesidad está, si se permite, a la vuelta de la esquina.

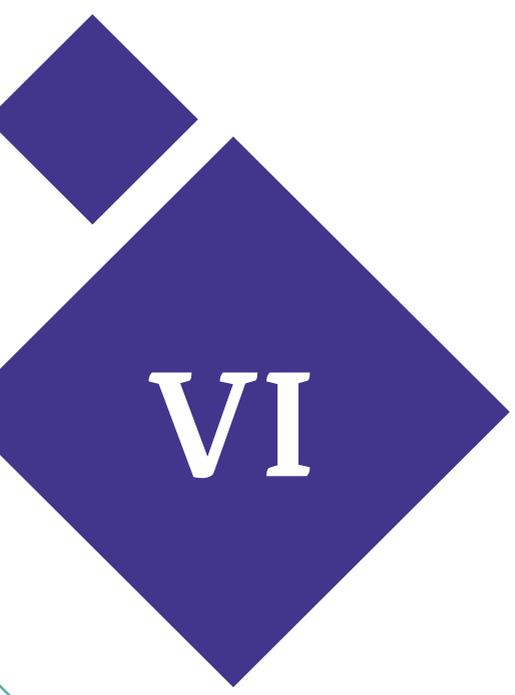
Referencias

- Cárdenas Caycedo, Ó. (2022). Usos y límites de la Inteligencia Artificial en el proceso civil: redes neuronales, tecnología GPT-3 y proceso. En. G. Débora (Coord.). *Constitución e inteligencia artificial en el proceso* (185-213). Universidad Libre, Editorial Ibáñez. <https://hdl.handle.net/10901/23241>
- Guerra, J. (2022). El metaderecho, su desarrollo práctico actual y el urgente cambio de paradigma a nivel procesal. En M. C. Chen Stanziola, R. Bejarano Guzmán, H. F. López Blanco, J. Bernal Cuéllar, E. Villamil Portilla y E. Letelier Loyola (Eds.). *XLII Congreso Colombiano de Derecho Procesal Derechos Humanos y Proceso*. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Universidad Libre.
- Juzgado Primero Laboral de Circuito de Cartagena. (2023, 30 de enero). Sentencia 032. Radicado: 3001410500420220045901. Salvador Espitia vs. Salud Total EPS.
- Microsoft 365 (2023). Introducing Microsoft 365 Copilot/ Your Copilot for work. <https://www.youtube.com/watch?v=S7xTBa93TX8>
- Microsoft (S.f.). Presentamos Microsoft 365 Copilot: su copiloto para el trabajo. <https://news.microsoft.com/es-xl/presentamos-microsoft-365-copilot-su-copiloto-para-el-trabajo/>
- Nieva, J. (2018). *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Marcial Pons.
- Organización de las Naciones Unidas. (1996). Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la guía para su incorporación al derecho interno 1996 con el nuevo artículo 5 bis aprobado en 1998. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/O5-89453_s_ebook.pdf

Rodríguez, A. (2019, 26 de abril) ¿Es la ciudad el mejor lugar para una vida en digital? *El País*. https://elpais.com/retina/2019/04/25/tendencias/1556194496_926661.html

Rodríguez, T. (2022), “*Guiding Principles for Automated Decision-Making in the EU - ELI Innovation Paper*”. European Law Institute. https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Innovation_Paper_on_Guiding_Principles_for_ADM_in_the_EU.pdf

Tribunal Administrativo del Magdalena. (2023, 10 de febrero). Auto resuelve solicitud de audiencia en el metaverso Unión Temporal SIETT vs. Nación - Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional. Radicado: 47-001-2333-000-2020-00014-00 [M. P.: Quiñones Triana, M. V.].



VI



**DERECHO LABORAL Y
AUTONOMÍA UNIVERSITARIA EN
EL DERECHO CONSTITUCIONAL**

La transformación del derecho del trabajo a partir de la Constitución de 1991

Samir Alberto Bonett Ortiz

Resumen

El derecho del trabajo colombiano ha sufrido una transformación a partir de la Constitución de 1991. La consagración del trabajo como valor, principio y derecho fundamental ha tenido un impacto en el ordenamiento jurídico, que se ha manifestado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. De ahí que se justifique una aproximación a su estudio desde una perspectiva constitucional. Esta ponencia intenta sintetizar algunos de los principales efectos que evidencian la transformación del derecho del trabajo, individual y colectivo, a partir de su desarrollo en la jurisprudencia constitucional, en especial, frente a los principios de estabilidad laboral y libertad sindical.

Palabras clave: derecho del trabajo, Constitución de 1991, transformación, estabilidad laboral, libertad sindical.

Abstract

Colombian labor law has undergone a transformation since the 1991 Constitution. The consecration of work as a value, principle and fundamental right has had an impact on the legal system, which has been manifested in the jurisprudence of the Constitutional Court. Hence, an

approach to its study from a constitutional perspective is justified. This paper tries to synthesize some of the main effects that show the transformation of labor law, individual and collective, from its development in constitutional jurisprudence, especially, against the principles of labor stability and freedom of association.

Keywords: Labor law, 1991 Constitution, transformation, labor stability, freedom of association.

Introducción

La Constitución de 1991 ha transformado el Estado colombiano en los ámbitos político, jurídico, económico, social y cultural. En cuanto al ámbito jurídico, tal vez no hay área del derecho que no haya sido influenciada por los nuevos postulados constitucionales. En efecto, el derecho del trabajo ha sido de esas áreas del derecho con mayor impacto constitucional, al punto que es posible sostener que el derecho del trabajo colombiano ha sufrido una transformación a partir de la Constitución de 1991 frente a la de 1886.

Las disposiciones constitucionales de contenido laboral son tan diversas que se refieren, directa o indirectamente, al trabajo en diferentes calidades (valor, principio, derecho fundamental y obligación social); a la seguridad social como derecho social, económico y cultural; a la dignidad humana como uno de sus fundamentos; a la expedición del Estatuto del Trabajo; a la incorporación de las NIT, en particular, de la OIT; a la administración de justicia; etcétera.

A partir de estos fundamentos constitucionales, este escrito tiene por objeto la evolución del derecho del trabajo, limitado a los principios de estabilidad laboral y libertad sindical. La hipótesis que se plantea es la de la transformación del derecho del trabajo colombiano a partir de la

Constitución de 1991, que se evidencia en la síntesis de las construcciones jurisprudenciales más relevantes de la Corte Constitucional frente a los principios de estabilidad laboral en el derecho individual y de libertad sindical en el derecho colectivo.

La ponencia se presentará en tres partes: la primera, sobre el estado de los principios de estabilidad laboral y libertad sindical antes de la Constitución de 1991; la segunda, la transformación del derecho individual del trabajo en el caso de la estabilidad laboral y, la tercera, sobre la transformación del derecho colectivo del trabajo en el caso de la libertad sindical.

El estado de los principios de estabilidad laboral y libertad sindical antes de la Constitución de 1991

Esta primera parte procura resaltar la trascendencia de la consagración constitucional de algunos de los principios del derecho del trabajo, como los de estabilidad laboral (Código Sustantivo del Trabajo [CST], 1950, artículo 53) en el derecho individual y de libertad de asociación sindical (CST, 1950, artículo 39) en el derecho colectivo. Además de la estabilidad laboral y otros principios mínimos (Jaramillo, 2010), el artículo 53 establece que el legislador expedirá el Estatuto del Trabajo, que reemplazará al Código Sustantivo del Trabajo, vigente desde 1950 con unas reformas importantes.

Este código se fundamentó en algunas de las principales tendencias de la época, como la influencia del artículo 123 de la Constitución mexicana de 1917 (Cueva, 2005; Guerrero, 2002) o los convenios de la Organización Internacional del Trabajo [OIT]. También adoptó unos de los más importantes principios del derecho del trabajo, en especial, en relación con el objeto de este estudio, los de estabilidad laboral y libertad sindical.

A pesar de estos principios, el desarrollo legal de ciertas instituciones en el CST no ha sido coherente con su contenido. Así, el CST adoptó el principio de estabilidad, pero la regulación de la terminación del contrato de trabajo era indiferente frente a la calidad de ciertos sujetos de especial protección, como la embarazada (González, 1996).

La transformación en este sentido inició con la tesis de la aplicación inmediata de los principios mínimos establecidos en el artículo 53, elaborada por la Corte Constitucional (Sala Plena, C-479, 1992; C-1064, 2001) a pesar de que el Estatuto del Trabajo no se ha expedido. Posteriormente, la jurisprudencia inició un camino hacia la construcción de la estabilidad laboral reforzada, que ha garantizado la especial protección del trabajador en cuanto al derecho a la continuidad, permanencia o no terminación del contrato de trabajo, como se explicará en el apartado segundo.

Respecto al principio de libertad sindical, el CST originario al regular el derecho colectivo adoptó unas disposiciones que siguieron, en cierto sentido, los Convenios 87/48 y 98/49 de la OIT, a pesar de no haber sido ratificados para 1950. En lo que interesa, algunas de estas disposiciones restringieron al menos dos manifestaciones relevantes: la prohibición de coexistencia de sindicatos de empresa o base en una misma empresa, y la prohibición de afiliación de un mismo trabajador a más de un sindicato de la misma clase. Con estas limitaciones se ordenó el ejercicio de la libertad sindical en Colombia desde el CST de 1950 hasta la Constitución de 1991 (Ostau, 2011), que ha evolucionado, como se notará en el apartado tercero.

La transformación del derecho individual del trabajo. El caso de la estabilidad laboral

La estabilidad laboral se reconocía en el CST originario, incluso, hasta la reforma de la Ley 50 de 1990, como un derecho que procuraba

garantizar cierta permanencia en el empleo. Sin embargo, se concedía la facultad al empleador para terminar el contrato de trabajo en cualquier momento, de manera unilateral y sin justa causa, a cambio del pago de una indemnización. En caso de trabajador con fuero sindical o embarazada se imponía al empleador obtener autorización o permiso para despedir ante el juez laboral o inspector del trabajo, respectivamente. Normativa posterior al CST, como la Ley 361 de 1997, estableció un criterio de estabilidad similar para los trabajadores en situación de discapacidad.

En el caso de la embarazada, ante la omisión de autorización del inspector del trabajo, solo se imponía al empleador como sanción el pago de una indemnización adicional de 60 días (CST, 1950, art. 239). También tratándose del trabajador en situación de discapacidad en caso de no obtenerse autorización del inspector del trabajo se señala una indemnización de 180 días (Ley 361, 1997, art. 26).

Con el advenimiento de la Constitución de 1991, el tratamiento que la Corte Constitucional ha dado a la terminación del contrato ha sido, en parte, diferente. En el caso de la embarazada, que será la única tratada en esta oportunidad debido a la limitación de objeto¹, en la sentencia C-470 decidió que “carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente” (Corte Constitucional, Sala Plena, 1997).

Esta decisión de la Corte Constitucional sobre el artículo 239 del CST se fundamentó en una interpretación constitucional que se sustentó en los siguientes postulados: *i*) la especial asistencia y protección

1 Entre las diferentes aplicaciones de la estabilidad laboral reforzada, además de la indicada de la trabajadora embarazada, es posible identificar los casos de: *i*) trabajador en situación de discapacidad o fuero de salud; *ii*) trabajador con fuero de prepensionado; *iii*) madre o padre cabeza de familia; *iv*) trabajador con fuero sindical.

del Estado de la mujer y la maternidad (Constitución Política [CP], 1991, art. 43); *ii*) la relación de la mujer embarazada con el derecho a la vida (CP, 1991, art. 11) como “gestadora de vida”; *iii*) la protección de la madre como forma de garantizar los derechos de los menores (CP, 1991, art. 44) y *iv*) la protección de la mujer embarazada y la madre como expresión de la importancia de la familia (CP, 1991, art. 42).

Asimismo, la Corte Constitucional se basó en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; y los Convenios 3 de 1919 y 111 de 1958 de la OIT.

A partir de lo anterior, la Corte consideró que la protección de la mujer y la maternidad regulada en el artículo 239 del CST era insuficiente porque permitía al empleador despedir a la embarazada sin autorización del inspector del trabajo solo pagando una indemnización de 60 días. Por tanto, adoptó una sentencia integradora, condicionando la constitucionalidad de la disposición legal, debido a que de haberla declarado inexecutable, hubiere desaparecido toda protección (Corte Constitucional, Sala Plena, C-470, 1997; Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, SL3535, 2015; 13.561, 2000).

Debe resaltarse que antes de la sent. C-470 de 1997 la doctrina se había pronunciado en contra de esta disposición legal. En efecto, González Charry (1996) planteó la crítica y propuesta de reintegro en este caso, crítica y propuesta no citadas por la Corte, que vendría a ser la motivación de la sent. C-470 de 1997.

El principio y derecho a la estabilidad laboral reforzada no se limitó a la trabajadora embarazada, entendida en sentido estricto como

aquella vinculada mediante un contrato de trabajo, puesto que el artículo 239 hace parte del CST, sino que partiendo de la sent. C-470 de 1997, la Corte Constitucional la ha extendido a otras mujeres embarazadas que prestan su servicio personal en ejecución de relaciones jurídicas distintas de la laboral. Así, la mujer vinculada mediante una empresa de servicios temporales (Corte Constitucional, Sala Plena, T-1101, 2001), contrato de prestación de servicios (Corte Constitucional, Sala Plena, T 1201, 2001), cooperativa de trabajo asociado (Corte Constitucional, Sala Plena, T-531, 2007), contrato de aprendizaje (Corte Constitucional, Sala Plena, T-174, 2011); incluso, en el sector público, la embarazada en provisionalidad (Corte Constitucional, Sala Plena, T-800, 1998) o en cargo de libre nombramiento y remoción (Corte Constitucional, Sala Plena, T-494, 2000).

A partir de la diversidad de la vinculación laboral (contrato a término fijo, indefinido o por obra) y de otras modalidades de prestación del servicio, como las indicadas, la Corte ha elaborado una serie de reglas jurisprudenciales (Corte Constitucional, Sala Plena, SU-075, 2018), que no corresponde tratar en este escrito por la limitación del objeto de este estudio.

Como se observa, ha sido una nueva visión del ordenamiento jurídico a través de la interpretación y aplicación de la Constitución de 1991, la que ha permitido transformar el entendimiento del clásico principio de estabilidad, para considerarlo un verdadero derecho fundamental de la mujer embarazada. Sin los postulados constitucionales y la interpretación progresiva de la Corte, la situación jurídica de la embarazada sería otra, en sentido negativo. La estadística de la Corte Constitucional muestra que entre enero de 2019 y diciembre de 2022 de las 2 008 390 acciones de tutela que se presentaron, 29 951 fueron con la estabilidad laboral, en sus diferentes manifestaciones, como derecho reclamado, que representó el 1,49 % (Corte Constitucional, 2023).

La transformación del derecho colectivo del trabajo. El caso de la libertad sindical

La libertad sindical, así como la estabilidad laboral, también ha hecho parte del sistema del CST en el ámbito del derecho colectivo. El CST de 1950 desarrolló este principio siguiendo, en parte, el Convenio 87 de 1948 de la OIT. No obstante, el legislador hizo una regulación, con referencia en la Ley 6 de 1945 (art. 39), que terminó desconociendo la libertad sindical con algunas injerencias. Dos merecen ser resaltadas por los efectos causados y para constatar luego la transformación en el derecho colectivo. Una fue la prohibición de coexistencia de sindicatos de empresa o base en una misma empresa, y otra la prohibición de afiliación de un mismo trabajador a más de un sindicato de la misma clase.

En efecto, el artículo 357 originario del CST estableció una prohibición de coexistencia de sindicatos de empresa o base en una misma empresa, lo que mantuvo la reforma de 1965 (artículo 357, mod. Decreto 2351/65, artículo 26). Esto es, el CST adoptó la unidad sindical. Sin embargo, la Corte en sentencia C-567 (2000) declaró inexecutable esta disposición porque constituía una violación al Convenio 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (arts. 2° y 8°). De esta forma, se garantizó el pluralismo sindical.

De acuerdo con el Comité de Libertad Sindical de la OIT (2018), “el derecho de los trabajadores a constituir las organizaciones que estimen convenientes implica, en particular, la posibilidad efectiva de crear —si los trabajadores así lo desean— más de una organización de trabajadores por empresa” (p. 88). También este comité ha decidido que “a pesar de que los trabajadores pueden tener interés en evitar que se multipliquen las organizaciones sindicales, la unidad del movimiento sindical no debe ser impuesta mediante intervención del Estado por

vía legislativa, pues dicha intervención es contraria al principio enunciado en los artículos 2 y 11 del Convenio núm. 87” (Comité de Libertad Sindical de la OIT, 2018, p. 89).

Desde el punto de vista de la OIT, el sindicalismo es trascendental en su labor, debido a que el tripartismo —la interrelación entre los actores del mundo del trabajo: gobiernos, empleadores y trabajadores—, que constituye su esencia, depende en gran parte de la representación de la voz de los trabajadores a través de las organizaciones consolidadas en cada Estado miembro. De ahí que, según la OIT, el Convenio 87 sea uno de los convenios fundamentales (OIT, 2019, p. 19), y que en Colombia se haya declarado por la Corte Constitucional, como parte del bloque de constitucionalidad (Sala Plena, T-568, 1999; C-401; 2005).

La Corte Constitucional tuvo en cuenta argumentos que, en principio, respaldaban la limitación de coexistencia de sindicatos, uno de ellos consistente en que esta restricción buscaba la unión de los trabajadores en una sola organización para concentrar la fuerza, pero los dejó de lado por el Convenio (Corte Constitucional, sala Plena, C-567, 2000). A pesar de que esta decisión de la Corte, en teoría se ajusta al Convenio, en la práctica la libertad sindical se ha podido ejercer de manera abusiva por algunas organizaciones sindicales en el denominado carrusel sindical (Contraloría General de la República, 2016).

En las consideraciones de esta sentencia, la Corte Constitucional reiteró que el Convenio 87 hace parte del bloque de constitucionalidad, aunque no haya citado expresamente en esta parte de la motivación el artículo 93 de la CP al examinar el cargo contra el artículo 357 del CST.

De otra parte, el artículo 360 originario del CST consagró la prohibición de afiliación simultánea a varios sindicatos de la misma clase. Al respecto, el Comité de Libertad Sindical de la OIT (2018) ha decidido

que “los trabajadores deberían poder, si lo desearan, afiliarse simultáneamente a un sindicato de rama y a un sindicato de empresa” (p. 102).

La Corte Constitucional en sentencia C-797 (2000) declaró inexecutable esta disposición, siguiendo las pautas de la sentencia C-567 (2000), de acuerdo con el contenido de los arts. 2º, 8º y 11º del Convenio 87, que garantiza el derecho de los trabajadores, en este caso, de afiliarse a las organizaciones. Por supuesto, como en la coexistencia de sindicatos, la coexistencia de afiliación también puede ser usada en la práctica con propósitos ajenos a la libertad sindical, como el carrusel sindical (Villegas, 2022).

Estas sentencias de la Corte Constitucional han permitido que los trabajadores puedan constituir los sindicatos que consideren y afiliarse a los mismos en defensa de sus intereses.

Conclusiones

A partir de las anteriores consideraciones, es posible plantear las siguientes conclusiones dentro de las limitaciones de objeto y espacio de este escrito:

1. La Constitución de 1991 ha significado un gran avance en el Estado colombiano, resaltándose en esta reflexión el impacto en el ordenamiento jurídico laboral. Se ha evidenciado como la consagración de los principios y derechos de estabilidad laboral y libertad sindical ha transformado el derecho individual y colectivo. No obstante, además de la normativa, se debe resaltar la actividad de la Corte Constitucional que ha interpretado y aplicado estos principios más allá de la regulación legal anterior a la Constitución. Esta actividad de la Corte Constitucional ha sido trascendental porque la sola disposición no genera el cambio, se

requiere la actuación del juez, lo que se evidencia mejor ante la oposición de la CSJ a la sent. C-470 de 1997.

2. La estabilidad laboral regulada en el CST, como principio clásico del derecho del trabajo, ha tenido una transformación hacia la estabilidad laboral reforzada, en especial, de la embarazada, debido a su consagración como principio mínimo (artículo 53), en armonía con la dignidad humana y la protección especial que el Estado brinda a la mujer, la maternidad y la familia. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha procurado garantizar una estabilidad laboral reforzada extendiendo la protección, más allá de la mujer con contrato de trabajo, a otras embarazadas sin que interese el tipo de vínculo o relación jurídica. De acuerdo con la Corte, la protección del Estado recae en la mujer y la maternidad, no en el contrato.

3. La libertad sindical desarrollada en el CST también ha evolucionado a partir de una nueva interpretación tomando como base su garantía constitucional (artículo 39) frente al Convenio 87 de la OIT. Como efecto de una nueva lectura de la libertad sindical para la creación de sindicatos y para la afiliación a estas organizaciones, la Corte Constitucional ha decidido que las restricciones impuestas por el CST constituían una violación al Convenio 87 y, por tanto, a la Constitución, en armonía con los arts. 53 y 93 de la misma CP. Sin embargo, esta decisión constitucional ha podido generar un abuso del derecho por parte de trabajadores y organizaciones, favoreciendo el carrusel sindical.

Referencias

Constitución Política de Colombia [CP]. (1991). http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Contraloría General de la República. (2016). Comunicado de Prensa número 214. <https://www.contraloria.gov.co/es/w/en-el-inpec-permisos-sindicales-que-totalizan-39-mil-d%C3%ADas-en-un-a%C3%B1o-afectaron-seguridad-carcelaria-y-remisiones-m%C3%A9dicas-y-judiciales-de-reclusos>

Corte Constitucional, Sala Plena. (1999, 10 de agosto). Sentencia T-568 [M. P.: Gaviria, C.].

Corte Constitucional, Sala Plena. (2001, 10 de octubre). Sentencia C-1064 [M. P.: Cepeda, M.].

Corte Constitucional, Sala Plena. (2007, 12 de julio). Sentencia T-531 [M. P.: Tafur, Á.].

Corte Constitucional, Sala Plena. (1992, 13 de agosto). Sentencia C-489 [M. P.: Hernández, J.].

Corte Constitucional, Sala Plena. (2001, 13 de noviembre). Sentencia T-1201 [M. P.: Cepeda, M.].

Corte Constitucional, Sala Plena. (2005, 14 de abril). Sentencia C-401 [M. P.: Cepeda, J.].

Corte Constitucional, Sala Plena. (1998, 14 de diciembre). Sentencia T-800 [M. P.: Naranjo, V.].

Corte Constitucional, Sala Plena. (2011, 14 de marzo). Sentencia T-174 [M. P.: Palacio, J.].

Corte Constitucional, Sala Plena. (2000, 15 de mayo). Sentencia C-567 [M. P.: Beltrán, A.].

Corte Constitucional, Sala Plena. (2001, 18 de octubre). Sentencia T-1101 [M. P.: Cepeda, M.].

- Corte Constitucional, Sala Plena. (2018, 24 de julio). Sentencia SU-075 [M. P.: Ortiz, G.].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (1997, 25 de septiembre). Sentencia C-470 [M. P.: Martínez, A.].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (2000, 29 de junio). Sentencia C-797 [M. P.: Barrara, A.].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (2000, 4 de mayo). Sentencia T-494 [M. P.: Martínez, A.].
- Corte Constitucional. (2023). *Estadísticas*. Portal Web Corte Constitucional. <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php>
- Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. (2015, 25 de marzo). Sentencia SL 3535 [M. P.: Cuello, E.].
- Corte Suprema de Justicias, Sala Laboral. (2000, 11 de mayo). Sentencia 13.561 [M. P.: Valdés, G.].
- Cueva, M. (2005). *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. Porrúa.
- González, G. (1996). *Derecho laboral colombiano*. Doctrina y Ley.
- Guerrero, G. (2002). *Teoría general del derecho laboral*. Leyer.
- Jaramillo, I. (2010). *Principios constitucionales y legales del derecho del trabajo colombiano*. Universidad del Rosario.
- Organización Internacional del Trabajo. (2018). *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*. Oficina Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo. (2019). *Las reglas del juego: Una introducción a la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo*. Edición del Centenario. Oficina Internacional del Trabajo.

Ostau, F. (2011). *Modelo jurídico sindical colombiano*. Universidad Libre.

Villegas, J. (2022). *Derecho social. Obra reunida. t. V. Sindicalismo, herejías*. Ibáñez.

La elección democrática de las autoridades académicas en la Universidad de Nariño: Una reivindicación del principio constitucional de la autonomía universitaria

Carlos Eduardo Martínez Noguera

Resumen

Se presenta una tensión entre el ejercicio de la autonomía universitaria, consagrada como un principio constitucional a partir de 1991, y las presiones del llamado “capitalismo académico”, que en realidad obedece al posicionamiento institucional del modelo neoliberal, el cual busca ubicar a la universidad pública en una dinámica de mercado en favor de la competitividad y en desmedro de las ciencias humanas. En medio de este complejo panorama, para el caso de Colombia existe un precedente importante y tiene que ver con la Universidad de Nariño, institución en la que estudiantes y docentes eligen a través del voto directo rector, decanos y directores de programa. Esto, debido a dos motivos que sustentan el hecho: primero, la elección mencionada es una conquista resultado de la lucha estudiantil de finales de la década de los noventa del siglo pasado; segundo, es la única institución de educación superior de nuestro país, cuyas autoridades académicas dependen directamente de un proceso de elección, que a través del paso del tiempo se ha fortalecido institucionalmente y que merece ser defendido, mediante la profundización del debate académico y el pensamiento crítico, de las amenazas de las prácticas clientelistas.

Palabras clave: autonomía universitaria, capitalismo académico, universidad pública, autoridades académicas, elecciones.

Abstract

There is a tension between the exercise of university autonomy, enshrined as a constitutional principle since 1991, and the pressures of so-called “academic capitalism”, which obeys the institutional positioning of the neoliberal model, which seeks to place the public university in a market dynamic in favor of competitiveness and to the detriment of the human sciences. Amid this complex panorama, in the case of Colombia there is an important precedent, and it has to do with the University of Nariño, an institution in which students and teachers elect the rector, deans and program directors by direct vote. This is due to two reasons that support the fact: first, the aforementioned election is a conquest resulting from the student struggle of the late nineties of the last century; second, it is the only institution of higher education in our country, whose academic authorities depend directly on an election process, which over time has been institutionally strengthened and deserves to be defended, through the deepening of academic debate and critical thinking, from the threats of clientelistic practices.

Keywords: university autonomy, academic capitalism, public university, academic, authorities, elections.

Introducción

Se ha suscitado por parte de ciertos sectores políticos el interés en que el gobierno nacional, a través del Ministerio de Educación, facilite el camino para que los estamentos de las universidades públicas elijan democráticamente a sus rectores. La propuesta, además de despertar expectativas, causa debate, pues hay quienes consideran que la Ley 30 de

1992, por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior, es suficiente para el logro de tal propósito, como también existen criterios que señalan que el marco de la norma es estrecho para garantizar el objetivo, hasta aquellas posturas partidarias de una reforma legal debido a que el instrumento mencionado no brinda ninguna posibilidad al respecto.

Pese a lo anterior, existe un precedente importante y tiene que ver con la Universidad de Nariño, institución en la que desde 1998 estudiantes y docentes eligen en forma democrática a sus autoridades académicas. Se trata de un caso único en Colombia, obtenido a partir de un proceso de lucha estudiantil y cuya discusión jurídica en el Consejo Superior Universitario se resolvió con los pocos elementos dispuestos en la Ley 30 de 1992, pero que a través del tiempo se han fortalecido con el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional.

Lo cierto, es que el hecho de la elección de rector, decanos y directores de programa en la Universidad de Nariño, mediante el voto directo de los estamentos, se constituye en un paso importante para una aplicación real y efectiva de la autonomía universitaria, consagrada constitucionalmente como un principio que brinda a las universidades, entre otras, la posibilidad de darse sus propias normas y elegir a sus autoridades, aspecto que tiene sus antecedentes, para el caso de América Latina, en el movimiento por la reforma universitaria de Córdoba (Argentina), el cual se hizo evidente a través del estallido de 1918, protagonizado por el movimiento estudiantil y cuyas réplicas se extendieron a todo el continente.

La autonomía universitaria

Antecedentes y desarrollo histórico

La universidad tuvo su origen en Europa a finales del siglo XI (Hernández, 2009), institución que llega a América con los españoles,

quienes introdujeron los modelos europeos durante el periodo colonial, a partir del siglo XVI. Caracterizada por el predominio del pensamiento escolástico, la universidad latinoamericana iniciará una crítica a sus cimientos a partir de 1918 cuando el movimiento estudiantil de la Universidad de Córdoba (Argentina) puso en tela de juicio la racionalidad vigente, generando una identidad propia en la que se encuentra inmiscuida la autonomía universitaria. En América Latina, se ha presentado una relación entre el gobierno universitario, la autonomía y la legitimidad académicas que ha estado mediada por el significado histórico de la Reforma de Córdoba y por la recepción que esta tuvo en los diferentes países de la región (Múnera, 2011).

En el contexto de la universidad colonial hispanoamericana no existía la autonomía plena, puesto que esta tenía como misión fundamental atender los intereses de la Corona, la Iglesia y las clases superiores, inspirada en los modelos de Salamanca y Alcalá de Henares. Sin embargo, las universidades que optaron por el modelo de Salamanca, elegían a sus autoridades y tenían un pequeño grado de autonomía que no escapaba a las permanentes intervenciones de los virreyes. Para el caso de aquellas instituciones confesionales que siguieron el modelo de Alcalá de Henares, fueron las autoridades eclesiales quienes ejercían la intromisión (Tünnermann, 2008).

Con la Independencia, se adoptó una universidad que atendió las nuevas necesidades sociales a través de los nuevos profesionales egresados pero que quedó muy supeditada al Estado.

Por ello, la reforma universitaria de Córdoba (Argentina) tiene entre sus logros el de la autonomía universitaria y la participación de los estudiantes en las decisiones, lo cual redundará en favor de la elección de sus propias autoridades y la libertad en el manejo académico sin la in-

tervención del Estado, siendo estos los puntos de partida para las nuevas exigencias como la libertad académica, la actualización de los contenidos programáticos, la vinculación de docentes mediante la modalidad del concurso público, entre otros.

El docente de la Universidad de los Andes, Altuve (2008), después de reconocer la autonomía universitaria como un antiguo principio de organización de las universidades europeas, que fue traído por España a sus universidades coloniales en América, señala que es con el Manifiesto de Córdoba (Argentina) que se sientan las bases para una motivación a nivel latinoamericano de este concepto, el cual tiene que ver con “libertad de acción para el manejo de sus programas, para la selección de su personal docente y de investigación y, para el manejo administrativo financiero de su patrimonio” (Altuve, 2008, p. 10).

La reforma universitaria de Córdoba (Argentina) aportó una nueva manera de mirar la universidad en América Latina, tratando de distanciarla del fuerte espíritu colonial, en donde las formas de gobierno contarían con la participación de estudiantes, docentes y egresados, con miras al logro de una universidad con un gran compromiso social y político.

En el caso de Colombia, tenemos que en las décadas de los años veinte y treinta del siglo pasado se dan las primeras luchas estudiantiles cuyos reclamos son la libertad de cátedra y la apertura a nuevas corrientes del pensamiento y de métodos de enseñanza, los cuales fueron, en cierta forma, tenidos en cuenta por la Ley 68 de 1935, durante el primer mandato del liberal Alfonso López Pumarejo, y que quitó la potestad que la Iglesia tenía sobre la universidad. No obstante, dichos avances además de lentos en su implementación, se vieron estancados con el retorno de los gobiernos conservadores y la llegada de la dictadura de Gustavo Rojas Píñilla en 1953, periodo en el cual se incrementará la violencia bipartidista,

dejando a la universidad en un estado de letargo, pues esta conservará algunos rasgos de la educación decimonónica relacionados con el currículo y el uso de métodos descriptivos y memorísticos, y convirtiéndola en trincherera de la disputa política, en virtud de la polarización ideológica; de esta manera, se asumía que las universidades eran liberales o conservadoras (Henderson, 2006).

Entre los años 1950 y 1967 se fundaron en Colombia veinticuatro universidades, la mayoría públicas de carácter departamental, pero también algunas privadas (Molina, 2013, como se citó en Acevedo, 2015). Este fenómeno, obedecía a los criterios tecnócratas que señalaban a la universidad como el único medio capaz de garantizar el desarrollo técnico e industrial a los diferentes países, lo que motivó la realización de reformas a la educación superior con énfasis técnico instruccional para impulsar la modernización en América Latina. Se concebía que el desarrollo y progreso solo se podía alcanzar mediante la implementación de un sistema de educación superior, orientado a la enseñanza de la técnica y la tecnología, razón por la cual se consideró pertinente tener en cuenta la opinión de consultores y expertos internacionales con el fin de diagnosticar el estado de las universidades y de formular las recomendaciones más adecuadas para alcanzar los objetivos señalados. De esta manera, se trató de implementar las observaciones del estadounidense Rudolph P. Atcon, asesor de la UNESCO, quien tenía una concepción particular de la autonomía universitaria, debido a que la consideraba como la emancipación total de cualquier forma de dominio que atentara contra los objetivos científicos y democráticos de la universidad (Acevedo, 2015). Por ello, era partidario de un máximo rendimiento con la menor inversión de las disponibilidades financieras, al igual que la obtención de nuevas fuentes de ingreso para garantizar la expansión de la universidad. En este sentido, Atcon (1963, como se citó en Acevedo,

2015) proponía una universidad basada en la competencia, la productividad, la disciplina y la autonomía, para lo cual ponía como ejemplo a las universidades privadas, ya que eran libres de la dependencia de los recursos oficiales y de las regulaciones estatales.

La propuesta de Atcon trató de ser implementada a través del Plan Básico de la Educación Superior en Colombia, elaborado por la Fundación Universitaria Nacional (FUN) y la Asociación de Universidades Colombianas (ASCUN), entre 1966 y 1967, para lo cual contó con la asesoría de la Universidad de California, Estados Unidos (Acevedo, 2015). Dicho plan, no fue aceptado, pues además de encontrar rechazo en instituciones como la Universidad Nacional, por considerar que asumía a la educación como un mero servicio público, por su visión formalista y reducida de la educación, y por la imposición de la lógica económica a la enseñanza, cuyo resultado sería la cosificación del ser humano, generó una serie de protestas en las universidades colombianas en 1968, año caracterizado por el movimiento estudiantil francés del mes de mayo, que sirvió de inspiración a la juventud universitaria para protestar contra toda forma de autoritarismo y de influencia imperialista en la educación, tal y como se consideraba al Plan Básico (Acevedo, 2015).

Las protestas se fortalecieron a partir de 1970 con la vinculación de algunas universidades privadas y con la realización de los Encuentros Nacionales Universitarios, cuyo mayor avance será en 1971, cuando el estudiantado proclama el “Programa Mínimo”, que contenía como ejes centrales la autonomía universitaria, con un consejo de dirección democrática integrado por estudiantes y profesores, la “supresión del dominio imperialista [la] suspensión de programas de asistencia de organizaciones

imperialistas [el] financiamiento de la educación superior [y la] defensa de la Universidad Nacional” (Hernández, 2007, p. 44).

El “Programa Mínimo de los Estudiantes Colombianos” no tuvo una mirada positiva por parte del gobierno nacional, cuya respuesta fue la represión a las manifestaciones estudiantiles y el cierre de las universidades públicas, generándose una situación de inestabilidad que se complicó aún más con la figura del Estado de Sitio, dado su componente represivo. A esto, se debe sumar la priorización del debate ideológico en el movimiento estudiantil, generando fuertes contradicciones, situación que no permitió la unidad en torno a la defensa de algunas de las conquistas de 1971 como fue el caso de los cogobiernos, circunstancia que fue aprovechada por el gobierno nacional para restaurar el Decreto 1259 de 1971 y restituir a rectores con carácter autocrático, como también para suspender la participación de estudiantes y profesores de los consejos superiores a partir de 1972.

El año 1974 marcará el fin del Frente Nacional y la realización de las elecciones presidenciales que dejarán como ganador al liberal Alfonso López, figura caracterizada por su pasado político progresista y la puesta en marcha del Movimiento Revolucionario Liberal (MRL). Esto generó expectativas de una mejoría en la situación social y económica, a lo cual no fue ajeno el sector de la educación superior. Entre las medidas tomadas por López, estuvo la de nombrar como rectores de las universidades públicas a personas de pensamiento democrático, tal y como fue el caso de Luis Carlos Pérez en la Universidad Nacional. Sin embargo, su política de austeridad fiscal y de fuertes reformas tributarias dispuso las esperanzas en un cambio social, lo que produjo como respuesta la protesta de los movimientos sociales, cuyo máximo desarrollo sería el Paro Cívico Nacional de 1977. La respuesta oficial fue el incremento de las

medidas represivas, que se agudizaría a partir de 1978 con la expedición del Decreto 1923, más conocido como Estatuto de Seguridad, durante el gobierno de Julio César Turbay, lo que se tradujo en una serie de detenciones, torturas, asesinatos, desapariciones forzadas, etcétera, contra activistas políticos de izquierda, dirigentes estudiantiles, sindicalistas y docentes universitarios, entre otros. Durante esta etapa, y a lo largo de la década de 1980, las universidades públicas serán asediadas por la Fuerza Pública, debido a la solidaridad del estudiantado con las luchas sociales. No obstante, esta etapa también se caracterizará por las movilizaciones estudiantiles en respaldo a los pliegos de peticiones en favor del bienestar universitario (salud, alimentación, residencias, transporte).

Dadas las difíciles condiciones de alteración del orden público y de recrudecimiento de la violencia, la década del ochenta mostrará a un movimiento estudiantil que, además de solidarizarse con las luchas de los sectores populares, tendrá como consigna central la defensa del derecho a la vida, situación que empatará con los anhelos sociales por una reforma constitucional, que signifique el fin al baño de sangre vivido hasta ese momento, y la materialización de cambios que conlleven a la garantía de derechos, especialmente para las personas excluidas. De esta manera, será la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 la que recoja esas aspiraciones, entre las que se encontraban los viejos objetivos educativos, quedando consagrada la autonomía universitaria en la nueva Constitución Política.

Conceptualización y aspectos jurídicos

La autonomía universitaria es una expresión polisémica. Su significado depende de factores de índole político, ideológico, jurídico, etcétera. No obstante, su configuración conceptual gira en torno a la relación de la universidad con el Estado, dada su complejidad, pues si

bien es cierto que es un órgano que forma parte de este, también lo es el hecho de la existencia de su independencia frente al mismo. La independencia de las universidades públicas frente al Estado, así como la capacidad de darse su propio gobierno, constituyen la clave de la formulación teórica de la autonomía y su ejercicio (Ornelas, 2008).

Desde esta perspectiva encontramos que para Bernasconi (2014) la autonomía tiene que ver con el “gobierno de la universidad, [con] su forma de organización, sus finanzas, su personal, [sus] reglas y procedimientos de incorporación [con la] graduación de estudiantes y [...] la libertad de investigación y enseñanza” (p. 4).

Según la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO, 1997):

La autonomía consiste en el grado de autogobierno necesario, para que las instituciones de enseñanza superior adopten decisiones eficaces con respecto a sus normas, actividades académicas [y] administrativas [...] en la medida en que éstas se ciñan a los sistemas de control público, en especial por lo que se refiere a la financiación estatal, y respeten las libertades académicas y los derechos humanos. No obstante, la índole de la autonomía puede variar en función del tipo de establecimiento de que se trate.

[Igualmente, considera que] la autonomía es la forma institucional de la libertad académica y un requisito necesario para garantizar el adecuado desempeño de las funciones encomendadas al personal docente y las instituciones de enseñanza superior (párrs. 17 y 18).

La Unión de Universidades de América Latina y el Caribe (UDUAL, 1953) construyó, en su primera Asamblea General Ordinaria de 1953, una de las definiciones más conocidas y aplicadas sobre la autonomía

universitaria, al considerarla como: “El derecho de [la universidad] de dictar su propio régimen interno y a regular con base en él; [señaló que es] el poder de la universidad de organizarse y administrarse a sí misma, [siendo] dicha autonomía consustancial con su propia existencia y no a merced que le sea otorgada” (p. 99).

Ornelas (2008) considera que la autonomía universitaria implica el derecho a elegir a sus autoridades de acuerdo a sus estatutos; la formulación de sus reglamentos; la elaboración de los planes de estudio y la programación, sin injerencia alguna, de las investigaciones científicas; el manejo de los recursos financieros de acuerdo a las directrices y decisiones estratégicas sobre docencia, investigación y extensión; y la expedición de los títulos y certificados, de acuerdo con sus propias normas.

Desde el punto de vista jurídico encontramos, entre otros, a Vaccarezza (2006), para quien la autonomía universitaria significa la capacidad de dictar sus propias normas y de autoadministrarse, lo mismo que la sujeción a un marco normativo superior y al control de un ente superior. Es decir, la autonomía le permite autogobernarse, decidir sus políticas internas, distribuir sus recursos y determinar sus objetivos, lo que indica la existencia de un conjunto de normas que garanticen este desarrollo frente al Estado y la sociedad.

Así, tenemos en Colombia el artículo 69 de la Constitución Política que consagra la autonomía universitaria, mediante la cual “Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos de acuerdo con la ley” (Constitución Política de Colombia [CP], 1991, art. 69). Igualmente, las leyes 30 de 1992 en sus artículos 28 y 29, y 647 de 2001 que mediante su artículo 1 modificó el artículo 57 de la Ley 30 de 1992, estableciendo el carácter especial del régimen de las universidades públicas, lo cual incluye “la organización y elección de directivas, del

personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero, el régimen de contratación y control fiscal y su propia seguridad social en salud” (Ley 647, 2001, art. 1).

La Corte Constitucional, desde su inicio, ha establecido distintas formas de la naturaleza de la autonomía universitaria como una figura jurídica, situación que ha implicado una evolución conceptual con consecuencias de tipo práctico para las entidades de educación superior del país (Gómez *et al.*, 2019).

De esta manera, encontramos, entre otras, las sentencias: T-492 y T-598 de 1992; T-425 y T-123 de 1993; C-194 y C-547 de 1994; C-420, T-512 y T-515 de 1995; C-337, T-180 y T-123 de 1996; C-220 y T-513 de 1997; T-649 de 1998; T-310 de 1999; C-1435 de 2000; T-156 y T-933 de 2005; T-254 de 2007; C-162 de 2008; T-276 y T-689 de 2009. A partir de la definición de autonomía universitaria, construida a lo largo de la jurisprudencia constitucional, se puede determinar en qué momento el acto de una universidad resulta desmedido frente a su autonomía, o cuándo la regulación del Estado es violatoria de dicha autonomía (Gómez *et al.*, 2019).

A través de la jurisprudencia, la Corte Constitucional le dio vida al artículo 69 de la Constitución, con la conceptualización de la autonomía universitaria, mediante la sentencia T-492 de 1992 y abordando con posterioridad otros elementos de la misma, en diferentes líneas jurisprudenciales que lograron un mayor desarrollo, a tal punto que dio respaldo a las distintas formas que las universidades fijan para la designación de sus autoridades (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-492, 1992).

Tensión: autonomía universitaria vs. neoliberalismo

Pese a este respaldo normativo, especialmente el de la jurisprudencia constitucional, el desarrollo de la autonomía universitaria ha

tenido que ser conjugado con la aplicación de las políticas estatales en materia económica y administrativa, enmarcadas en un modelo que prioriza la libertad del mercado, conocido como neoliberalismo, el cual ha materializado una serie de procesos que han posicionado con mayor fortaleza la economía capitalista en el contexto mundial, teniendo como una de sus consecuencias la transformación del individuo y la sociedad, a partir de unos enfoques distintos sobre la cultura y la democracia.

El neoliberalismo tiene tres principios: la imposición del libre mercado en el funcionamiento del conjunto de la economía; apertura total, comercial y financiera, de la economía; y el desplazamiento del Estado de la actividad económica y social, una de cuyas consecuencias es la privatización de los activos nacionales y la conversión de los derechos sociales en servicios mercantiles (Ornelas, 2008).

Se produce, entonces, el embate neoliberal contra la universidad pública, con el objetivo de financiar con recursos públicos, mediante becas crédito la demanda y no la oferta de estudios, dirigidos a la formación de capital humano, para que los jóvenes estudien en la empresa privada que considere les ofrece el mejor servicio educativo, lo que implica acentuar desde el poder la tendencia a la desaparición de las instituciones públicas de educación superior y a la desarticulación del sistema educativo nacional (Ornelas, 2008).

Lo anterior, va acompañado de: Una propuesta derivada de los principios y valores neoliberales, compendiada en el concepto de capitalismo académico, cuyo punto de partida es aceptar que “debido a su baja rentabilidad social” no hay razones válidas para que el Estado financie la oferta de educación superior (Ornelas, 2009, p. 99).

A las universidades públicas se les exige ser capaces de crear sus fuentes de financiación, lo cual implica la creación de planes de estudio

que acerquen sus programas hacia las empresas que actúan en la dinámica del mercado, transformando así el conocimiento en una mercancía.

El capitalismo académico señala el giro hacia el mercado y a todas las actividades que permiten integrar a las universidades, a los departamentos y los propios académicos en la economía basada en el conocimiento. Desde el punto de vista político, se trata de reducir la participación del Estado en la financiación de la educación superior (Maldonado, 2016). Igualmente, valora la privatización del conocimiento y toma como punto de partida la premisa de que tanto las instituciones, los académicos emprendedores y las corporaciones económicas, son los grandes beneficiados de sus productos e inventos, y no el público. Por lo tanto, de la capacidad para impulsar la competitividad y promover la inserción del país en los circuitos económicos dependería el interés social (Labraña y Brunner, 2021).

Entre las consecuencias que más afectan a las universidades públicas está la destinación de recursos a las investigaciones que resuelven problemas específicos de las empresas privadas y que pagan por el servicio prestado. Además, se priorizan los recursos para los proyectos de las ciencias naturales, especialmente los que tienen que ver con innovación tecnológica, y se limitan aquellos destinados a las ciencias sociales y las humanidades. Dentro de este proceso, los perdedores son la investigación científica, la formación intelectual y cultural, y el pensamiento crítico, los cuales entran a ser considerados como un lastre para la modernidad y la competitividad de las universidades, cuyo propósito fundamental debe ser ahora la obtención de mercados, considerada como la fórmula adecuada para darle viabilidad a la universidad pública en el siglo XXI (Ornelas, 2009).

Será la propia Ley 30 de 1992 la que, pese a consagrar la autonomía universitaria, se encargará de la regulación de dicho proceso con el fin de convertir a la universidad pública en una empresa de producción y venta de servicios minando su verdadero fin que al decir del pensador colombiano Antonio García es el de ser “la conciencia crítica de la Nación”.

La elección democrática en la Universidad de Nariño

En el caso de la Universidad de Nariño, y en relación con este tema, existe una situación interesante que se traduce en la consagración en sus normas internas de la elección democrática de sus autoridades, resultado de un proceso de lucha estudiantil que en 1997 superó las figuras de la consulta para el caso del rector y de la escogencia de decanos de facultades y directores de programas por parte del Consejo Superior Universitario (CSU), abriendo además la posibilidad de fortalecer la autonomía universitaria a su interior.

El primer paso se dio en febrero de 1995 cuando el estudiantado obtuvo el derecho de participar democráticamente en la designación del rector mediante el mecanismo de la *consulta*. No se avanzó a la figura de la *elección*, debido a que el argumento del CSU, de las directivas universitarias y de los mismos estatutos fue el de que esa alternativa no la contemplaba la Ley 30 de 1992, puesto que dicha tarea la cumple el CSU, razón por la cual la consulta venía a ser un parámetro a tener en cuenta por parte de este organismo, pero sin fuerza vinculante; es decir, el CSU no está obligado a acoger sus resultados.

Esto, unido al fortalecimiento del movimiento estudiantil a partir de 1995 con la obtención de esta conquista, a lo cual se debe sumar una serie de hechos como resultado de su accionar, siendo de resaltar la rebaja en las tarifas de las matrículas en 1996, llenó de confianza su capacidad de convocatoria y lucha. Así, en 1997 se retoma el tema de la

elección democrática del rector con un nuevo ingrediente: las decanaturas y direcciones de programas.

Las negociaciones entre estudiantado y CSU fueron álgidas, y giraban en torno a un asunto jurídico. Quienes se oponían a la figura de la elección de las autoridades académicas, principalmente de la del rector, argumentaban que esto no era posible porque no lo permitía la Ley 30 de 1992. Los partidarios consideraban que la mencionada ley sí lo permitía, pues el artículo 65 que consagra las funciones del Consejo Superior Universitario señala textualmente en su literal e: “Designar y remover al rector en la forma que prevean sus estatutos” (Ley 30, 1992, art. 65). Por la misma razón, este organismo debe designar como rector a quien sea elegido por parte de los estamentos universitarios (estudiantes y docentes), que fue como finalmente se resolvió el asunto y se logró su materialización, a través de una reforma estatutaria.

Mediante Acuerdo No. 026 del 19 de junio de 1998 se hizo un par de reformas al Estatuto General de la Universidad de Nariño. La primera, a las funciones del CSU, incorporándose una nueva que señala: “Designar como Rector de la Universidad a quien resulte elegido mediante el proceso realizado como lo determina el Artículo 28 de este Estatuto” (Acuerdo No. 026, 1998, art. 1). La segunda, una modificación al artículo 28, el cual quedó así: “El Rector será elegido mediante el voto directo de los profesores y los estudiantes regulares de la Universidad de Nariño” (Acuerdo No. 026, 1998, art. 2).

El Estatuto General de la Universidad de Nariño fue elaborado de acuerdo a la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política y de sus facultades legales contenidas en la Ley 30 de 1992. Con respecto al artículo mencionado de la norma de normas este

garantiza el hecho de que “las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley” (CP, 1991, art. 69).

En cuanto a la Ley 30 de 1992 y en lo referente a la autonomía universitaria y especialmente a la elección de directivas académicas encontramos que los artículos 28 y 29 reconocen, entre otros, “a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos” (Ley 30, 1992, art. 28), como también el de “designar a sus autoridades académicas y administrativas” (Ley 30, 1992, art. 29). Igualmente, encontramos en esta misma ley las funciones del Consejo Superior Universitario, más exactamente en el artículo 65 y su literal e, y el artículo 66 en el que se estipula que la designación del rector, entre otras, se reglamentará en los “respectivos estatutos” universitarios (Ley 30, 1992, art. 66).

Se puede evidenciar que, normativamente, existen los elementos que permiten la elección democrática de rector y otras autoridades académicas, situación que se traduce en una aplicación de la autonomía universitaria, la cual es fundamental para fortalecer la universidad y proyectarla, en aras de contribuir al progreso desde la perspectiva de su compromiso con la sociedad. Pero también se debe señalar que este propósito implica mayor presupuestación por parte del Estado, situación problemática que se origina en la misma Ley 30 de 1992, según la cual la financiación de las universidades públicas subiría anualmente de acuerdo con los Índices de Precios al Consumidor IPC. Pero se les exigió un incremento de la cobertura a fin de atender las nuevas exigencias propias de los requerimientos del mercado y el capital en el marco de la llamada “globalización neoliberal” cuya esencia es la competencia, originándose un grave desequilibrio: aumento desproporcionado del número de estudiantes frente al estancamiento de la financiación, buscando que las universidades vendan servicios.

Conclusiones

Estas reflexiones nos permiten afirmar que la elección democrática de rector, decanos y directores de programa en la Universidad de Nariño significa un desarrollo de la autonomía universitaria como una importante conquista de la lucha estudiantil, pero que se ha visto atravesada por elementos que en la práctica tratarían de negarla, buscando debilitarla desde el punto de vista de su funcionalidad.

No obstante, el paso de los años ha fortalecido el mecanismo democrático, creando entre estudiantes y docentes una cultura política que mira con un alto sentido de pertenencia a la figura y que ha permitido a la vez la generación de nuevos y significativos espacios de participación y diálogo entre directivas y estamentos, para la defensa del carácter público de la universidad y el mejoramiento del desarrollo académico.

Los espacios mencionados se han convertido en los mejores escudos de protección de la elección democrática, pues pese al desacuerdo de gobiernos nacionales anteriores al actual, nunca se atrevieron a atacar contra la misma o a condicionar su existencia, ya que generaría un precedente político negativo que podría en máximo estado de alerta a la Universidad de Nariño, cuyos integrantes jamás estarían dispuestos a permitir un retroceso de tal magnitud.

Corresponde a las generaciones universitarias actuales continuar defendiendo la elección democrática de autoridades académicas en la Universidad de Nariño, para lo cual es necesario el rescate del discurso académico y el pensamiento crítico como elementos centrales del debate, lo que contribuirá a evitar las prácticas clientelistas en los procesos políticos.

Referencias

- Acevedo, A. (2015). Educación, reformas y movimientos universitarios en Colombia: apuestas y frustraciones por un proyecto modernizador en el siglo XX. *Revista de Estudios Sociales*, (53), 102-111. <https://journals.openedition.org/revestudsoc/9313>
- Altuve, J. (2008). Autonomía universitaria. *Actualidad contable FACES*, 11(17), 5-10. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=25711784002>
- Bernasconi, A. (2014). Autonomía universitaria en el siglo XXI: nuevas formas de legitimidad ante las transformaciones del Estado y la sociedad. *Páginas de Educación*, 7(2), 33-60. <https://doi.org/10.22235/pe.v7i2.505>
- Congreso de la República de Colombia. (1992, 28 de diciembre). Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior. [Ley 30 de 1992]. DO: 40.700
- Congreso de la República de Colombia. (2001, 28 de febrero). Por la cual se modifica el inciso 3º del artículo 57 de la ley 30 de 1992. [Ley 647 de 2001]. DO: 44.345
- Consejo Superior de la Universidad de Nariño. (1998,19 de junio). Por el cual se reforma el Estatuto General de la Universidad de Nariño. [Acuerdo No. 026 de 1998]. <https://www.udenar.edu.co/recursos/wp-content/uploads/2018/07/Acuerdo-026-de-1998-superior.pdf><https://www.udenar.edu.co/recursos/wp-content/uploads/2018/07/Acuerdo-026-de-1998-superior.pdf>
- Constitución Política de Colombia [CP]. (1991). http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

- Corte constitucional, Sala Tercera de Revisión. (1992, 12 de agosto). Sentencia T-492 [M. P.: Hernández, J.].
- Gómez, L. Quintana, E. y Calderón, N. (2019). Evolución de la definición y naturaleza de la autonomía universitaria en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. *Vniversitas*, 68(139), 1-25. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj139.edna>
- Henderson, J. (2006). *La modernización en Colombia. Los años de Laureano Gómez, 1889- 1965*. Editorial Universidad de Antioquia.
- Hernández, G. (2009). Origen de las universidades medievales en Italia. *Revista Educación y Desarrollo Social*, 3(1), 182-190. <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/reds/article/view/872/623>
- Hernández, I. (2007). El programa mínimo de los estudiantes colombianos. Movimiento estudiantil universitario de 1971. Por la universidad, todo un país. *Revista Historia de la Educación Colombiana*, 10(10), 29-57. <https://revistas.udenar.edu.co/index.php/rhec/article/view/1039/1275>
- Labraña, J. y Brunner, J. (2021). La universidad chilena en el contexto del capitalismo académico: una interpretación sociohistórica. *Revista mexicana de investigación educativa*, 26(90), 935-957. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8073012>
- Maldonado, C. (2016). El capitalismo académico: las universidades como entidades del mercado y mercadeo. *Revista latinoamericana de ensayo*, 20. <https://critica.cl/educacion/el-capitalismo-academico-las-universidades-como-entidades-del-mercado-y-mercadeo>
- Múnera, L. (2011). La Reforma de Córdoba y el gobierno de las universidades públicas en América Latina. *Ciencia Política*, 6(12),

6-40. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/cienciapol/article/view/41499/43113>

- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura [UNESCO]. (1997). *Recomendación relativa a la Condición del Personal Docente de la Enseñanza Superior*. <https://www.unesco.org/es/legal-affairs/recommendation-concerning-status-higher-education-teaching-personnel>
- Ornelas, J. (2008). Reflexiones en torno a la autonomía universitaria. En E. Sader, Pablo Gentili, H. Aboites (Comps.). *La reforma universitaria: desafíos y perspectivas noventa años después* (pp. 30-35). Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales [CLACSO].
- Ornelas, J. (2009). Neoliberalismo y capitalismo académico. En P. Gentili, G. Frigotto, R. Leher, y F. Stubrin (Comps.). *Políticas de Privatización, Espacio Público y Educación en América Latina* (pp. 83-120). Homo Sapiens Ediciones.
- Tünnermann, C. (2008). La autonomía universitaria en el contexto actual. *Universidades* (36), 19-46. <https://www.redalyc.org/pdf/373/37312909004.pdf>
- Unión de Universidades de América Latina y el Caribe [UDUAL]. (1953). *Acuerdos del Segundo Congreso Universitario y Primera Asamblea General de la Unión de Universidades Latinoamericanas*. Editorial Universitaria S.A.
- Vaccarezza, L. (2006). Autonomía universitaria, reformas y transformación social. En H. Vessuri (Comp.). *Universidad e investigación científica* (pp. 33-49). Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.



VII

**DERECHOS HUMANOS Y
MOVIMIENTOS SOCIALES EN EL
DERECHO CONSTITUCIONAL**

El bien jurídico de la seguridad pública: límites y alcances en su interpretación bajo el contexto de la protesta social en Colombia

Diego Alejandro Palacios Parra

Resumen

En Colombia no hay duda de que el derecho penal está encaminado a la protección de bienes jurídicos, pues es un mandato de carácter constitucional. Uno de esos bienes jurídicos corresponde a la seguridad pública, a la cual se le adscriben múltiples delitos que prohíben algunas modalidades por las que se ha desarrollado la protesta social. Este último derecho, convencional y constitucional, se ha desarrollado por diversos instrumentos de interpretación en el sistema universal, interamericano y nacional, determinando el alcance de los delitos que afectan esta clase de movilidad social [proscribiendo su criminalización]. En este artículo se abordan estos campos de análisis desde dos enfoques. En primer lugar, se delinea en abstracto el contenido *iusfundamental* de la protesta social como patrón de extensión del bien jurídico a la seguridad pública. En segundo plano, se establece una forma posible de interpretación de los delitos que protegen la seguridad pública con el fin de optimizar la protesta social como derecho en Colombia.

Palabras clave: bien jurídico, derecho penal, protesta social, seguridad pública, interpretación.

Abstract

In Colombia there is no doubt that criminal law is aimed at the protection of human rights since it is a constitutional mandate. One of these corresponds to public security, to which multiple crimes are attached that prohibit some modalities by which social protest has developed. This last right, conventional and constitutional, has been developed by various interpretation instruments in the universal, inter-American and national system, determining the scope of the crimes that affect this kind of social mobility [outlawing its criminalization]. This article addresses these fields of analysis from two perspectives. In the first place, the *iusfundamental* content of social protest is outlined in the abstract as a pattern of extension of the legal right to public safety. In the background, a possible way of interpreting the crimes that protect public safety is established to optimize social protest as a right in Colombia.

Keywords: human rights, criminal law, social protest, public security, interpretation.

Introducción

A lo largo de la historia, el derecho penal ha sido un instrumento de lucha contra aquello que hemos denominado “delito”. Su estructura se ha convertido en un mecanismo de control social, en aras de fomentar cierto tipo de comportamientos aceptados socialmente por los “Estados modernos”. A partir de estos planteamientos, se ha señalado que el derecho penal protege bienes jurídicamente tutelados, los cuales no son más que los intereses vitales que cada sociedad decide amparar, en un determinado espacio/tiempo, mediante distintos instrumentos, entre ellos, y el más lesivo, el derecho penal. Esta tendencia ha sido acogida por una inmensa mayoría en la doctrina y en la jurisprudencia de diferentes países del mundo, tal como en el caso colombiano.

La seguridad pública se ha consagrado como un bien jurídico digno de protección penal, pues garantiza las condiciones de tranquilidad, a desarrollarse en el tráfico social, siendo esencial para el bienestar común. Sin embargo, el equilibrio social puede perturbarse con la ocurrencia de actos terroristas, obstrucción de vías, concierto para delinquir [entre otros] que se ven resguardados bajo este bien jurídico. De ahí que el Estado reprende esta clase de conductas mediante el uso del *poder punitivo* en materia penal. El problema de este tipo de comprensión pragmática corresponde a la sutil, pero peligrosa, criminalización de la protesta social. Ciertos actos de movilidad social se han considerado como graves atentados contra la seguridad pública, por el solo hecho de perturbar la tranquilidad de algunos grupos de poder. De hecho, una de las formas de impacto de la protesta social consiste en la perturbación, agitación y diálogo colectivo abierto.

Sancionar los actos de movilidad social como constitutivos de alteración a la seguridad pública debe ser una tela que cortar finamente. La interpretación de los delitos y las sanciones a imponerse deben pasar un tamizaje conformado por las herramientas convencionales y constitucionales que armonicen la protesta social, como una manifestación de la inconformidad lista a un diálogo, respetando las garantías de seguridad pública esperadas por los ciudadanos. En otras palabras, la criminalización de ciertas conductas que obstaculizan la protesta social debe someterse a un escrutinio intenso, bajo las interpretaciones más restrictivas [*ultima ratio*] y *pro homine* posibles.

A tal efecto, para resolver el dilema sobre la imposición de los delitos que protegen la seguridad pública en cuanto a la criminalización, directa o indirecta, de la protesta social, el texto cuenta con dos secciones. En un primer aparte, se contextualiza el alcance, el contenido

y la importancia del bien jurídico “seguridad pública”. En el segundo, se bosquejan los límites de la “seguridad pública” en cuanto a la protesta social y cómo puede modularse una interpretación *pro homine* a su favor.

El bien jurídico de la seguridad pública

Afirmar que el derecho penal protege directamente bienes jurídicos ya parte de la aceptación de una postura dogmática completamente discutida. En Colombia, la Corte Constitucional ha señalado que la libertad de configuración del legislador en materia penal se encuentra limitada por algunos principios. Uno de ellos corresponde al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, de acuerdo con el cual, el derecho penal únicamente está instituido para la protección de las garantías más vitales de la sociedad (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-365, 2012).

La Corte Constitucional ha destacado que le corresponde al legislador realizar una valoración de los bienes jurídicos que ameritan protección penal y, conforme a la gravedad, revisar la aplicación del derecho penal y el monto de la pena a imponer (Corte Constitucional, Sala Plena, C-420, 2002). En ese orden de ideas, puede entenderse por bien jurídico todo hecho (interés, recurso o valor) reconocido legítimamente como merecedor de protección penal a partir de una discusión basada en principios (Seher, 2007). De igual forma, según Hassemer (2007), la conexión entre dogmática penal y Constitución no solo es plausible sino oportuna y obvia en este momento. Los límites a los que se debe someter el Estado, en consideración de Beccaria y Feuerbach (Hassemer, 2007), deben corresponder a los derechos humanos de todos los intervinientes en un conflicto penal.

La noción de bien jurídico para Hassemer (2007) debe cumplir con tres criterios que deben satisfacerse en materia penal: adaptable,

selectivo y comprensible. En primer lugar, esta figura debe adaptarse a la realidad social de la comunidad. Además, su alcance debe ser selectivo y nítido, sin que promueva confusiones axiológicas, mediante altos niveles de comprensión teórica y dogmática. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha señalado que los bienes jurídicos son valores esenciales de la sociedad que guían el proyecto político de una nación (Puig, 2001, como se citó en Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-365, 2012). Bajo estos parámetros, las concepciones antes mencionadas deben ser una guía para la adscripción de los tipos penales que reprocharán algún atentado a su contenido y alcance.

Dejando de lado esta primera parte, la “seguridad pública” se ha establecido como un interés de gran relevancia social y, de ese modo, constitutivo de un bien jurídico propiamente dicho. Para la Corte Constitucional, es posible crear delitos que protejan bienes jurídicos colectivos, siempre y cuando estos respeten los derechos constitucionales de los asociados, el principio de legalidad estricta y los criterios de razonabilidad, proporcionalidad, aplicables tanto a la definición y a la sanción impuesta en el tipo penal (Corte Constitucional, Sala Plena, C-121, 2012).

Aparte de la Corte Constitucional, otros polos académicos han tratado de definir el alcance del bien jurídico a la “seguridad pública”. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia suscribe su contenido a aquellos eventos delictivos en que se presenta una perturbación o alteración a la tranquilidad de la comunidad y se genera desconfianza colectiva para el ejercicio de actividades cotidianas (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP13920, 2017). En similar sentido lo ha entendido un sector de la academia (Cruz, 2019) que ha afirmado la existencia de una sociedad ambientada a expectativas de no agresión. En el momento que se atenta contra la regla general de “la tranquilidad”,

se fomenta la desconfianza colectiva y, en la incertidumbre, se materializa un eventual atentado a la comunidad (Cruz, 2019). Cabe aclarar que, en Colombia, esta clase de comprensión se ha delimitado en el bien jurídico de la seguridad pública, mientras que en otros países se ha denominado orden público, como en el Código Penal español, entre otros ordenamientos que han preferido esa nomenclatura, a pesar de tener el mismo significado.

La seguridad pública, como bien jurídico susceptible de protección, se puede ver alterada de diferentes formas. Su variación puede ser más grave que otras, dependiendo del contexto y la forma de su prevención y castigo. De hecho, algunas de las faltas a la seguridad pública, debido al contexto y la forma, únicamente son contraversiones policiales y no delitos. Es por ello por lo que, en aras de maximizar los principios constitucionales, es menester analizar detenidamente qué clase de alteración de esa seguridad pública se puede penalizar y cuál no.

Uno de los escenarios más conflictivos en el que se pueden presentar inconvenientes en la interpretación del bien jurídico a la “seguridad pública” es el de la protesta social. Si bien la movilidad social genera una alteración de la seguridad pública [tal como el bloqueo de vías o la alteración de los sistemas de transporte y comunicación], no puede considerarse *per se* un acto que atenta contra su alcance como bien jurídico y, por tanto, susceptible de criminalización. Sus actos normalmente se despliegan con fines altruistas, en defensa de derechos de la población, que optimiza la participación democrática y la justicia dialógica. En el siguiente apartado, se señalará cómo la protesta social, como un factor de interpretación, debe considerarse diferencialmente en el alcance y contenido del bien jurídico a la seguridad pública.

La protesta social y su interpretación en los delitos de la seguridad pública

La protesta social se la ha entendido como “una forma de acción individual o colectiva dirigida a expresar ideas, visiones o valores de disenso, oposición, denuncia o reivindicación” (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, 2019, p. 5). La protesta o movilidad social se ha relacionado directamente con los derechos a la libertad de expresión, derecho de reunión y participación política. De modo que las expresiones de opinión [individual o colectiva], críticas, reacciones políticas, denuncias públicas, reclamación de derechos y reivindicaciones, constituyen una forma de movilidad social amparadas por la Constitución y el bloque de constitucionalidad en calidad de “protesta social”.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH (2021) ha precisado además que la protesta social puede ser de dos tipos: planeada y esporádica. La primera busca, mediante un plan metodológico, movilizar el mayor cúmulo de energía política para la transformación colectiva o la concientización humana, de forma progresiva y planeada [paso a paso]. En cambio, cuando la protesta social es esporádica, corresponde a “una forma legítima de expresión, denuncia, protesta o apoyo ante diversos acontecimientos. Mediante ellas se puede expresar una sola persona, pequeños grupos de personas o conjuntos multitudinarios en los que pueden articularse miles de individuos sin una pertenencia asociativa específica con organizaciones más estructuradas” (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2019, p. 6). Cualquier forma de expresión humana puede movilizar la energía política y dialógica de una persona o colectividad y, por lo tanto, debe ser protegida por el derecho constitucional.

La protesta social ha estado amparada por múltiples instrumentos de carácter internacional y nacional. En la mayoría de los tratados internacionales, su alcance ha sido parametrizado por los derechos a la reunión, libertad de expresión y asociación pacífica, tal como es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo veintiuno “reunión pacífica”, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, artículo quince “libertad de reunión” o la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), artículo cinco “asociación pacífica”. En cuanto al orden nacional, la Corte Constitucional en las sentencias C-442 de 2011 y C-009 de 2018 ha mencionado la importancia de la protesta social como un medio de movilización de la libertad de expresión para la construcción de un estado más plural y diverso en la estructuración de las políticas públicas.

En palabras más sutiles y concretas, la protesta social es un escenario que construye diálogo, reforma y entendimiento del “otro”. Un Estado, que desde la pluralidad reconoce el amparo de los derechos de la población, debe estar en la capacidad de construir un proyecto conjunto con todas las diferencias y similitudes, desde una amistad cívica, en palabras de Aristóteles (Juste, 2015). La accesibilidad al diálogo constante, la denuncia de las estructuras y la reivindicación de los sujetos silenciados garantiza la construcción de una sociedad más compleja, bajo la mayor cantidad de perspectivas humanas. Esta construcción colectiva solo es posible mediante la interacción social de entendimiento, y no hay otro mecanismo más idóneo para alcanzar este objetivo que la protesta social. Un medio por el cual se mueven las reclamaciones, las ideas, las energías de unión, colaboración y cambio.

La población debe presumir por regla general que cualquier obstáculo a la protesta social es ilegal, por no irregular e ilícito. Los límites a su alcance, según la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH (2021), deben ser excepcionales y cumplir con algunos requisitos de legalidad estricta, a saber: *i*) deben estar previstos en la ley de forma previa, taxativa y precisa [no permitir margen de discrecionalidad]; *ii*) deben estar guiados al respeto de los derechos o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública [para seguir fines superiores de la convención o la Constitución]; y *iii*) deben cumplir con los parámetros de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad [sometidos al principio de proporcionalidad] (Consejo de Derechos Humanos, 2013). La autorización previa por autoridad competente no es un paso para agotar por los ciudadanos, por lo que no es un límite propiamente dicho a este derecho.

Los poderes judicial, legislativo y ejecutivo deben realizar juicios estrictos de interpretación al momento de criminalizar o sancionar actos “violentos” al interior de la movilidad social. Por un lado, el poder legislativo —de criminalizar actos de ejecución necesarios para la protesta social, como obstrucción de vías— debe contemplar causales especiales y estrictas en las que, racional y proporcionalmente, se puedan establecer actos susceptibles de sanción y que sean actos por fuera de la concepción de la protesta social pacífica. El ejecutivo, mediante las autoridades de seguridad [Policía o Ejército], debe procurar el separar los actos violentos suscitados en la protesta, mas no disipar la movilidad social en su plenitud. Sectorizar la coyuntura violenta permitirá controlar los actos sociales y fomentar el diálogo colectivo. La Rama Judicial, en uso de sus funciones jurisdiccionales, debe tratar de implementar escrutinios estrictos, con los mayores estándares de interpretación, que favorezcan, ante las dudas, los actos de libertad de expresión. Un intento

de ello fue la sentencia C-742 de 2012, en la cual se declaró constitucional el delito de obstrucción de vías, señalando que solo se pueden penalizar las obstrucciones que generen una imposibilidad de circulación superlativa (Corte Constitucional, Sala Plena, C-742, 2012).

Un ejemplo de la racionalización de los tipos penales y amplia discrecionalidad corresponde al Proyecto de Ley 336 del 06 de febrero de 2023 [humanización de la política criminal], que cursa actualmente en el Congreso. En el plan legislativo, se establece la prohibición de tipificación de los delitos de terrorismo y concierto para delinquir de aquellas personas que, enmarcándose en la protesta social, incurren en actos de “violencia” que irrumpen la seguridad pública. Esta reforma intenta reducir la discrecionalidad de los agentes de seguridad y, a su vez, dejar de estigmatizar los actos de intranquilidad generados por la protesta social como símbolos terroristas o de una alta gravedad criminal (Proyecto de Ley 336, 2023).

El gran reto que enfrentamos las generaciones del presente, y el futuro, recae en la implementación de escrutinios estrictos y conscientes que favorezcan los actos de diálogo y movilidad social. Cuando aún perdura en nosotros la idea schmittiana de “amigo-enemigo”, deseamos acabar las perspectivas alternas que importunan nuestra forma de ver el mundo. Buscamos callar la voz de quien no merece ser escuchado. En ese marco, encontramos los mecanismos necesarios, aunque sean formas de interpretación, para justificar los actos que obstaculizan la protesta social. Por lo tanto, fomentar un diálogo social y cívico no únicamente se asienta en los métodos de interpretación, sino en la formación de una mentalidad social y comunitaria. Es aquí en donde el derecho debe buscar vínculos y cooperaciones epistémicas con otras ramas del conocimiento [como la

psicología, la antropología y la sociología], promoviendo las sensibilidades humanadas asociativas y comprensivas del otro.

Conclusiones

El derecho penal únicamente puede ser utilizado por el Estado para proteger bienes jurídicos constitucionalmente tutelados, proscribiendo la penalización de conductas con otros fines que limiten derechos fundamentales injustificadamente. La seguridad pública es un bien jurídico legítimo que se puede proteger a través de la consagración de conductas punibles en el Código Penal, siempre y cuando ello esté en armonía con los mandatos constitucionales y convencionales. La protesta social se debe garantizar por los Estados y, por ende, es objeto de protección constitucional por la consagración de los derechos humanos de libertad de expresión, libertad de reunión y asociación. Ello hace que no sea posible su criminalización cuando es pacífica, dialógica y concertada socialmente.

Hay actos de obstaculización del paso, canto de consignas y realización de comunicados y letreros que hacen parte de la movilidad social, y que, en general, perturban la tranquilidad social, en particular, la de ciertos grupos de poder. Pese a ello, estos actos, al ser parte de la manifestación colectiva, no pueden ser penalizados mediante tipos penales que protegen el bien jurídico de la “seguridad pública”. En contexto de la protesta social, es menester maximizar la garantía de la disconformidad social y limitar sus restricciones mediante un balance propio de los principios de razonabilidad, proporcionalidad, necesidad y adecuación.

Referencias

Congreso de Colombia. (2023, 6 de febrero). Proyecto de Ley 336. <https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2023-02/P.L.336->

2023C%20%28POLITICA%20CRIMINAL%20Y%20PENITENCIARIA%29_0.pdf

- Consejo de Derechos Humanos. (2013). Medidas efectivas y mejores prácticas para asegurar la promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las protestas pacíficas, Informe de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, A/HRC/22/28, 21 de enero de 2013, párr. 12.
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (2002, 28 de mayo). Sentencia C-420 [M. P.: Córdoba, J.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (2012, 16 de mayo). Sentencia C-365 [M. P.: Pretelt, J.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (2012, 22 de febrero). Sentencia C-121 [M. P.: Vargas, L.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (2012, 23 de septiembre). Sentencia C-742 [M. P.: Calle, M.].
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. (2017, 6 de septiembre). Sentencia SP13920 [M. P.: Salazar, L.].
- Cruz, L. (2019). Delitos contra la Seguridad Pública. *Lecciones de Derecho Penal: Parte especial: Volumen I*. Universidad Externado de Colombia.
- Hassemer, F. (2007). ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? En R. Hefendehl (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 95-104). Marcial Pons.

- Juste, R. (2015). La Amistad Cívica en Aristóteles: Concordia y Fraternidad. *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, 32(1), 41-67. <https://www.redalyc.org/pdf/3611/361138766002.pdf>
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH. (2019). *Protesta y Derechos Humanos: Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*. Organización de los Estados Americanos.
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH. (2021). *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Volumen II. Informe Anual De La Relatoría Especial Para La Libertad De Expresión*. Organización de los Estados Americanos.
- Seher, G. (2007). La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. En R. Hefendehl (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 69-94). Marcial Pons.

Constitucionalismo y feminismo: encuentros y tensiones

Isabel Goyes Moreno - Mónica Hidalgo Oviedo

Resumen

La pretensión de este artículo es reflexionar sobre los puntos de encuentro y desencuentro que surgen entre dos conceptos fundamentales del mundo jurídico actual; estos son constitucionalismo y feminismo. En primer lugar se indicará el origen y desarrollo de estos conceptos, sus logros e inclusiones en el ordenamiento jurídico, así como las diversas intersecciones conceptuales y prácticas que se presentan entre ellos; los logros normativos, jurisprudenciales y, de manera especial, la incidencia en la vida cotidiana de las mujeres, sus organizaciones y la población diversa por orientación sexual e identidades de género (OSIG). Como se sabe, este camino no siempre ha sido pacífico, razón por la cual, se hará referencia, en segundo lugar, a las tensiones, los motivos por los que el feminismo constitucional se percibe problemático aún en Estados que se autoproclaman sociales y democráticos de derecho. Finalmente, se analizará la forma como este panorama se presenta en Colombia, con la finalidad de comprender la necesidad de aplicar el enfoque de género en los asuntos constitucionales en búsqueda de la convivencia, la libertad, la igualdad y la justicia social.

Palabras clave: Feminismo, constitucionalismo, encuentros, tensiones, enfoque de género.

Abstract

The aim of this article is to reflect on the points of meeting and disagreement that arise between two fundamental concepts of the current legal world; These are constitutionalism and feminism. Firstly, the origin and development of these concepts will be indicated, their achievements and inclusions in the legal system, as well as the various conceptual and practical intersections that arise between them; the regulatory and jurisprudential achievements and, especially, the impact on the daily lives of women, their organizations and the diverse population based on sexual orientation and gender identities (OSIG). As is known, this path has not always been peaceful, which is why reference will be made, secondly, to the tensions, the reasons why constitutional feminism is perceived as problematic even in States that proclaim themselves social and democratic. right. Finally, the way in which this panorama is presented in Colombia will be analyzed, with the purpose of understanding the need to apply the gender approach in constitutional matters in search of coexistence, freedom, equality, and social justice.

Keywords: Feminism, constitutionalism, meetings, tensions, gender approach.

Introducción

A diferencia de lo que ocurría hace algunos años en la formación jurídica, los asuntos constitucionales y de género son de importancia creciente. La nueva generación de estudiantes de derecho, debe tener claro que hace medio siglo los temas constitucionales eran del manejo exclusivo de expertos y que existía un deslinde profundo entre el

derecho real y el constitucional, mejor entendido como una declaración de principios y propósitos sin posibilidad de afectar las prácticas judiciales. Asimismo, en los cinco últimos decenios, los asuntos de género pasaron de ser temas marginales propios de mujeres desadaptadas para adquirir relevancia internacional y convertirse en asuntos urgentes de las agendas públicas, los cuales formulan retos teóricos y prácticos a la teoría constitucional y al ordenamiento jurídico en su conjunto. Quizá sea más preciso plantear que ha surgido un nuevo paradigma jurídico: el constitucionalismo feminista o el feminismo constitucional, y que compete a todas las personas que transitamos por estos ámbitos acercarnos a su conocimiento, comprensión y reflexión, como un compromiso de la hora presente.

El constitucionalismo es un movimiento amplio que mediante corrientes y orientaciones distintas busca la racionalización del poder político para lo cual requiere tanto de su organización como del reconocimiento de derechos fundamentales. Estas corrientes del constitucionalismo lo clasifican como “mínimo o pleno”, positivo o negativo, fáctico o jurídico (Dolabjian, 2021). Se habla también de distintos modelos vinculados a momentos históricos: liberal, conservador, democrático, social, neoliberal, cosmopolita, neoconstitucionalismo, decolonial y *ius humano*. Siguiendo a Ferrajoli (2008) se puede afirmar que:

[...] el paradigma de la democracia constitucional puede y debe ser ampliado en cuatro direcciones: 1) en garantía de todos los derechos fundamentales, no solo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; 2) frente a todos los poderes, no solo de los públicos sino asimismo de los privados; 3) en garantía no solo de los derechos fundamentales sino también de los bienes que, por su carácter vital, pueden igualmente ser

llamados fundamentales; 4) a todos los niveles, no solo al de los ordenamientos estatales sino también en el plano del derecho internacional (p. 26).

El feminismo, por su lado, es un concepto polimorfo y ambiguo, que ha sido macartizado, ideologizado y en todo caso subvalorado, razón por la cual, es necesario volver a sus orígenes para reivindicar su validez política para la vida de las mujeres y de las diversidades, en cuanto el feminismo en esencia plantea la defensa de los derechos humanos de las mujeres desconocidos por los teóricos de la cultura patriarcal. Sus pretensiones son elementales: si la igualdad y la libertad son los pilares de la nueva sociedad democrática, ¿por qué razón dichos postulados se niegan a más de la mitad de la población mundial, con el argumento de pertenecer al sexo femenino?

La teoría feminista explica cómo las relaciones de poder se fundan en la desigualdad de mujeres y hombres develando la situación de sometimiento en la que se encuentran las mujeres; estas relaciones de género se mantienen y normalizan en todos los ámbitos de la vida, excluyéndolas de la toma de decisiones y del ejercicio de derechos. Es pertinente recalcar que hay mujeres que no comparten las causas feministas y, por el contrario, hay hombres abiertamente feministas. Dentro del feminismo también se diferencian varios tipos, tales como el feminismo liberal, radical, cultural y de la diferencia, de la igualdad, comunitario, interseccional, ecofeminismo, transfeminismo, entre otros, teniendo en cuenta las condiciones históricas y las metas planteadas (Ruz, 2020).

En un mundo donde no ha sido posible para las mujeres la vida libre de violencias, donde su presencia aún no tiene plena visibilidad, donde el ejercicio de derechos sigue siendo un privilegio de minorías,

donde la misoginia se manifiesta cotidianamente, el feminismo es urgente y cuando ese feminismo cuestiona al ordenamiento jurídico y a la norma de normas, en busca de justicia de género, de hermenéutica con enfoque de género, de prácticas judiciales capaces de afectar y mejorar la vida de las mujeres, es que, de manera elemental pero suficiente, se puede comprender su importancia y validez.

En consecuencia, con lo expresado, en este artículo se abordarán los siguientes aspectos: 1) la conceptualización sobre constitucionalismo; 2) las reflexiones teóricas desde el feminismo; 3) los puntos de encuentro y las tensiones entre constitucionalismo y feminismo; 4) una visión crítica de la Carta Política colombiana y su incidencia en la realización de la justicia material para las mujeres y 5) algunas conclusiones y recomendaciones.

Conceptualización sobre constitucionalismo

El constitucionalismo es un movimiento político, jurídico y cultural que nace a finales del siglo XVIII con las declaraciones abstractas de derechos y los primeros textos constitucionales, cuya finalidad es establecer un equilibrio entre el poder y la libertad. Contar con un texto escrito para la organización estatal con limitación de facultades en favor de la libertad individual fue un triunfo del positivismo jurídico que reforzó el apego a la legalidad y a la seguridad jurídica. Los derechos y sus garantías son contenidos imprescindibles en toda Constitución.

Para el constitucionalismo moderno, los Estados se organizan con base en una ley superior, a cuyo imperio debe someterse el ordenamiento en su conjunto. La primera Constitución fue proferida en 1787 en Filadelfia, Estados Unidos, y en ella se utilizaron los términos “ciudadano” y “persona”; sin embargo, la interpretación fue restrictiva, puesto que excluyó de su aplicación a varios sectores sociales; entre ellos, a las

mujeres. Este comportamiento no fue exclusivo de la tradición anglosajona; la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, producto de la Revolución Francesa, excluyó no solo a las mujeres pese a su liderazgo en la lucha anti absolutista, sino también a otros grupos poblacionales. Esta injusticia normativa daría origen a las luchas de las mujeres por sus derechos, es decir, a lo que en la actualidad se denomina “feminismo”.

“Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución” (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789. Artículo 16).

El propósito nuclear del constitucionalismo es la legalidad del poder público, de allí que se hable del constitucionalismo como “un gobierno de leyes, no de hombres; el imperio o soberanía de la ley” (Sáchica, 1997, p. 6). Constitucionalizar el poder político es “[...]darle estructura y forma jurídica, regularizando sus manifestaciones tácticas, y arreglar su funcionamiento a leyes previas y expresas, de modo que se garantice la seguridad jurídica de los gobernados” (Sáchica, 1997, p. 6).

El constitucionalismo contemporáneo vincula el texto constitucional con su aplicación, de donde surge el reclamo de una interpretación material y no formal de la constitución, esto es “desde la concepción como orden objetivo de valores que presenta un contenido sustancial que irradia todo el ordenamiento jurídico” (Barrios, 2014, p. 28). Este nuevo constitucionalismo busca superar su carácter excluyente, incorporando las voces e intereses invisibilizados que en la actualidad son reconocidos como titulares de derechos.

Colombia, a partir de 1991, se ubica en este nuevo constitucionalismo. En efecto, la sentencia T-406 de 1992, al hacer referencia al significado del Estado social de derecho comprometido con la justicia

material, explicó que se trataba de “la pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y la mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos” (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, T-406, 1992); de esta forma, se hizo énfasis en la actividad judicial, en cuanto esta debe procurar la solución del caso concreto mejorando las interrelaciones entre el derecho y la sociedad.

El siglo XXI ha sido testigo del florecimiento del constitucionalismo latinoamericano o decolonial en contravía al constitucionalismo colonial, este propone:

... construir canales por los que puedan fluir dimensiones emergentes y transformadoras, producidas colectivamente, bajo la visión y la consciencia de que somos parte de un todo; la naturaleza. Lo anterior, con una perspectiva de ciudadanía ampliada... Su finalidad es la armonía entre todos los seres en la naturaleza. Un nuevo derecho para una nueva comunidad planetaria biocéntrica, sentipensante, plural, democrática, afirmativa e inclusiva (Balmant y Estupiñán, 2022, p. 8).

De ahí que el lenguaje neutro constitucional enmarca dos sentidos: *i)* el fundacional, base o soporte del restante entramado normativo de una Nación y *ii)* el aspiracional, la mira u objetivo a alcanzar. Por ello transita entre un pasado o historia de los pueblos y el futuro anhelado posiblemente planificado, donde el presente agolpa de evidencias, aprendizajes y lecciones sobre la interpretación de la Carta Política.

No es raro encontrar naciones con pocas enmiendas constitucionales y otras con muchas. Colombia es una de estas últimas, aunque distinguida en los últimos 30 años por la profusión de jurisprudencia,

entre la cual vale la pena destacar la perspectiva de género que mediante algunas subreglas innovó la cultura jurídica, y que difícilmente podrían ser revertidas, sin que el grado de optimización máxima se haya obtenido por la dificultad que encarna distinguir el sesgo discriminatorio por razón del género con que se identifique a la persona. A propósito, una reciente sentencia de la Corte Constitucional, la T-158 del 2023 al resolver la petición de IVE planteado por una joven indígena alteró la historia de precedentes constitucionales construidos sobre la temática; si bien dicho fallo no tiene la capacidad de afectar la sentencia de constitucionalidad C-055 de 2022, sí produjo una grave conmoción simbólica a los derechos de las mujeres, al derecho fundamental a la salud del cual forman parte los derechos sexuales y reproductivos, cuando se puso en duda el carácter de derecho fundamental de la IVE. Las mujeres y sus organizaciones deben mantener un estado de alerta continuo para evitar retrocesos en derechos ya conquistados y consagrados.

La Constitución tristemente está en todas partes y no lo está. Por ello cesa y entra en auge el “constitucionalismo” cuando la incertidumbre arremete queriendo hacer *tabula rasa*, para demostrar que lo permeado no tiene retroceso y que aún en momentos como los de estados de excepción, de guerra (léase, también, conflicto armado), de álgidas migraciones, derechos como el de no discriminación prevalecen.

En el siglo XX parecía que positivizar derechos en una constitución reflejaba avances, sobre todo, frente al respeto de los derechos humanos; sin embargo, la globalización, los algoritmos, las pandemias, el cambio climático, hacen notar la permanente fragilidad de su eficacia, puesto que perdieron fuerza los Estados-nación, la soberanía y el territorio.

La apuesta se cierne entonces ya no respecto de la discrecionalidad del juez y sus límites, sino en las transformaciones sociales viables de alcanzar con el aterrizaje constitucional en diferentes ámbitos o escenarios.

Reflexiones teóricas desde el feminismo

El feminismo es un movimiento teórico cuyo principal planteamiento es la denuncia y oposición a la desigualdad basada en el sexo de las personas.

Desde los planteamientos de Beauvoir (1949/2021), se entendió que la sociedad sigue un canon masculino que implica la ausencia de oportunidades para las mujeres, el cual proviene de una cultura patriarcal que toma al hombre como el estándar o punto de referencia y de donde surge el concepto de “lo otro”.

Otras autoras destacan el feminismo como una teoría política que permite la comprensión de las razones de la opresión de las mujeres, generando un nuevo enfoque para la interpretación de la realidad; en ese sentido, el feminismo es una epistemología para el conocimiento del mundo. Al decir de Jaramillo (2000) se da el nombre de feminismo “al conjunto de personas, acciones y teorías que comparten la idea de que la sociedad es desigual en cuanto existe supremacía de lo masculino” (p. 33).

El feminismo se reconoce como una teoría sociocrítica que busca:

Comprometer a todas las mujeres y a todos los hombres en el análisis crítico de sus respectivas situaciones de interacción social, con miras a fortalecer los procesos emancipatorios de la mujer, y coadyuvar en la construcción de nuevas relaciones sociales, políticas y afectivas más igualitarias entre hombres y mujeres, es decir, sin la patriarcal subordinación del sexo femenino frente al sexo masculino (Goyes, 2012, p. 14).

El feminismo no es único ni absoluto, tampoco se asume infalible ni terminado, es una construcción permanente que se nutre de la experiencia de vida de las mujeres y de la población diversa. Por lo mismo, los problemas de género no son elucubraciones abstractas ni meramente teóricas, se trata de transformar las vivencias en teoría que afecte la práctica, a partir de una visión crítica.

De esto resulta crucial que el feminismo plantee “lo personal como político”, afectando la clásica diferencia entre lo público y lo privado, develando que dicha diferenciación ubica los derechos en la esfera pública y deja el ámbito privado desprotegido de derechos, y sujeto al arbitrio del jefe de hogar. En este contexto, es que debe entenderse aquello de la privacidad de la vida familiar, cerrar las puertas del hogar para que no penetre el Estado ni el ordenamiento jurídico. Según estos teóricos patriarcales lo que no es personal, es público y solo lo que es público es político, lo que afecta el carácter democrático de lo público. El feminismo, por el contrario, plantea que lo personal es político, lo que significa “que la experiencia vivencial de la mujer se ha desarrollado dentro de una esfera personal; en consecuencia, si se pretende el conocimiento de la política de la situación femenina, hay que conocer la vida personal de las mujeres” (Goyes, 2012, p. 15).

El feminismo no es un movimiento nuevo. Las primeras manifestaciones datan del siglo XVIII como reacción a las flagrantes omisiones de las mujeres en las conocidas Declaraciones de 1776 y 1789. Publicaciones como el texto titulado *Sobre la admisión de las mujeres en la ciudadanía* por Condorcet en 1790 en el que hizo explícita su preocupación sobre la exclusión de las mujeres de la ciudadanía profundizando sobre el estatus de la mujer (Ruiz, 2010); el de Olympe de Gouges, en 1791, como respuesta a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del

Ciudadano dando lugar a la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana, en cuyo artículo primero se expresó que: “La mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden estar fundadas en la utilidad común” (Gouges, 1791, art. 1). En 1792, Mary Wollstonecraft, autora del libro *Vindicación de los derechos de la mujer*, puso en entredicho el carácter democrático y el concepto de igualdad que sustentan dichos documentos. Estos textos deben ser incluidos en el estudio de la teoría constitucional, teniendo presente el futuro del constitucionalismo feminista (Garay, 2014).

En los años siguientes aparecieron numerosas obras y oleadas de diversas reclamaciones como la del sufragio femenino, la educación para las mujeres, el análisis del patriarcado o la situación de las mujeres en países donde no se les reconocen sus derechos fundamentales, la participación en la vida política, los derechos sexuales y reproductivos y la forma de enfrentar los diversos tipos de violencia basados en género, los avances en autonomía económica y la valoración social y económica de las actividades de cuidado.

Dentro del feminismo también se diferencian varias corrientes como ya se planteó (v. gr. <https://www.cnnchile.com/8m/15-corrientes-feminismo-interseccional>); sin embargo, entre ellas existen dos puntos de consenso, el primero es que el género, en interacción con muchas otras categorías como raza, etnia, clase, edad y preferencia sexual, permite una aproximación a la complejidad de la vida social y, segundo, que sin la acción feminista no es posible hacer cambios en dicha realidad social. De allí, que todas las corrientes feministas confluyan en la reclamación de una sociedad igualitaria fundamentada en el respeto a los derechos humanos y en la autonomía inclusiva, donde todas las voces

sean escuchadas y tengan igual valor, poniendo en marcha sus respectivas agendas reivindicatorias.

Otro aspecto central del feminismo, y sin duda el de mayor relevancia en este evento, son las relaciones con el derecho, ya sea que se entienda como una herramienta para mejorar la condición de vida de las mujeres por convicción en sus posibilidades o haciendo un uso estratégico del mismo, a sabiendas de sus limitaciones. Tampoco se puede desconocer que hay feminismos que critican al Derecho como una construcción masculina (Mackinnon, 2000), centrando su censura tanto en las instituciones como en la teoría jurídica (Jaramillo, 2000). De igual manera, se registra un auge de los estudios feministas, en las teorías jurídicas y en los métodos. El feminismo, dice Fiss (1995):

No pertenece exclusivamente al campo del derecho. Sin embargo, el derecho ha figurado de manera prominente en la lucha por la igualdad de las mujeres, tanto como un ámbito a ser reformado, cuanto como un instrumento para la reforma. El resultado es que el feminismo se ha convertido en una preocupación especial para los abogados (pp. 211-212).

Desafortunadamente en los centros de educación superior en Colombia no le otorgan la debida atención al feminismo, sus reivindicaciones y empoderamiento, a pesar de que las mayorías estudiantiles están conformadas por mujeres.

La epistemología feminista propone nuevas formas de conocimiento, apartándose del sujeto abstracto y universal, para en su lugar admitir la diversidad de sujetos, con intereses propios, con historias particulares, que se relacionan y construyen desde otras visiones conocimientos y saberes. De allí que no se acepte la supuesta neutralidad cognitiva, lo que permite entender que el derecho tradicionalmente “ha

privilegiado las experiencias y la visión del mundo de un sujeto concreto: un hombre, blanco, heterosexual, occidental, del norte global, dueño de los medios de producción, con un dios que también es universal, masculino y único” (Pabón y Aguirre, 2022, pp. 118-119).

Encuentros y tensiones entre constitucionalismo y feminismo

Con las anteriores reflexiones la relación entre constitucionalismo y feminismo es inquietante. En primer lugar, se debe precisar que no hay posiciones unánimes frente a su confluencia, mientras desde algunas visiones se viabiliza, desde otras se niega. No obstante, la tendencia mayoritaria las encuentra compatibles. Dicha confluencia no significa ausencia de tensiones, ni tampoco la negación de puntos de conexión; por ejemplo, la racionalización del poder político y la abolición de las jerarquías entre sexos, temas nucleares, hoy avanzan juntos, aunque no siempre fue así (Dolabjian, 2021).

En efecto, estudios sobre el tema demuestran que estos conceptos son hijos de la Ilustración, aunque con diversas convergencias y contradicciones. Así, en un primer momento (siglos XVIII-XIX), se construyeron los conceptos iniciales del constitucionalismo: democracia, soberanía popular, sufragio universal, derechos, con carácter universal, aunque en la realidad se haya desconocido e invisibilizado la existencia de las mujeres. Un segundo momento (siglo XX) en el que se reconoce la igualdad formal de todos los hombres ante la ley, incluyendo tácitamente a las mujeres, sin desarrollar una igualdad real y un tercer momento (finales del siglo XX, comienzos del XXI) en el que la meta es alcanzar la igualdad material entre hombres, mujeres y población diversa, estableciendo acciones positivas para superar las desigualdades estructurales y reconociendo derechos específicos.

Desde una perspectiva histórica, Garay (2013) reitera que este Constitucionalismo Feminista “estudia cómo el patriarcado ha coexistido y coexiste con todos los sistemas económicos (esclavismo, feudalismo y capitalismo) determinando la distribución del poder y las contradicciones de la igualdad formal” (p. 91). Para esta autora, la igualdad es el eje central del Estado constitucional.

Para otra visión, el constitucionalismo feminista hace relación al “empleo de los poderes y disposiciones constitucionales para mejorar las condiciones de las mujeres” (Ishwara, 2001, como se citó en Velásquez, 2019, p. 28); por lo mismo, conlleva la preocupación por la forma en que el Derecho Constitucional “refleja la posición de los varones y las mujeres y el interés por la manera en que se puede incorporar una adecuada perspectiva de género” (Dolabjian, 21, p. 1).

En consonancia con lo afirmado, una primera preocupación gira en torno a esclarecer quiénes elaboran la Constitución, si existió una representación medianamente equitativa entre mujeres y varones, sectores y clases, para asegurar la diversidad en la representación y la igualdad en la discusión y aprobación, es decir, el poder constituyente. El segundo interrogante gira en torno a cómo debe desarrollarse el Derecho Constitucional feminista o con perspectiva de género, lo cual implica asumir aspectos concretos relacionados con decisiones parlamentarias, ejecutivas y jurisdiccionales (Velásquez, 2019), aspecto en el cual recobra importancia lo relacionado con el lenguaje constitucional. La tercera pregunta hace referencia al contenido del Derecho Constitucional feminista que, sin duda, debe abarcar los derechos fundamentales de las mujeres, la población diversa y demás sectores excluidos. Todo con independencia de cómo se dieron esos momentos en los diferentes países, e inclusive sin consideración a que se hubiesen presentado o no.

En Colombia hay quienes —basándose en la mínima presencia de mujeres en la Asamblea Nacional Constituyente, la definición patriarcal de la familia y los escasos artículos en que se hace referencia específica a las mujeres— niegan la existencia de tales momentos constitucionales. Otros sectores, por el contrario, reconocen avances muy importantes en la Carta Constitucional de 1991 en materia de igualdad y no discriminación (Constitución Política de Colombia [CP], 1991, arts. 13 y 43) derechos políticos (CP, 1991, art. 40), derechos y obligaciones iguales al interior de las familias (CP, 1991, art. 42), protección especial para la mujeres en maternidad (CP, 1991, art. 43 y 53), igualdad de oportunidades en el trabajo (CP, 1991, art. 53) como articulado explícito, además de toda la carta de derechos, y el bloque de constitucionalidad que vinculó convenciones internacionales como CEDAW, convenios OIT sobre igualdad en el trabajo, entre otros; se suma a lo anterior que en estos 32 años de existencia la Corte Constitucional ha proferido numerosas sentencias tendientes a resolver problemas de mujeres y población diversa desde una perspectiva de género.

Lo expresado hasta aquí demuestra las complejas relaciones entre Constitucionalismo y Feminismo, identificando encuentros en torno a:

- La defensa y compromiso con la vigencia de los Derechos Humanos, los cuales justifican la existencia del constitucionalismo y son el corazón mismo del feminismo.
- El entendimiento de la igualdad y no discriminación y la libertad como las columnas de la organización social y la constitución de las autoridades públicas.
- La defensa de la democracia y la racionalización del poder, puesto que uno y otro consideran que la concentración de la capacidad decisoria en una institución o persona se opone a

la participación, al diálogo y a la búsqueda racional de consensos, lo mismo que al respeto por los disensos.

- La separación de las ramas del poder público para garantizar el funcionamiento de los pesos y contrapesos y priorizar el debate abierto de las ideas.

Así mismo, se debe reconocer, por ahora, esquemáticamente, la existencia de tensiones en aspectos como los que se pueden apreciar en la siguiente tabla 1:

Tabla 1

La neutralidad de las normas (Juan A. García Amado)	El carácter sexista del derecho (Smart, 2000)
Categorías binarias, cisgénero (hombre/mujer)	Orientaciones sexuales e identidades de género diversas
La meritocracia llana	Reclamo de acciones positivas: paridad
Papel legitimador del Estado	Teorías críticas de la sospecha
Justicia neutral, imparcial y objetiva	Justicia de género contra estereotipos

Corresponde ahora, detenerse en los temas de justicia de género en cuanto busca que su administración se realice en condiciones de igualdad y no discriminación. Desde los organismos internacionales CEDAW y CIDH se ha insistido en garantizar el acceso a la justicia y la igualdad de género, como un postulado central del Estado Democrático de derecho (CEDAW, 2015; Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2011).

La crítica feminista a los postulados formalistas de la neutralidad y objetividad en el derecho ha revelado cómo estos promueven y refuerzan patrones de discriminación de género. Por lo tanto, se ha propuesto

integrar un “razonamiento práctico feminista” en la adjudicación judicial (Beltrán y Puga, 2023).

Para el caso de Colombia se cuenta con el Acuerdo No. PSAA08-4552 de 2008, del Consejo Superior de la Judicatura, el que en el marco de los compromisos internacionales, convencionales y constitucionales determinó establecer la obligatoriedad de aplicar la equidad de género en la Rama Judicial y creó también la Comisión Nacional de Género. Dicha Comisión precisó que “la justicia puede reconocer derechos pero también confirmar patrones de desigualdad y discriminación con los cuales y de manera histórica las más afectadas son las mujeres” (Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial [CNGRJ], 2011, como se citó en Gonzáles, 2021, p. 18). En este sentido, el poder judicial tiene un rol importante dentro del Estado para resolver conflictos, reparar la injusticia social y avanzar en la construcción de una sociedad más igualitaria a través de sus decisiones (Beltrán y Puga, 2023).

Justicia de género en la jurisprudencia de las Altas Cortes

La Corte Constitucional ha liderado la aplicación de la perspectiva de género al resolver acciones de tutela y acciones constitucionales en asuntos de diversa naturaleza en los cuales se encuentran involucrados los derechos de las mujeres y de la población diversa. En 2022 la relatoría de este organismo publicó en su página web un listado de 174 sentencias representativas de lo que ha sido la hermenéutica de esta corporación en sus 32 años de existencia. Estas sentencias se clasificaron en torno a 10 categorías, así: igualdad y no discriminación, vida libre de violencia, al trabajo y seguridad social, sexuales y reproductivos, salud, educación, familia y desarrollo integral de la misma, civiles y políticos, participación en la vida política y pública, acceso a la justicia de las mujeres víctimas

del conflicto armado (entre ellas, víctimas de desplazamiento forzado y violencia sexual).

De dicho listado es posible establecer que entre 2021 y 2023 se emitieron alrededor de 42 sentencias relacionadas con la vulneración al derecho a la igualdad y no discriminación, que a su vez, se entrecruzan con violaciones a algunas de las otras categorías. Estas decisiones destacan complejidades propias de la posmodernidad como el uso masivo de las comunicaciones vía internet, los movimientos interfronterizos, la fertilización *in vitro*, los procesos de pacificación, la inmersión de las mujeres en centros educativos e institucionales, el desempeño de oficios y profesiones en ejercicio de su libre desarrollo de la personalidad junto a la revitalización de los saberes ancestrales.

Dicho muestreo preocupa, en tanto, la creatividad para discriminar y perpetuar violencias de género, lejos de disminuir se diversifica como la vida misma. Por lo que resulta urgente su difusión a nivel de la academia, la administración de justicia, las instituciones que trazan políticas públicas, pero sobre todo entre los colectivos de activistas con miras a generar conciencia y empoderamiento. El rol de víctimas de la desigualdad es real y la justicia que en algunas ocasiones llega aunque con varios años de retraso, convierte en élite protegida constitucionalmente a aquellas que se atreven a acceder al aparato judicial, pese a la complicidad de muchos servidores que conciben el feminismo constitucional como un ruido que se aparta de la neutralidad normativa.

A continuación la tabla 2 basada en el documento comentado, donde se encuentran las sentencias proferidas entre 2021 y 2023 relacionadas con la vulneración al derecho de las mujeres y población diversa, a la igualdad, no discriminación y sus interseccionalidades.

Tabla 2

Igualdad y no discriminación	Tema	Infractor	Tolerancia	Vida libre de violencia	Tra- bajo y SS	Sexuales y repro- ductivos	Sa- lud	Fami- lia	Civiles y políticos	Acceso justicia
T-064-2023	Violencia digital, institucional por desprotección Fiscalía	Excompañero pmte.	Juez, Fiscalía	X				X		
T-028-2023	Cuidado y custodia personal, violencia intrafamiliar	Familia paterna	Juez, Fiscalía	X						
T-452-2022	Escrache, periodismo feminista, libertad expresión y prensa, honra, violencia judicial	Director cine, feministas	Justicia penal	X						
T-425-2022	Estabilidad laboral reforzada	Trabajador en situación de discapacidad	Empresa		X					
T-400-2022	Violencia sexual en trámite disciplinario	Subgerente admin. y financiero	Procura-duría, Jueces	X	X					
T-378-2022	Inscripción en RUV conflicto armado	UARIV		X						X
T-357-2022	Salud y autodeterminación reproductiva, técnicas de reproducción asistida, ruptura relación con pareja, implantación embrión	Clínica, ex pareja				X	X			

Igualdad y no discriminación	Tema	Infractor	Tolerancia	Vida libre de violencia	Tra- bajo y SS	Sexuales y repro- ductivos	Sa- lud	Fami- lia	Civiles y políticos	Acceso justicia
SU-349-2022	Exoneración cuota alimentaria	juez, ex pareja	Consejo Superior Judicatura	X						
T-310-2022	Mujeres transgénero y cisgénero prostitutas, derecho manifestación pública	Autoridades, comerciantes, Sociedad civil		X						
T-296-2022	Salud migrantes irregulares gestantes	Hospital, Unidad Admin. de Salud	Estado venezolano, ICBF				X			
T-280-2022	Intimidad e imagen, violencia digital, videos no consentidos	Escuela	Autoridades locales	X						
T-225-2022	Violencia sexual niñas	Juez y progenitor		X						
C-222-2022	Pruebas vida sexual en delito libertad y formación sexuales	Exequibilidad condicionada a interés público y consentimiento víctima		X						
T-198-2022	Acoso Laboral y perspectiva de género en admón. justicia	Instituto Nacional para Sordos, Juez admín.		X						
T-174-2022	Valoración pruebas víctima violencia intrafamiliar	Juez		X						

Igualdad y no discriminación	Tema	Infractor	Tolerancia	Vida libre de violencia	Tra- bajo y SS	Sexuales y repro- ductivos	Sa- lud	Fami- lia	Civiles y políticos	Acceso justicia
C-154-2022	Definición hermano (palabra uterinos)	Inexequible								
T-128-2022	Parteras sin prioriza- ción vacuna COVID19	Min Salud y Protec- ción Social			X		X			
C-111-2022	Nulidad matrimonio o divorcio. Perjuicios cónyuge culpable	Exequibilidad Núm. 5 y 6 Art. 389 CGP							X	
T-061-2022	Buen nombre honra Universidad	Universidad	MEN	X						
C-055-2022	Aborto	Exequible	Congreso			X	X			
SU-048-2022	Violencia obstétrica	Hospital, Juez		X		X				
T-033-2022	Identidad género no bi- nario y corrección por 2 vez en registro civil	Registraduría Nacio- nal del Estado civil							X	
T-026-2022	Contabilización caduci- dad reparación directa	Centro hospitalario, jueces		X						
T-022-2022	Estabilidad laboral re- forzada mujer gestante o lactante	Institución educativa			X			X		
SU-020-2022	ECI por bajo nivel garantías de seguridad población en tránsito a vida civil FARC/EP	Unidad Nacional de Protección		X					X	X

Igualdad y no discriminación	Tema	Infractor	Tolerancia	Vida libre de violencia	Tra- bajo y SS	Sexuales y repro- ductivos	Sa- lud	Fami- lia	Civiles y políticos	Acceso justicia
T-016-2022	Violencia intrafamiliar	Jueces	EJRLB	X						
SU-040-2021	Pensión vejez mujeres transgénero	Colpensiones	Congreso		X					
T-462-2021	Divorcio y alimentos mujeres 3a edad amas de casa	Colpensiones	Congreso		X					
T-426-2021	Universidad y sensibilización discriminación femenina	Veeduría disciplinaria		X						
T-410-2021	Vida digna, decisiones autónomas en materia sexual y reproductiva, implantación dispositivo de planificación mujer con discapacidad cognitiva en embarazo	Clínica		X		X				
T-401-2021	Reconocimiento pensión sobrevivientes, adicta habitante de calle	Colpensiones		X	X					
T-457-2021	Responsabilidad médica durante post parte por cesárea	Entidad hospitalaria, jueces		X		X				

Igualdad y no discriminación	Tema	Infractor	Tolerancia	Vida libre de violencia	Trabajo y SS	Sexuales y reproductivos	Salud	Familia	Civiles y políticos	Acceso justicia
T-356-2021	Libre expresión en redes sociales de organizaciones feministas	Jueces		X						
T-236-2021	Investigación del delito trata de personas	Fiscalía	Min Defensa, Consejería Presidencial DH y Equidad de la Mujer	X	X					
T-231-2021	Derecho a diagnóstico reasignación sexo y afirmación género	EPS				X				
T-212-2021	Mujeres futbolistas buen nombre	Club Deportivo	Dimayor, Federación Colombiana de Fútbol, Min Deporte, Educación, Consejería, Congreso							
SU-201-2021	Admón. justicia y género en simulación para recuperar bienes sociedad conyugal	Cónyuge-C.S.J. Sala Civil		X						

Igualdad y no discriminación	Tema	Infractor	Tolerancia	Vida libre de violencia	Trabajo y SS	Sexuales y reproductivos	Salud	Familia	Civiles y políticos	Acceso justicia
T-140-2021	Periodista denuncia violencia sexual por compañero de trabajo	Empleador	Gobierno y Congreso	X	X					
C-117-2021	Causales divorcio alimentos cónyuge culpable	Exequible un. 4 art. 411 CC entendido si hay violencia intrafamiliar.			X					
T-109-2021	Modelo webcam estabilidad laboral reforzada por embarazo	Contratante	Congreso, Min Trabajo		X					
T-068-2021	Mujeres lesbianas recri-minadas por manifestaciones de afecto	Centro comercial, empresa de seguridad								

Este compromiso con la justicia de género no es exclusivo de la Corte Constitucional, cada vez más las otras cortes profieren fallos en coherencia con sus propias directrices. A nivel de Corte Suprema de Justicia, vale destacar de las últimas sentencias la SP124-2023 de la Sala de Casación Penal, en la cual se juzga al superior jerárquico de dos trabajadoras denunciantes como autor del delito de acoso sexual por la reiteración de actos prevalidos de su superioridad y un entorno laboral pasivo e indiferente a la violencia de género (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP124, 2023). La sentencia da la real trascendencia a “comportamientos grotescos” y “tratos descomedidos” con que eufemísticamente se tergiversa la lesión a la integridad sexual de las personas, sin minimizar, ni descontextualizar ninguna de las afectaciones padecidas por las féminas, atemorizadas y revictimizadas en el contexto judicial por el asedio reiterado con fines sexuales (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP124, 2023). Para la Corte:

Declarar que las trabajadoras deben aceptar los cortejos lascivos, libidinosos e insinuantes de sus jefes en el marco de relaciones de poder en donde se encuentran bajo condición de subordinación, es un estereotipo dominante que agudiza la violencia de género, dado que le impone a ella, en su condición de mujer, una conducta referida a que en lugar de oponerse o incomodarse, se sienta halagada (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP124, 2023, p. 45).

Tal llamado a no cosificar a la mujer, ni normalizarlo y menos tolerarlo en escenarios judiciales, resulta ser un deber que aún no se ha aprehendido y cuya infracción desestabiliza, atemoriza y paraliza a la víctima.

De otra parte y como una de las fuentes de estudio sobre justicia de género, se analizan los resultados del concurso que promueve la Co-

misión Nacional de Género para seleccionar aquellas decisiones sobresalientes con perspectiva de género:

Para el año 2017 las decisiones en el Área Penal fueron las que llamaron la atención del jurado evaluador, las dos relacionadas con la vulneración de derechos sexuales y reproductivos de menores de edad: 1) sentencia 2016-0007 del 18-12-2017 que comprometió la integridad sexual de una menor de 10 años y 2) sentencia 2013-00033 del 6-10-2017 relativa al delito de acceso carnal violento en concurso con acoso sexual perpetrado en contexto religioso mediando autoridad eclesial.

En el año 2019 se hizo énfasis en un caso de Restitución de Tierras donde se apreció la necesidad de proteger los derechos de la demandante a la restitución jurídica y material de la tierra, otorgándole reparación integral (Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Villavicencio, Sentencia 2017-0010, 2019).

En la especialidad de Familia se destaca la sentencia No. 2018-00110 del 12 de diciembre de 2018, que estudió la no aplicación de la medida de restitución internacional de una niña, con fundamento en los artículos 42 y 43 de la Carta Política, buscando erradicar la violencia contra las mujeres y preservando el principio de igualdad y no discriminación, con miras a superar los estereotipos de dominación (Tribunal Superior de Buga, Sala Quinta de Decisión Civil-Familia, Sentencia 2018-00110, 2018). Un aspecto digno de destacar es que con base en la sentencia T-967 de 2014 se introdujo la perspectiva de género en la valoración de la prueba: “Aprendiendo a manejar las categorías sospechosas al momento de repartir el concepto de carga probatoria, como sería cuando se está frente a mujeres [...] estándar probatorio que no debe ser igual, ameritando

en muchos casos la facultad-deber del juez para aplicar la ordenación de prueba de manera oficiosa (Corte Constitucional, Sala Plena, T-967, 2014).

Destacó que una mujer víctima de violencia:

No está en igualdad de armas, especialmente probatorias con su contendor, no puede revictimizarla dejando de lado la tarea de hacer una flexible, celosa y ardua valoración probatoria como remedio para equilibrar las cargas porque ello sería contribuir con la alta impunidad que ha imperado durante años en estos casos debido a sus particularidades, a la par que, hacerle gala a ese abominable flagelo que indudablemente les genera a ellas un estancamiento de su desarrollo (Tribunal Superior de Buga, Sala Quinta de Decisión Civil-Familia, Rad. 2018-00110, 2018).

Ubicó la situación en las subcategorías de “violencia doméstica” y “mujeres migrantes, refugiadas y desplazadas internas”. Así como destacó el impacto que los ultrajes a la madre causan a la menor, por la exposición al peligro psíquico intolerable, apoyada en decisión de CSJ sentencia STC9528-2017.

En el año 2020, en la Jurisdicción Contencioso Administrativa por vía de reparación directa se condenó a un municipio por la omisión de la Comisaría de Familia en tramitar las denuncias de maltrato intrafamiliar que ocasionó la muerte a una mujer, derivando perjuicios a sus familiares. Ante la imposibilidad de “garantizar la *restitutio in integrum* del daño” por la muerte de la víctima decretó además de las medidas pecuniarias otras no pecuniarias, como ofrecer excusas en ceremonia pública, colocación de placa en lugar visible para recordar lo ocurrido y “capacitación pedagógica a sus funcionarios sobre procedimientos institucionales para detección, recepción, atención, activación de ruta institucional y seguimiento de casos de violencia intrafamiliar” (Juzga-

do Primero Administrativo Oral de Pamplona, Sentencia 2015-0226, 2019, p. 29).

En la especialidad Penal castigó el delito de lesiones personales fruto del suicidio de una mujer víctima de depresión, ansiedad y estrés postraumático a causa del maltrato psicológico infringido por un profesional vinculado a una institución pública siendo aquella su expareja. Incrementó la pena de prisión teniendo en cuenta el enfoque de género, privó al condenado de la patria potestad sobre su hijo y le negó prisión domiciliaria (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, Sentencia 2015-02458, 2020).

Hacia el año 2021, en el marco de un proceso de acoso laboral se develó el acoso por conductas contra la intimidad personal, cometidas por el jefe directo y permitidas por la empresa empleadora. Con ello se ordenó el reintegro al cargo con el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social y multa a favor de la Rama Judicial (Juzgado Treinta y seis Laboral del Circuito de Bogotá, Sentencia 2020-320, 2021).

En la jurisdicción contenciosa se condenó a la Fiscalía General de la Nación por omitir protección a “una mujer de origen rural, amenazada por su excompañero permanente y padre de sus hijos, porque tenía otra pareja y reclamaba [sus] derechos sobre un bien raíz, del que la desplazó con amenazas” (Tribunal Administrativo del Cauca, Sentencia 2014-0100-01, 2021). Las lesiones de la mujer derivaron el pago de perjuicios morales y daños a la salud a la víctima y su familia ordenando además, la realización de un acto privado para presentar excusas a ella y su núcleo familiar por la omisión de tal deber. Así como la garantía de no repetición y disponer medidas de capacitación a los servidores públicos de la entidad.

Para el 2022 la selección recayó en sentencia del 20 de enero de 2022 de la Sala Laboral, alusiva a un despido ilegal e injusto por omisión del trámite disciplinario, con ocasión de comportamientos indecorosos que el trabajador y dos compañeros tuvieron con otra empleada en estado de indefensión, en el marco de la clausura de un evento deportivo en ambiente festivo, con ingesta de licor, baile y escauceos eróticos, presentado como ambiente de alegría y consentido por adultos. Sin minimizar la conducta del trabajador, destacó la poca frecuencia en materia laboral para abordar la perspectiva de género, que obligó a superar el estereotipo de la presencia femenina como provocadora, coqueta o arribista frente a hombres mayores y jerárquicamente superiores en la estructura de la empresa, develando como grave la conducta endilgada al trabajador para terminarle el contrato por vía de la causal de no guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus compañeros (Vera, 2023). Recordó los precedentes de Corte del 17 de mayo de 2021 (Rad. 15744 y 30639 de 2015) que juzgaron el enrarecimiento del ambiente laboral con conductas aún fuera del lugar de trabajo (Vera, 2023). Así mismo, invocó la causal de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina del trabajador, aun ocurriendo en el ámbito ajeno al espacio físico de labores, por la prolongación del entorno y poder subordinante de la empresa. Rememoró la decisión de Corte 55.122 de 2018 sobre acoso sexual como causal de despido que comprendió actos dentro de las instalaciones de la empresa y por fuera (Vera, 2023). Así absolvió a la entidad bancaria de toda pretensión indemnizatoria por despido injusto que anhelaba el trabajador victimario.

En el mismo año en la jurisdicción contenciosa (sentencia del 30 de junio de 2022. Rad.004 2019-00131) se declaró administrativa y patrimonialmente responsable a una entidad de salud por la muerte de un bebé por falla en la prestación del servicio gineco obstétrico y asisten-

cial, imponiendo condena por perjuicios morales a favor de sus padres, abuela y hermanas y el cumplimiento de medidas de justicia restaurativa como la publicación de la sentencia en la página web, socializarla con los prestadores de salud, reconocimiento de las fallas en que incurrieron y las medidas que garanticen no repetición y remisión a la Alta Consejería de Equidad de Género y al Observatorio de política de igualdad y no discriminación con enfoque diferencial y de género.

Las sentencias antes mencionadas, evidencian por una parte, que el enfoque de género permea los diferentes niveles y áreas jurisdiccionales, pues ya el lente visor es laboral, administrativo y no solo penal o de familia comprometiendo otro tipo de dinámicas; y, por otra, que se continúan resaltando ambientes de tragedia personal y familiar con pérdidas de vida o lesiones en su integridad. Si bien el concurso, se convierte en un estímulo para la aplicación del enfoque de género, es una prueba irrefutable que esta perspectiva está lejos de ser transversal y naturalizada.

Conclusiones

Todo este panorama, sin duda, permite concluir que una constitución pensada por y para mujeres resulta una osadía, y a veces innecesaria, en tanto la perspectiva de género transita diversos escenarios aún sin necesidad de la anhelada positivización.

Es necesario superar la enseñanza colonial del derecho constitucional para permitir el ingreso a la academia de otras miradas, críticas, decoloniales, comunitarias, latinoamericanas.

Comprometerse con una enseñanza del derecho constitucional con perspectiva de género, teniendo en cuenta que su contenido está estrechamente relacionado con la igualdad y no discriminación, y que

puede contribuir a la vida más pacífica y armónica entre mujeres, hombres y población diversa.

Profundizar en la hermenéutica judicial con enfoque de género a fin de que en la administración de justicia, cada sentencia tenga en cuenta el compromiso con la justicia material, casi como un presupuesto procesal, de aquellos que lucen en el formato de las providencias.

Incluir el feminismo jurídico como parte fundamental de la formación de las y los profesionales del derecho para hacer realidad la sostenibilidad de la vida.

Recordar que ningún constitucionalismo puede suplantar la importancia de las movilizaciones sociales por los derechos, ni el papel formativo y de liderazgo de las organizaciones de mujeres y población diversa, menos aún, en un mundo fluido y cambiante como el actual.

A la academia, en general, y a la academia feminista, en particular, les compete estar en conexión permanente con la realidad de la vida de las mujeres, con sus alegrías y angustias, con sus conquistas y esperanzas frustradas, con las experiencias pacíficas y violentas que marcan su cotidianidad, para desde allí reflexionar de manera lúcida y comprometida.

Es necesario reivindicar la justicia de género como una herramienta efectiva para luchar contra los tratos desiguales y discriminatorios en los diferentes espacios de la vida.

Referencias

Asamblea Nacional Constituyente Francesa. (1789). Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

- Balmant, L. y Estupiñán, L. (2022). Prólogo. En L. Balmant y L. Estupiñán (Coords.). *Constitucionalismo en clave descolonial* (pp. 15-18). Universidad Libre.
- Barrios, B. (2014). La tutela del derecho a la igualdad en el constitucionalismo contemporáneo. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (21), 17-29. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33158.pdf>
- Beauvoir, S. (2021). El segundo sexo. (J. García, Trad. 15a ed.). DEBOLSILLO. (Trabajo original publicado en 1949).
- Beltrán, A. (2024). Justicia con perspectiva de género: las nociones de igualdad de la Corte Constitucional de Colombia. Próxima publicación en M. Ciesielski, S. Peters y N. Castro (Eds.). *Un panorama de desigualdades sociales y derecho. aprendizajes recientes de estudios socio-jurídicos en américa latina*. Editorial de la Universidad del Externado de Colombia.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2011). Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación. <https://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/estandares%20juridicos.pdf>
- Constitución Política de Colombia [CP]. (1991). http://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [CEDAW]. (2015). CEDAW/C/GC/33. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>

- Corte Constitucional, Sala Plena. (2014, 15 de diciembre). Sentencia T-967 [M. P.: Ortiz, G.].
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (1992, 5 de junio). Sentencia T-406 [M. P.: Angarita, C.].
- Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2023, 29 de marzo). Sentencia SP124 [M. P.: Chaverra, G.].
- Dolabjian, D. (2021). Constitucionalismo y feminismo. *Revista Digital De La AADC*, (8), 1-22. <https://aadconst.org.ar/revistadigital/revista/se-8/>
- Ferrajoli, L. (2008). *Constitucionalismo más allá del Estado*. Trotta.
- Fiss, O. (1995). ¿Qué es el feminismo? *THEMIS: Revista de Derecho*, (32), 211-220. <https://www.law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/queeselfeminismo.pdf>
- Garay, N. (2013). Las Declaraciones de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana de 1791 y de Independencia de Haití de 1804 en el proceso de positivización de los derechos fundamentales. Aportes desde el constitucionalismo feminista. *Letras Jurídicas*, (28), 87-107. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4659298>
- Garay, N. (2014). Constitucionalismo feminista: evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo oficial. En J. G. Cotino Ferrer (Dir.). *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico: Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino* (pp. 265-280). Corts Valencianes. https://feministasconstitucional.org/wp-content/uploads/2016/07/00_Igualdad_y_democracia_llibre_homenatge_JS-1.pdf
- González, M. (2021). *Análisis de la Aplicación de la Perspectiva de Género en Decisiones Emitidas por el Consejo de Estado en Asuntos de*

Reparación Directa [Tesis de Maestría, Universidad Santo Tomás]. USTA. <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/34170>

Gouges, O. (1791). Declaración Universal de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana. <https://www.marxists.org/espanol/tematica/mujer/autores/gouges/1791/001.htm>

Goyes, I. (2012). *Mujer, maternidad y trabajo en Colombia*. Universidad de Nariño.

Jaramillo, I. (2000). La crítica feminista al derecho. En R. West (Ed.). *Género y teoría del derecho* (pp. 25-28). Siglo del Hombre Editores.

Juzgado Primero Administrativo Oral de Pamplona. (2019, 30 de agosto). Sentencia 2015-0226 [Juez: Rozo, M.].

Juzgado Segundo Civil Del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Villavicencio. (2019, 28 de junio). Sentencia 2017-0010 [Juez: Sánchez, C.].

Juzgado Treinta y seis Laboral del Circuito de Bogotá. (2021, 30 de abril) Sentencia 2020-320 [Juez: Mojica, A.].

Mackinnon, C. (2000). *Hacia una teoría feminista del Estado*. Cátedra.

Pabón, A. y Aguirre, J. (2022). Hacia la descolonización de la enseñanza del derecho constitucional. En L. Balmant y L. Estupiñán (Coords.). *Constitucionalismo en clave descolonial* (pp. 113-136). Universidad Libre.

Ruiz, R. (2010). La evolución histórica de la igualdad entre mujeres y hombres en México. En C. Mosqueda y V. Martínez (Coords.). *Derechos Humanos: Temas y problemas* (pp. 69-136). Universidad Nacional Autónoma de México.

- Ruz, A. (2020, 22 de febrero). Interseccional, liberal o radical: 15 corrientes del feminismo que quizás no conocías. *CNN Chile*. https://www.cnnchile.com/8m/15-corrientes-feminismo-interseccional-liberal-radical_20200222/
- Sáchica, L. (1997). *Derecho Constitucional General* (3a ed.). Temis.
- Tribunal Administrativo del Cauca. (2021, 3 de junio) Sentencia 2014-0100-01 [M. P.: Buitrago, C.].
- Tribunal Superior de Buga, Sala Quinta de Decisión Civil-Familia. (2018, 12 de diciembre). Rad. 2018-00110 [M. P.: Talero, B.].
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal. (2020, 6 de mayo). Sentencia 2015-02458 [M. P.: Urbano, J.].
- Velásquez, O. (2019). El feminismo constitucionalista en construcción. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 4(11), 25-48. https://www.academia.edu/44790849/El_Feminismo_Constitucionalista_en_Construccion
- Vera, R. (2023). Editorial: Un tributo a la mujer desde la justicia y la literatura. *Berbiquí: revista del colegio de jueces y fiscales de Antioquia*, (73), 3-4. https://www.juecesyfiscales.org/images/stories/berbiqui/BERBIQUI_REVISTA_73.pdf

Conclusiones generales

La pandemia derivada del COVID-19, las guerras y conflictos entre Estados hacen del constitucionalismo un mecanismo de estabilización y legitimación. Las constituciones suelen contener mecanismos para la resolución de conflictos, la protección de derechos fundamentales y la garantía de separación de poderes. Estos mecanismos pueden ser cruciales para gestionar la crisis de manera ordenada y para mantener la confianza pública en las instituciones. Sin embargo, la eficacia de estos mecanismos depende de la fortaleza y la adaptabilidad de la constitución y de su aceptación por parte de los actores políticos y sociales.

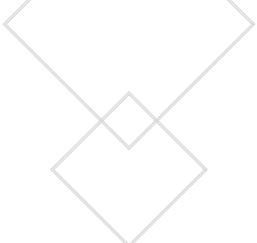
Asimismo, los Estados en tiempo de crisis a menudo enfrentan tensiones que ponen a prueba los principios constitucionales. En situaciones de emergencia, puede haber una tendencia a restringir derechos y libertades en nombre de la seguridad o la estabilidad. Esto puede llevar a un debilitamiento del estado de derecho y a la erosión de principios constitucionales fundamentales. Además, la crisis puede revelar deficiencias en la constitución o en su aplicación, exponiendo la necesidad de reformas para adaptarse a las nuevas realidades políticas y sociales. La manera en que un Estado maneja estas tensiones puede influir en la calidad de su democracia y en la durabilidad de su sistema constitucional.

De igual manera, en un Estado en crisis, existe un riesgo significativo de que el poder ejecutivo u otras autoridades utilicen la situación de emergencia para consolidar su control y limitar las instituciones y controles constitucionales. Las medidas excepcionales adoptadas durante una crisis pueden ser empleadas para justificar abusos de poder o para erosionar las garantías constitucionales, lo que puede poner en peligro la integridad del sistema democrático a largo plazo. La vigilancia y el equilibrio entre poderes se vuelven cruciales para asegurar que las medidas de emergencia no se prolonguen innecesariamente ni se utilicen de manera abusiva.

Ahora bien, los Estados en crisis a menudo revelan debilidades o lagunas en el diseño constitucional existente, lo que puede requerir reformas para abordar nuevos desafíos. La crisis puede acelerar el debate sobre la necesidad de adaptar la constitución para mejorar su capacidad de respuesta y resiliencia. Las reformas pueden ser necesarias para fortalecer la separación de poderes, mejorar los mecanismos de rendición de cuentas o garantizar mejor la protección de los derechos fundamentales. Un enfoque flexible y una voluntad política para actualizar la constitución según las circunstancias cambiantes pueden ser esenciales para superar la crisis y evitar problemas futuros.

Finalmente, es imperativo relacionar el constitucionalismo en tiempos de la Inteligencia Artificial, pues el constitucionalismo enfrenta nuevos desafíos y oportunidades que requieren una reflexión profunda. La integración de la IA en la sociedad plantea cuestiones sobre la protección de derechos fundamentales, la privacidad y la equidad. Las constituciones deben adaptarse para abordar cómo se regula el uso de la IA, garantizando que las tecnologías emergentes respeten los principios democráticos y los derechos humanos. Además, el constitucionalismo debe considerar

mecanismos para prevenir el abuso de la IA y asegurar la transparencia y la rendición de cuentas en la toma de decisiones automatizadas. En resumen, el constitucionalismo en la era de la inteligencia artificial debe evolucionar para proteger a los ciudadanos frente a los riesgos de la tecnología, mientras fomenta un desarrollo tecnológico que respete los valores fundamentales de la justicia y la igualdad.



Presentación de los autores

Alejandro Felipe Sánchez

Abogado litigante, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Nariño, Especialista en Instituciones Jurídico-Procesales de la Universidad Nacional, Doctor en Derecho por la Universidad Externado de Colombia. Profesor de la Especialización en Derecho Penal de la Universidad de Nariño, Conjuez Corte Suprema de Justicia.

Bernardo Vela Orbeagozo

Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca. Posee un posdoctorado en Derecho de la Universidad de Valencia. En la Universidad Externado de Colombia, es miembro de la Unidad de Investigaciones; Coordinador de investigaciones en el Doctorado en Derecho, y Profesor de Ciencia Política, Derecho Internacional y Metodología de la Investigación en los Doctorados en Estudios Políticos y Derecho. Además, es Profesor en la Maestría del Instituto de Altos Estudios para el Desarrollo del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, la Embajada de Francia y la Universidad Externado de Colombia.

Samir Alberto Bonett Ortiz

Profesor de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Doctor en Derecho, miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal, integrante del Colegio de Abogados Especializados en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de Colombia. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Procesal de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.

Carlos Eduardo Martínez Noguera

Abogado de la Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional. Magister en Derecho Constitucional de la Universidad Libre. Profesor de planta de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño en el área de Derecho Constitucional, institución en la que también se desempeñó como director general de la oficina de Consultorios Jurídicos y el Centro de Conciliación “Eduardo Alvarado”. Actualmente se encuentra cursando estudios de Doctorado en Derecho con la Universidad San Buenaventura de Cali.

Cristhian Alexander Pereira Otero

Abogado de la Universidad de Nariño. Magíster en Derecho Público, Magister en Derecho Administrativo, Especialista en Derecho Constitucional, Especialista en Derecho Contencioso Administrativo, Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales por la Universidad Castilla de la Mancha (España). Diploma de Formación Específica en Postgrado sobre Fundamentos de Derecho Público Global, Universidad de la Coruña (España). Director del Centro de Investigación y Estudios Socio-Jurídicos –CIESJU– de la Universidad de Nariño, docente de pregrado y postgrado en la Universidad de Nariño, docente nacional invitado de postgrados en la Universidad Libre (Cúcuta) Universidad Nacional de Colombia, Universidad del Cau-

ca, Universidad Militar Nueva Granada(Cajicá), Pontificia Universidad Bolivariana (Medellín)

Elviro Aranda Álvarez

Licenciado en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Doctor en Derecho Universidad Carlos III de Madrid, Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad Carlos III de Madrid. Dirige en el Master de Derecho Público de la Universidad Carlos III de Madrid el programa Organización constitucional de poderes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. También es profesor del Master del Instituto de Investigación y Capacitación Electoral del Tribunal Electoral de Jalisco. México y del Título de Experto en Prevención y gestión de crisis internacionales que imparte el Instituto de estudios internacionales y europeos Francisco de Vitoria. Ha sido Visiting Research Professor in the School of Law Queen’s University, Belfast.

Federico M. Álvarez Larrondo

Abogado (Universidad Nacional de Mar del Plata - UNMdP, Argentina). Doctor en Derecho (Tesis cum laude). Profesor de las Cátedras “Derecho Artificial” en la Universidad Atlántida Argentina, Profesor Adjunto de las Currículas “Sociedades, Asociaciones y Contratos Asociativos” en la UNMdP. Docente de Posgrado Universidad Católica de Argentina y Universidad de Mendoza. Ponente en Universidades nacionales y extranjeras. Autor de libros sobre Tecnología y Derecho, Contratos, Consumidor. Ex Juez Arbitral y Presidente del Tribunal Arbitral Permanente de Justicia con sede en el Colegio de Abogados de Mar del Plata. Docente Internacional invitado en la Especialización en Derecho Comercial de la Universidad de Nariño.

Rubén Martínez Dalmau

Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia - España, licenciado en Ciencias Políticas por la UNED; cuenta con el Diploma en Derecho Constitucional de la Academia Internacional de Derecho Constitucional y con el Diploma de Estudios Avanzados en Ciencias Políticas por la UNED. Realizó estudios postdoctorales en la Universidad Federico II de Nápoles. Catedrático de Derecho constitucional en la Universitat de València. Autor de diferentes libros y artículos científicos. Docente Internacional invitado en la Maestría en Derecho de la Universidad de Nariño.

Manuel Fernando Quinche Ramírez

Abogado, Doctor en Derecho, tratadista en Derecho Constitucional, Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Público de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, docente de diferentes postgrados en Derecho Público en diferentes Universidades del país.

Fredy Ibarra Martínez

Abogado de la Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Administrativo, Instituciones Jurídico Políticas y Derecho Público. Cuenta con una larga trayectoria como funcionario de la Rama Judicial, se desempeñó como Abogado Litigante, Asesor, Consultor en temas de Derecho Público, Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; Magistrado Auxiliar del Consejo de Estado, y actualmente es Magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Es profesor en los postgrados de Derecho Administrativo, Contratación Estatal y Maestría en Derecho Público de la Universidad de Nariño.

Omar Alfonso Cárdenas Caycedo

Profesor de planta e investigador de la Universidad de Nariño. Abogado de la misma institución, especialista en Derecho Procesal Civil y Magister en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia, Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor invitado en posgrados en diferentes universidades del país en temas de derecho procesal, comercial y nuevas tecnologías. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Kenneth Burbano Villamarín

Abogado, Magister en Derecho, profesor y director del Observatorio Constitucional de la Universidad Libre. Exmagistrado Auxiliar de la JEP. Conjuez de la Corte Constitucional 2021. Asesor, consultor en Derecho Constitucional, Columnista de El Espectador Colombia y Ámbito Jurídico. Analista y opinante de medios de comunicación nacionales y extranjeros.

Diego Alejandro Palacios Parra

Abogado (egresado distinguido) de la Universidad de Nariño. Especialista en instituciones jurídico penales de la Universidad Nacional de Colombia. Magister en Justicia y Tutela de los Derechos con énfasis en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Profesor tiempo completo del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño

John Jairo Castro Calvache

Abogado de la Universidad de Nariño (grado de honor y egresado distinguido); Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas; Especialista en Derecho Disciplinario, Especialista DD. HH y DIH de la Universidad

Externado de Colombia, Especialista en Casación Penal. Docente de Posgrado en las Universidades: de Nariño, Nacional y Externado de Colombia, Juez Penal del Circuito de la ciudad de Bogotá.

Isabel Goyes Moreno

Doctora en Ciencias de la Educación – RUDE Colombia. Doctora Honoris causa de la Universidad de Nariño. Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, Magister en Educación, Magister en Dirección Universitaria. Especialista en Derecho Laboral. Docente en posgrados Derecho y Educación en la Universidad de Nariño. Investigadora Observatorio de Género de Nariño.

Mónica Hidalgo Oviedo

Abogada de la Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Laboral, Especialista en Derecho Constitucional, Magister en Derecho. Magistrada Tribunal Superior de Cali (Valle). Docente de la Especialización en Derecho Laboral y Seguridad Social en la Universidad de Nariño, Investigadora grupo DEJURE - Observatorio de Género de Nariño de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

èditorial

Universidad de **Nariño**

Año de publicación: 2024
San Juan de Pasto - Nariño - Colombia

Reflexionar en cuanto al constitucionalismo transformador es imprescindible en las agendas académicas de hoy en día, máxime en escenarios de crisis, desigualdad y emergencia que han llevado a los Estados y organismos internacionales a desarrollar acciones en clave de derecho constitucional y con enfoque de derechos humanos respectivamente, y encontrar respuestas institucionales para superarlos. Estas nuevas realidades impactan el quehacer del derecho constitucional y su constante transformación que llevó en un primer momento a la constitucionalización del derecho y posteriormente a un constitucionalismo que transforma realidades sociales, políticas, económicas para cumplir con los cometidos estatales, consagrados en los contratos sociales que se dieron las naciones.

Así entonces, esta obra resultado de un proceso de investigación que convoca a respetados juristas, académicos y jueces del país y el mundo, aterriza sus reflexiones y análisis en torno a la categoría del constitucionalismo transformador y su incidencia en los diferentes ámbitos del derecho para avanzar en los cambios sociales, políticos y económicos.

Este libro, continúa el propósito de contribuir al fortalecimiento de la cultura constitucional en la región, el país, latinoamérica y el mundo, pues su análisis está dirigido a la defensa de la tríada que la edad contemporánea trajo: el Estado constitucional, la democracia y los derechos humanos.

ISBN: 978-628-7679-96-2



9 786287 679962



Universidad de Nariño
FUNDADA EN 1984



Universidad de Nariño
ACREDITADA EN ALTA CALIDAD
RESOLUCIÓN MEN 00022 - 09 DE 11 DE 2023



Universidad de Nariño

editorial
Universidad de Nariño



Centro de Investigaciones
y Estudios Socio-Jurídicos