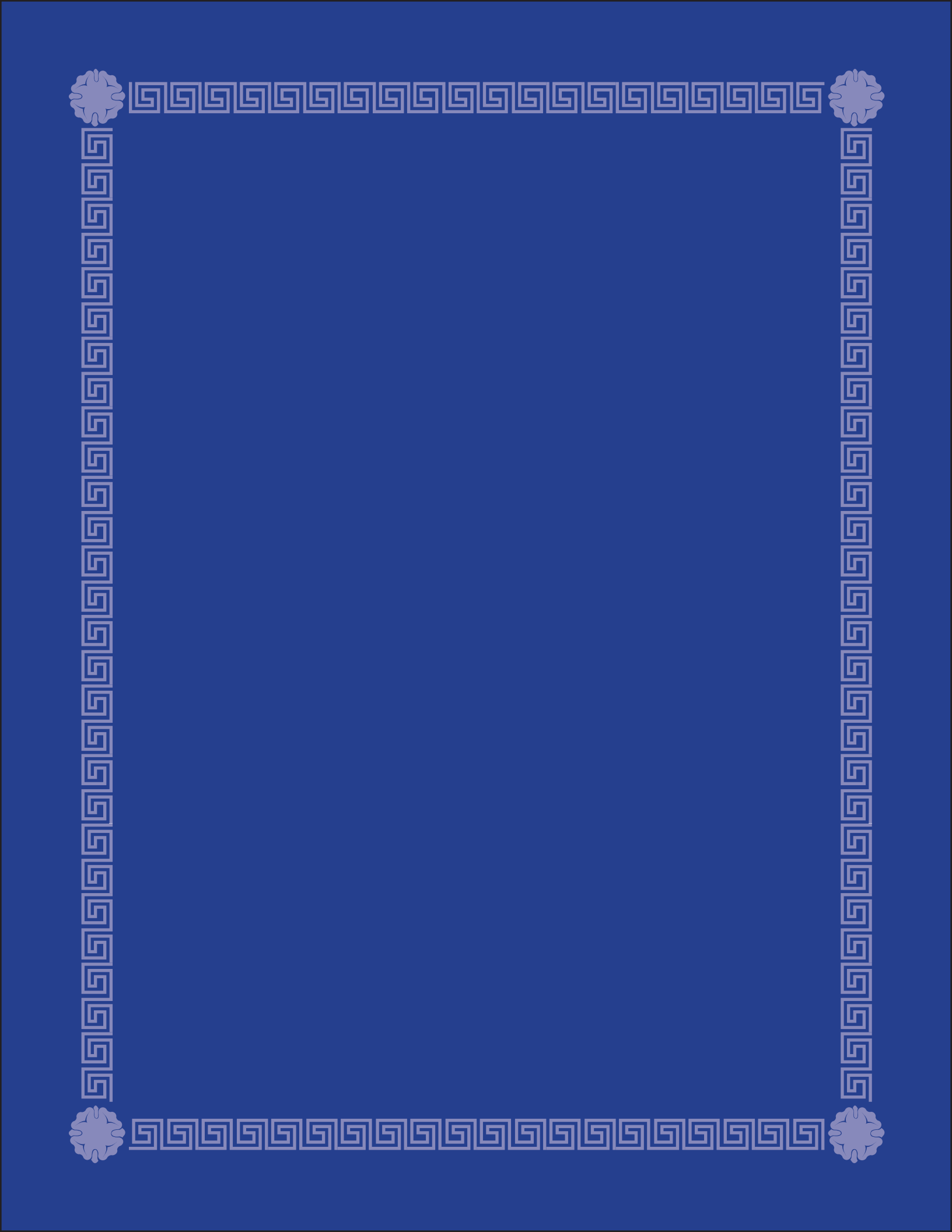
IV

# ACCIONES LEGISLATIVAS:

# UNA APROXIMACIÓN MULTIVALENTE DEL PAPEL DEL LEGISLATIVO FRENTE A LOS DESAFÍOS DE COLOMBIA

CONGRESO
DE LA REPÚBLICA
DE COLOMBIA
SENADO DE LA REPÚBLICA

CAEL

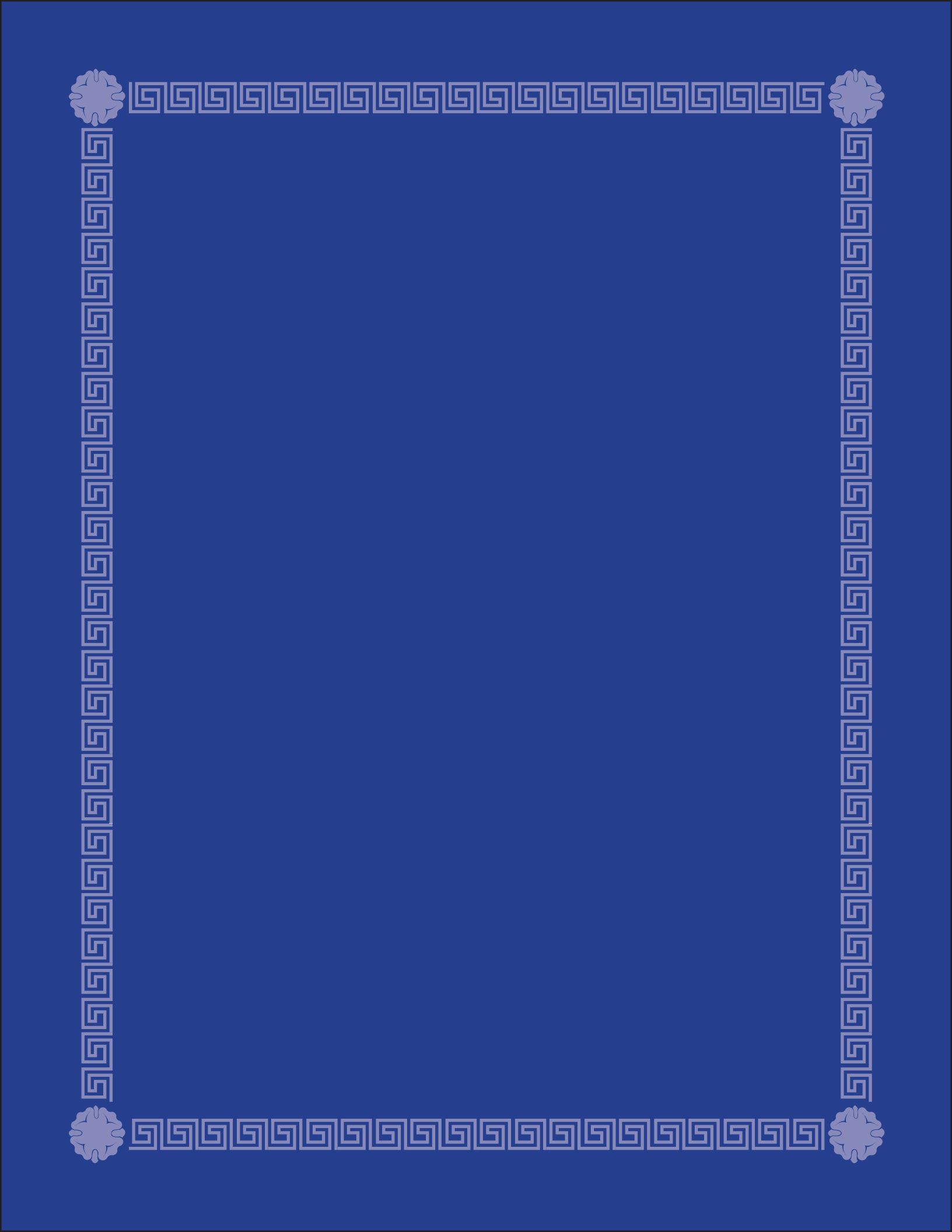


# ACCIONES LEGISLATIVAS:

# UNA APROXIMACIÓN MULTIVALENTE DEL PAPEL DEL LEGISLATIVO FRENTE A LOS DESAFÍOS DE COLOMBIA

**SERIE ESTUDIOS LEGISLATIVOS**

**N°4**



CONGRESO
DE LA REPÚBLICA
DE COLOMBIA
SENADO DE LA REPÚBLICA

# ACCIONES LEGISLATIVAS:

# UNA APROXIMACIÓN MULTIVALENTE DEL PAPEL DEL LEGISLATIVO FRENTE A LOS DESAFÍOS DE COLOMBIA

GREGORIO ELJACH PACHECO, JULIÁN ANDRÉS ESCOBAR SOLANO, LUCIO MUÑOZ MENESES, GIOVANNI FRANCISCO NIÑO CONTRERAS (COMPILADORES)

**SERIE ESTUDIOS LEGISLATIVOS**

**N°4**

2017

CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ALTOS ESTUDIOS LEGISLATIVOS
CAEL
SENADO DE LA REPÚBLICA

Eljach Pacheco, Gregorio; Escobar Solano, Julián Andrés Muñoz Meneses, Lucio; Niño Contreras, Giovanny Francisco; (compiladores)

ACCIONES LEGISLATIVAS: UNA APROXIMACIÓN MULTIVALENTE DEL PAPEL DEL LEGISLATIVO FRENTE LOS DESAFÍOS DE COLOMBIA. 2017.

**275** Págs.

ISBN DIGITAL: 978-958-57451-5-5

1. Procedimiento Legislativo Especial para la paz, Colombia; 2. Democracia, Conflicto y Justicia Internacional; 3. Rigidez constitucional, Colombia; 4. Calidad normativa y ordenamiento jurídico, Colombia; 5. Derechos Humanos y Constitución de 1991, Colombia; 6. Interpretación jurídica y hermenéutica de los Derechos Humanos, Colombia; 7. Corrupción y buen gobierno, Colombia; 8. Derechos de las personas con discapacidad, Colombia; 9. Informalidad habitacional y barrios marginales, Colombia.

I. GREGORIO ELJACH PACHECO II. JULIÁN ANDRÉS ESCOBAR SOLANO. III. LUCIO MUÑOZ MENESES. IV. GIOVANNY FRANCISCO NIÑO CONTRERAS. V. YENNY ANDREA CELEMÍN VI. JORGE ENRIQUE CARVAJAL MARTÍNEZ. VIII. ANDRÉS MAURICIO GUZMÁN RINCÓN. VIII. CARLOS ESCOBAR URIBE. IX JOSÉ MANUEL SUÁREZ DELGADO. X. FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ. XI. PABLO RIVAS ROBLEDO XII. ERIC LEIVA RAMÍREZ. XIII. ADRIAN ALEXANDER ZEBALLOS*F* CUATHIN. XIV. RO-NALD EDGARDO CUENCA TOVAR. XV. EDMER LEANDRO LÓPEZ PEÑA. XVI. GINA YULESEI GUERRERO VALLEJO. XVII. VIVIAN ANDREA CANTOR ÁVILA. XVIII. LUZ ADRIANA CASTIBLANCO MARTÍNEZ. XIX. JEISON ANDRÉS HINCAPIÉ RODRÍGUEZ

*Primera edición Diciembre de 2017*

***COMPILADORES:*** GREGORIO ELJACH PACHECO, JULIÁN ANDRÉS ESCOBAR SOLANO, LUCIO MUÑOZ MENESES, GIOVANNY FRANCISCO NIÑO CONTRERAS

***EDITOR:*** JULIÁN ANDRÉS ESCOBAR SOLANO

***ISBN DIGITAL:*** 978-958-57451-5-5

***Todos los derechos reservados para:***

***COMPILADORES:***

® GREGORIO ELJACH PACHECO
® JULIAN ANDRÉS ESCOBAR SOLANO
® LUCIO MUÑOZ MENESES
® GIOVANNY FRANCISCO NIÑO CONTRERAS

® YENNY ANDREA CELEMÍN
® JORGE ENRIQUE CARVAJAL MARTÍNEZ.
® ANDRÉS MAURICIO GUZMÁN RINCÓN
® ADRIAN ALEXANDER ZEBALLOSF CUATHIN
® RONALD EDGARDO CUENCA TOVAR
® CARLOS ESCOBAR URIBE.
® JOSÉ MANUEL SUÁREZ DELGADO.
® FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ.
® PABLO RIVAS ROBLEDO.
® ERIC LEIVA RAMÍREZ.
® EDMER LEANDRO LÓPEZ PEÑA.
® GINA YULESEI GUERRERO VALLEJO.
® VIVIAN ANDREA CANTOR ÁVILA.
® LUZ ADRIANA CASTIBLANCO MARTÍNEZ.
® JEISON ANDRÉS HINCAPIÉ RODRÍGUEZ.

***DISEÑO EDITORIAL:*** CRISTIAN ALEJANDRO RUBIO PUENTES

***FOTOGRAFÍA:*** CAMILA TORRES HERNÁNDEZ

***DIRECCIÓN EDITORIAL:*** GREGORIO ELJACH PACHECO

**CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ALTOS ESTUDIOS LEGISLATIVOS – CAEL.**

**SECRETARÍA GENERAL DEL SENADO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA**

Correo Electrónico:
cael@senado.gov.co

***Made in Colombia***
Hecho en Colombia

***"Las opiniones plasmadas en esta obra son de responsabilidad exclusiva del autor, y no comprometen al Congreso de la República o al Centro de Investigaciones y Altos Estudios Legislativos, ni determinan su posición o filosofía institucional"***

**Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada o transmitida de manera alguna, ni por ningún medio, ya sea electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación o fotocopia, sin permiso escrito de la Secretaría General del Congreso de la República.**

## MESA DIRECTIVA

EFRAIN CEPEDA SANABRIA
***PRESIDENTE DEL SENADO***

ANDRES GARCIA ZUCARDI
***PRIMER VICEPRESIDENTE***

ANTONIO JOSE GUERRA
***SEGUNDO VICERPRESIDENTE***

GREGORIO ELJACH PACHECO
***SECRETARIO GENERAL***
***DIRECTOR DEL CAEL***

***EQUIPO DE COORDINACIÓN CENTRO DE INVESTIGACIONES DE ALTOS ESTUDIOS LEGISLATIVOS - CAEL***
LUCIO MUÑOZ MENESES
GIOVANNY FRANCISCO NIÑO CONTRERAS
JULIÁN ANDRÉS ESCOBAR SOLANO
CATALINA CRUZ GALINDO

***EDITOR***
JULIÁN ANDRÉS ESCOBAR SOLANO

***COMITÉ CIENTÍFICO Y EDITORIAL DE LA SERIE***
GREGORIO ELJACH PACHECO
LUCIO MUÑOZ MENESES
GIOVANNY FRANCISCO NIÑO CONTRERAS
JULIÁN ANDRÉS ESCOBAR SOLANO

CAEL

# Contenido


**Presentación de la serie. El Centro de Investigaciones y Altos Estudios Legislativos —CAEL— y el proceso de fortalecimiento institucional.** 16
GREGORIO ELJACH PACHECO

**Introducción.** 20
JULIÁN ANDRÉS ESCOBAR SOLANO.

**PRIMERA PARTE. PROCESOS LEGISLTATIVOS E IMPLEMENTACIÓN DEL ACUERDO DE PAZ.** 36

**¿Qué tan especial es el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz?** 37
YENNY ANDREA CELEMÍN

**Una breve contextualización del Acto Legislativo 01 de 2016 que creó el PLEP.** 40

**¿Qué tan especial es el PLEP?** 47

**El primer componente de la mezcla: la influencia del procedimiento sobre leyes de iniciativa privativa del Gobierno.** 48

**La influencia del trámite de proyectos de ley mediante mensaje de urgencia** 51

**Lo realmente nuevo en el trámite del PLEP** 52

**Conclusiones** 57

**Referencias bibliográficas** 58

**Democracia y conflicto en América Latina: La justicia internacional** 61
JORGE ENRIQUE CARVAJAL MARTÍNEZ
ANDRÉS MAURICIO GUZMÁN RINCÓN

**Introducción**
**El sistema interamericano frente a la transición de las democracias en América Latina** 66

**El déficit democrático en la región** 78

**Conclusiones** 82

**Referencias Bibliográficas** 83

**La rigidez constitucional como condición de validez en el derecho colombiano** 85
FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ
PABLO RIVAS ROBLEDO

**Introducción**

**La validez jurídica** 86

**La rigidez constitucional como condición necesaria de la validez de los procedimientos de reforma constitucional.** 89

**La imposibilidad de la tesis de la Corte Constitucional y la invalidez de FT.** 93

**La sentencia C-699 de 2016.** 93

**La invalidez de los FT** 97

**Conclusiones** 99

**Referencias Bibliográficas** 100

**SEGUNDA PARTE: ASPECTOS TEÓRICOS CONSTITUCIONALES DE LOS PROCESOS LEGISLATIVOS** 102

**Sobre la introducción de la calidad normativa en Colombia. alternativas para su implementación** 103
CARLOS ESCOBAR URIBE
JOSÉ MANUEL SUÁREZ DELGADO

**A modo de introducción: un antecedente olvidado de calidad normativa: la Ley 19 de 1919** 103

**La calidad normativa como un atributo intrínseco de la modernidad y un signo de crisis de la ley** 111

**La calidad normativa como un producto trasnconstitucional y como una consigna de gobierno** 115

**Calidad como derecho y estudio de impacto como su garantía.** 118

**Conclusiones** 126

**Referencias bibliográficas** 128

**La carta de derechos de la Constitución Política de 1991 como resultado de un proceso constituyente deliberativo** 134
ERIC LEIVA RAMÍREZ

**Procesos constituyentes en las democracias deliberativas** 136

**Ejercicio del poder constituyente primario como proceso deliberativo** 138

**La Constitución Política de 1991 como producto de un proceso deliberativo constituyente** 142
**Cláusulas contractuales producto del proceso deliberativo constituyente.** 145
**La carta de derechos como expresión del nuevo pacto político**

**Conclusiones** 147

**Referencias Bibliográficas** 150

**El canon hermenéutico en el estado convencional. la interpretación de los derechos humanos y fundamentales** 154
ADRIAN ZEBALLOSF-CUATHIN

**Introducción**

**Una aproximación a algunas teorías interpretativas del derecho** 155

**Argumentación y retórica** 156

**El discurso jurídico y los principios** 159

**El derecho como integridad** 162

**El papel de las autoridades en el Estado Convencional** 166

**La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona** 169

**La cláusula de interpretación conforme** 169

**El principio pro persona** 171

**El canon hermenéutico y la garantía de los derechos en Colombia** 175

**Conclusiones** 181

**Referencias Bibliográficas** 182

**Políticas Públicas para el buen gobierno y lucha anticorrupción.** 186
RONALD EDGARDO CUENCA TOVAR

**Introducción.**

**¿Qué es y que constituye un buen gobierno?** 186

**Códigos de buen gobierno desde el punto de vista internacional.** 193

**Lucha contra la corrupción y la consecución de un "Buen Gobierno".** 200

**¿Qué es la corrupción?** 201

**Conclusiones.** 206

**Referencias bibliográficas** 207

**TERCERA PARTE: EL PAPEL DEL LEGISLADOR EN EL DESARROLLO SOCIAL** 210

**El derecho a la personalidad jurídica en la ley 1306 de 2009 y la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.** 211
EDMER LEANDRO LÓPEZ PEÑA
GINA YULEISI GUERRERO VALLEJO

**Introducción**

**Modelos de Reconocimiento de la Discapacidad** 212

**Régimen de la Capacidad Jurídica en Colombia** 219

**Generalidades** 220

**Capacidad jurídica y discapacidad El Estado Colombiano y la ONU** 221

**Conclusiones** 225

**Referencias Bibliográficas** 227

**Mejoramiento integral de barrios y macroproyectos de interés social nacional: ¿alternativas para enfrentar la informalidad habitacional en Colombia?** 230
VIVIAN ANDREA CANTOR ÁVILA
LUZ ADRIANA CASTIBLANCO MARTÍNEZ
JEISON ANDRÉS HINCAPIE RODRIGUEZ

**Introducción**

**Política de vivienda** 232

**Política urbana en Colombia** 239

**Mejoramiento Integral de Barrios**

**Contexto del MIB en Latinoamérica** 245

**El Programa de Mejoramiento Integral de Barrios: Casos de estudio** 250

**MIB: Critica a un programa de inclusión social** 252

**Macroproyectos de Interés Social Nacional** 254

**Contexto normativo del programa.** 255

**Sobre los Macroproyectos** 256

**Impactos de los Macroproyectos** 259

**Macroproyectos de Interés Social Nacional y su papel en la autónoma administrativa** 261

**Conclusiones** 269

**Referencias bibliográficas** 271

# Presentación de la serie.

# El Centro de Investigaciones y Altos Estudios Legislativos —CAEL— y el proceso de fortalecimiento institucional

# Presentación de la serie.

## El Centro de Investigaciones en Altos Estudios Legislativos —CAEL— y el proceso de fortalecimiento institucional

*El poder legislativo en Colombia ha venido constituyéndose desde la conformación de la República a través de diversos procesos constitucionales. En todas las constitucionales nacionales se han adoptado las doctrinas de división de poderes que han tenido sus desarrollos en otras latitudes especialmente el proceso constitucional francés desde la revolución de 1789 y la experiencia norteamericana, aunque tuvo una gran influencia la herencia de la colonización hispana.*

*Al respecto la producción constitucional local en especial durante el siglo XX ha venido incluyendo paulatinamente cientos de autores teóricos de diferentes nacionalidades para darle contenido conceptual y empírico a la construcción de las instituciones en el ámbito local.*

*El poder legislativo ha tenido en el proceso constitucional colombiano diferentes variaciones todas ellas acompañadas de la discusión sobre el modelo del sistema político. Durante buena parte del siglo XIX las controversias entre centralistas y federalistas fueron patentadas en las diferentes constituciones hasta la disolución de La Gran Colombia con el Congreso de angostura en Cúcuta o la constitución de 1867 que también incluyo un modelo federal y que finalizó con la promulgación de la constitución de 1886 en la cual se instauro definitivamente un modelo centralista en una república unitaria. La historia del poder legislativo no puede entenderse por fuera de los procesos constitucionales.*

*Estas breves y aisladas referencias históricas solo buscan invitar a reflexionar sobre la historia del poder legislativo en Colombia para que contribuya al entendimiento también del proceso legislativo al modo como se ha expresado por parte de teóricos ingleses, españoles y franceses quienes presentan esta evolución cronológicamente cómo el fortalecimiento del poder legislativo no solo como un proceso que coadyuvo al reconocimiento y defensa de los derechos fun-*

*damentales sino también a la limitación o control del absolutismo, afianzando la democracia y la participación ciudadana en las decisiones que le corresponden por derecho.*

*Hay mucho que decir en un contexto en el que desde la fundación de la Republica y no solo en Colombia sino también en la experiencia latinoamericana el poder ejecutivo ha prevalecido históricamente sobre los otros poderes públicos.*

*En realidad, lo que me propongo expresar más allá de los antecedentes históricos y que lamentablemente son desconocidos en buena medida, es la importancia que tiene la capacidad científica del país en la contribución que pueda realizar, aunque sin buscar influir en la decisión legislativa de manera directa.*

*Las políticas públicas no son exclusivas del poder ejecutivo, aunque a él le corresponda casi el total de su planificación y ejecución, en el caso colombiano incluso la corte constitucional ha tomado decisiones que orientan las decisiones de política pública, y el alcance del poder legislativo ha girado en torno a crear los lineamientos para que están puedan ser definidas e implementadas.*

*Las teorías acerca de la gestión pública preocupadas por señalar la forma más eficiente en el cómo deben actuar las instituciones públicas coinciden en que debe buscarse la mayor satisfacción en los usuarios de los servicios institucionales no solo por razones de gobernabilidad o legitimidad y reconocimiento de la sociedad, sino porque una mayor y eficiente acción institucional conlleva necesariamente al mejoramiento de las condiciones de vida de los asociados, al afianzamiento de la democracia y la generación de mejores ambientes de seguridad y la consecución de los objetivos que las políticas persiguen.*

*La pregunta sería si el poder legislativo puede realizar por sí mismo y de manera autónoma políticas de cara a la sociedad que representa y que contribuyan a profundizar la democracia, y creo que la respuesta es sí.*

*Iniciando con el fortalecimiento de la actividad legislativa a través de los recursos que la misma sociedad dispone, de la cooperación que la Constitución establece que debe haber por parte de las instituciones del Gobierno, como un mecanismo de coordinación entre poderes públicos, y de la voluntad de abrir canales que permitan*

*recoger las inquietudes que la misma sociedad expresa fortalecidas a través de sus aparatos de producción científica y que en conjunto provean al legislador de insumos que aviven el debate político para que la decisión legislativa sea cada vez más eficiente y transparente para que la sociedad no solo reconozca que el poder legislativo encarna la voluntad general sino la importancia de su defensa a través de la participación electoral para que en su conformación concurran las diferentes voces, la diversidad, la diferencia y la equidad.*

*Es así que se ha logrado a través de la gestión de la Secretaria General del Senado de la República de Colombia la creación mediante la Resolución 177 de 2014 de la Mesa directiva del Congreso del Centro de investigaciones y Altos Estudios Legislativos del Congreso de Colombia —CAEL—.*

*El CAEL ha sido diseñado como una estructura que no implica erogación de gasto público apoyada en una Red de Instituciones de educación superior, instituciones públicas y organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales, equipos de investigación institucional, investigadores, semilleros de investigación y ciudadanía interesada, y funciona bajo la dirección Secretaria General del Senado en coordinación y el apoyo y gestión de la Presidencia del Congreso.*

*El CAEL busca esencialmente fomentar el conocimiento en temas legislativos dado que se ha identificado que desafortunadamente en encuestas de percepción ciudadanas de democracia como el latinobarómetro, a la pregunta si considera Ud., necesaria la existencia del Congreso o parlamento (en américa latina) la ciudadanía de los países latinoamericanos piensan que la democracia podría funcionar sin Congreso, asamblea nacional o parlamento, lo cual permite inferir que no se trata exclusivamente de un problema de legitimidad que tengan estas corporaciones frente a las diferentes ciudadanías, sino que no se ha comprendido adecuadamente que la democracia funciona gracias a la existencia de las corporaciones de representación política y que sobretodo existen como patente de las conquistas que los pueblos históricamente han logrado frente al ejercicio absoluto del poder y que la historia bien ha evidenciado sus estragos, curiosamente también América latina dónde durante buena parte de su vida republicana ha sido marcada por la inestabilidad política, la dictadura militar y el derrocamiento de los gobiernos democráticos.*

*Lógicamente el CAEL tiene otros propósitos, de hecho, la dificultad de que el poder legislativo en Colombia dependa presupuestalmente del Ministerio de Hacienda del Gobierno Nacional limita su capacidad de acción.*

*Frente a estas condiciones el CAEL se ha definido como un canal de amplio calado que permita el tránsito de la capacidad científica del país hacia su centro decisional no como un criterio vinculante que sesgue la capacidad que el legislador ostenta naturalmente si no que opere como una herramienta que el legislador pueda disponer discrecionalmente de ella en el proceso decisional y en el caso que la considere pueda hacer uso de ella. Las teorías de la legislación han concluido que se puede afectar la capacidad del legislador al intentar definir lineamientos a la decisión legislativa más allá de los que la Constitución instituye.*

*Este canal es un sistema sofisticado en el que el conocimiento científico viaja rápidamente y logra informar a los legisladores acerca de los debates de frontera de las diferentes disciplinas y sobre los temas que por demanda generen los legisladores y la capacidad de la red pueda solventar en los tiempos del procedimiento legislativo, que entre otros son muy expeditos, en consideración a los procesos de generación del conocimiento.*

*De hecho, los tiempos de producción del conocimiento no son los mismos que los tiempos de la factura legislativa, en este sentido el CAEL ha buscado a la vez entrecruzar estas dos variables.*

*El libro que usted tiene en sus manos corresponde a una serie de trabajos de investigadores y grupos de investigación, que viene conformando la RedCAEL con el sincero interés de fomentar el conocimiento en temas legislativos, específicamente, sobre las reflexiones en torno al papel del Congreso de la República frente a los retos legislativos que implica el proceso de paz. Esperamos con esta publicación contribuir a este propósito.*

***Gregorio Eljach Pacheco***
***Secretario General del Senado de la República de Colombia***
***Director del CAEL***

# INTRODUCCIÓN

# ACCIONES LEGISLATIVAS: UNA APROXIMACIÓN MULTIVALENTE DEL PAPEL DEL LEGISLATIVO FRENTE A LOS DESAFÍOS DE COLOMBIA

Julián Andrés Escobar Solano[1]

El Centro De Investigaciones y Altos Estudios Legislativos – CAEL del senado de la República, ha venido consolidando una propuesta de transferencia de conocimiento basada en el trabajo en red, el cual busca acercar las investigaciones académicas lideradas por las universidades a través de sus grupos de investigación y comunidades académicas, a las complejas realidades que surgen en el devenir diario del cuerpo legislativo.

La democracia hoy, se encuentra en términos teóricos encerrada en una serie de disyuntivas que hacen que sea cada vez más difícil mantener estándares de legitimización de los procesos políticos que se dan al interior de éstas.

La estructura clásica de la democracia liberal, basada en un esquema de carácter representativo, está inmerso en una serie de procesos para los cuales no se encuentra diseñado. Las redes sociales, la inmediatez de la información, la cada vez mayor cualificación de la población general y la exigencia constante de controles y resultados al aparato estatal por parte de la sociedad civil, hacen que hoy por hoy, los sistemas democráticos se encuentren en una de las mayores necesidades de transformación de su historia.

Los regímenes políticos de vocación democrática que se vienen desarrollando en la actualidad, basados en mecanismos de división tripartita del poder, implica un ejercicio de separación funcional que establece los mecanismos de control, ejercicio de los poderes públicos, complementación de las actividades públicas a partir de principios de colaboración entre los diferentes poderes públicos y repartición de las tareas estatales hacia el Sistema político.

1. Politólogo Universidad Nacional de Colombia. Docente de la Universidad Piloto de Colombia, y de la Universidad de ciencias Ambientales y Aplicadas – U.D.C.A. Coordinador académico el Centro de Investigaciones y Altos Estudios Legislativos - CAEL

En ese sentido, mientras que el Ejecutivo se encarga de la construcción de las políticas públicas a través de un aparato burocrático con altos niveles de especialización; y la rama judicial desarrolla su capacidad de decisión pública a través de fallos y sentencias por parte de una comunidad jurídica que debe cumplir unos estándares mínimos de formación y probidad; los parlamentos por regla general, carecen en últimas de una capacidad técnica tan elevada.

Y aquí aparece una de las paradojas del sistema político democrático contemporáneo: A mayor grado de especialización y de conocimiento técnico por parte de los funcionarios elegidos para el desarrollo de una tarea en el aparato estatal, se posee menor grado de legitimidad democrática. Sin embargo, la paradoja es de doble vía. Existe una tendencia a que los órganos que representan de forma más directa el interés y la voluntad general de los ciudadanos sean a su vez los que tienen menor capacidad técnica en la toma de decisiones.

Por otra parte, las sociedades contemporáneas, en mayor o menor medida, tiene una serie de comunidades académicas que viven el otro lado de la paradoja explicada anteriormente: tienen el conocimiento, la capacidad y las herramientas necesarias para encontrar soluciones creativas, prácticas y novedosas a muchos de los problemas que se viven cotidianamente. Sin embargo, su capacidad de difundir sus conocimientos, y aún más, de lograr influir en la toma de decisiones, es prácticamente nula.

Es por esto que los diferentes parlamentos han venido implementando estrategias de diferente alcance para lograr equilibrar la desigualdad técnica que poseen frente a otras ramas del poder. Si bien estas estrategias suelen venir acompañadas de procesos complementarios, se pueden esquematizar en los siguientes tipos:

- Parlamentos que concentran la capacidad técnica en los despachos de los parlamentarios, a través de funcionarios de apoyo.

- Parlamentos que concentran la capacidad técnica en un único centro de pensamiento e investigación, el cual suele ser la biblioteca del parlamento respectivo.

- Parlamentos que cuentan con un centro de investigación y desarrollo independiente del Parlamento

- Parlamentos que tienen diferentes centros de investigación especializados (Oficina de Asistencia Técnica Presupuestal, Oficina de apoyo técnico legislativo, centro de investigaciones parlamentarias, etc.)

En el caso colombiano, la ausencia de un centro de investigaciones especializado ha sido una constante en la historia parlamentaria, por lo que la función técnica ha sido asumida en buena parte por las Unidades de Trabajo Legislativo.

Sin embargo, los diferentes proyectos de modernización del Congreso de la República han coincidido en la necesidad de crear centros de pensamiento e investigación que desarrollen la capacidad técnica del congreso en función de la cualificación de la labor legislativa y de control político.

El primer proyecto de esta naturaleza fue el Proyecto ARCA (Articulación Congreso – Academia), que contó con la participación de diferentes universidades y centros de pensamiento, y fue regulado mediante Resolución 148 del 3 de mayo de 2007 de la Mesa Directiva del Senado de la República. Este proyecto permitió una primera interacción de las universidades con el Congreso, como apoyo para la elaboración de informes técnicos y la generación de insumos que sirvieran de apoyo para el trabajo legislativo.

En mayo de 2014 la Mesa directiva del Congreso de Colombia Creó mediante la resolución 177 el Centro de Altos Estudios Legislativos CAEL, con el propósito de realizar y fomentar la investigación legislativa para generar el soporte académico del cual se formulen iniciativas de modernización permanente de las actividades y funciones del poder legislativo en Colombia.

Esta resolución prevé la importancia de constituir una red de investigación de carácter nacional con las universidades que ofrezcan programas de derecho, ciencia política, administración pública inicialmente, para la realización de actividades académicas de distinto orden como parte de un plan hacia la consolidación de la investigación legislativa del CAEL y las instituciones vinculadas.

El CAEL es un punto operativo de gestión institucional, creado al interior de la secretaría general del Senado que tiene como propósito promover la investigación en asuntos de interés para el órgano legislativo, facilitar el aprendizaje del ciudadano acerca de la

labor legislativa, así como facilitar la formación de sus miembros en los diferentes niveles: representantes, asesores, y funcionarios que realicen actividades relacionadas con la misión legislativa y de control político del Congreso de la República de Colombia.

El objetivo del CAEL es convertirse en un centro de actividad de investigación, formación y asesoría de alto nivel. El proceso se está diseñando por medio de una metodología de carácter incremental, el cual se sustenta en su primera etapa, en la promoción y gestación de una red de universidades, grupos de investigación, semilleros de investigación, investigadores, observatorios académicos y otros cuerpos académicos a nivel nacional y regional.

Este proceso además busca consolidar una red nacional e internacional de investigadores en temas legislativos, para la realización de actividades permanentes que generen productos y servicios para la institución legislativa y que en suma, le permita paulatinamente concretar sus funciones al interior del Senado.

La estructura de funcionamiento, regulado por la resolución 001 de 2016 de la mesa directiva del Congreso de la República, permitió regular dos características: su funcionamiento interno es de carácter técnico y requiere poco personal, y su funcionamiento en red le permite tener aliados de alta calidad que generan los procesos técnicos y académicos para la cualificación legislativa.

Los convenios alcanzados a la fecha implican acuerdos de colaboración interinstitucional al que permiten el desarrollo de sinergias en las cuales, tanto las instituciones como los grupos e investigadores que a ellas pertenecen, obtengan beneficios por el posicionamiento de sus investigaciones y por la posibilidad de desplegar su potencial investigativo hacia el Congreso de la República.

Dentro del proceso de transferencia, la construcción de documentos de fácil consulta por parte de los legisladores y funcionarios de congreso ha sido una estrategia fundamental, por lo que desde el año 2016 se vienen produciendo en asocio con diferentes académicos de universidades y centros de pensamiento libros en compilación, que permitan sintetizar diversas aproximaciones teóricas e investigativas a problemáticas actuales del devenir nacional.

Este libro hace parte de la colección “serie estudios legislativos” siendo el cuarto volumen de la colección. En esta ocasión, se bus-

có abordar diferentes temáticas que tienen que ver con las actividades propias del quehacer legislativo, desde el campo teórico del derecho hasta investigaciones sobre temas específicos, y desde problemáticas de coyuntura hasta problemáticas estructurales del sistema político colombiano.

Este trabajo, reúne nueve trabajos de diferentes autores organizados en tres grandes apartados. La primera parte, denominada "Procesos legislativos e implementación del acuerdo de paz" busca un abordaje novedoso, más allá de los proyectos de Fast track presentados en la legislatura.

El primer trabajo, denominado, "¿Qué tan especial es el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz?", de la profesora Yenny Andrea Celemín, analiza desde la perspectiva constitucional, y a partir de un análisis sistemático de la evolución del derecho constitucional del procedimiento legislativo, explica el contexto jurídico político del mecanismo legislativo especial conocido como "Fast Track". Al respecto, la investigadora afirma que:

> Sin embargo, este procedimiento especial no puede ser considerado como una innovación absoluta o sin precedentes dentro del ordenamiento jurídico colombiano. El Procedimiento Legislativo Especial para la Paz (en adelante PLEP) tiene algunas trazas y posee algunas de las características de: la tramitación de los proyectos de ley con mensaje de urgencia (art. 163 C.P.). Igualmente, el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz comparte algunas de las etapas del procedimiento regular para materias de iniciativa privativa del Gobierno (art. 154 C.P.). Trámites estos que poseen una amplia tradición en el contexto jurídico colombiano.
>
> Por último, el PLEP comparte las reglas sobre quorum, mayorías exigidas para la aprobación de las normas jurídicas, anuncio previo, publicidad de las distintas fases del proceso que regulan el trámite legislativo ordinario y sanción de los proyectos de ley.
>
> Pero a pesar del "parecido de familia" entre el PLEP y otros tipos o modalidades de trámite legislativo identificables en Colombia, el Procedimiento Especial para la Paz presenta algunas diferencias que se imponen como una transformación importante para el derecho constitucional del procedimiento legislativo. Estas particularidades, pueden generar debates constitucionales en relación a la forma como debe ser interpretado el Acto Legislativo 01 de 2016.

El segundo trabajo que se presenta en este volumen se denomina "Democracia y conflicto en América Latina: La Justicia Internacional" de los profesores Jorge Enrique Carvajal Martínez y Andrés Mauricio Guzmán Rincón.

Este texto, busca analizar la relación existente entre derechos humanos, mecanismos de justicia transicional aplicados a los principios de verdad, reparación y reconstrucción de la memoria y los procesos de transición democrática, en los cuales, el proceso de búsqueda de la justicia a nivel nacional, condujo a la necesidad por parte de las víctimas de buscar salida en entornos internacionales de justicia que condujeron a una mayor injerencia de parte del sistema interamericano.

En palabras de los autores:

> Aunque los distintos países hicieron frente a la transición a la democracia de manera diferente según si se trataba de superar el conflicto interno o de poner fin a regímenes autoritarios, el común denominador de estos procesos se vio reflejado en las actuaciones de la Corte, en lo que Elster (2006) denomina transiciones prolongadas, donde los procesos, al término de las situaciones antes descritas, dieron inicio a cambios que tendían hacia estados de institucionalización y profundización democrática, pero tardaron un considerable período de tiempo en concretarse.
>
> En cuanto a la Corte IDH es de resaltar que fue a partir de la década del noventa cuando sus actuaciones empezaron a dar cuenta de las violaciones de derechos humanos a las que recurrieron dichos regímenes dictatoriales o de los excesos cometidos en países durante el conflicto armado. Ello se dio como consecuencia de los procesos de estabilización de la democracia a los que cada país se vio abocado, periodo en el que los juicios y purgas adquirieron un papel central en el debate público.
>
> Desde entonces, la Corte IDH se convirtió en un referente de protección internacional de derechos humanos y en un espacio al cual acuden víctimas acompañadas de organizaciones no gubernamentales, en especial en momentos en que la impunidad y el olvido de los abusos del pasado quieren consolidarse como regla.

El tercer trabajo, desarrollado por los profesores Fabio Enrique Pulido Ortiz y Pablo Rivas Robledo, denominado "La rigidez constitucional como condición de validez en el derecho colombiano", analiza el problema del mecanismo del FAST TRACK desde una perspectiva de la validez jurídica de la misma, a partir del concepto de rigidez constitucional. A partir del mismo, se realiza un análisis de la hermenéutica constitucional, haciendo un recorrido desde la teoría del derecho. Al respecto, los autores concluyen que:

> La rigidez constitucional es una condición de validez de las reformas constitucionales. Esta exigencia implica que una reforma constitucional es válida si y solo si es realizada por el órgano "O" competente a través del procedimiento "P". Además, "P" debe ser más complejo que cualquier otro P para la creación de normas dentro del sistema.
>
> De esta manera, una reforma será inconstitucional si, por una parte, despoja de competencia a O, y por la otra, existe algún procedimiento P que es al menos igual de complejo a "P".
>
> De acuerdo con esto, el procedimiento definido para los FT es inconstitucional pues existen otros P (vr. gr. leyes estatutarias, leyes orgánicas etc.) que son igual o más rígidos que el establecido en AL para las reformas constitucionales.
>
> De acuerdo con los resultados de esta investigación, no es claro cómo se pretende implementar el acuerdo final mediante un mecanismo que es claramente inválido. Para poner a situación en un tono más grave: el único mecanismo mediante el cual se puede garantizar el post-conflicto no tiene fundamento jurídico.
>
> El secreto detrás de esto es que, después de establecer en qué consiste la validez jurídica y señalando que el mismo concepto permite hacer las distinciones entre criterios de pertenencia y criterios que justifican la fuerza vinculante; aplicabilidad moral y aplicabilidad jurídica; y definitibilidad e infalibilidad, los FT son mecanismos inválidos.

La segunda parte, denominada "Aspectos teóricos constitucionales de los procesos legislativos" aborda en cuatro trabajos el devenir de la acción legislativa como problema jurídico y político, y a la vez enmarcarlo en una serie de problemáticas concretas que faciliten su análisis.

El primer trabajo de este apartado se titula “Sobre la introducción de la calidad normativa en Colombia. Alternativas para su implementación”, de los profesores Carlos Escobar Uribe y José Manuel Suárez Delgado.

En este trabajo, a partir de una reconstrucción histórico normativa y desde un abordaje propio de la filosofía y la teoría del derecho, los autores analizan el proceso de construcción del producto legislativo en torno al concepto de la calidad normativa, entendido como el conjunto de variables formales y materiales que le permiten a una norma cumplir sus criterios de validez; en el marco del paradigma de los estados modernos liberales sobre los cuales se construyó el Estado colombiano. Al respecto, los autores afirman que:

> Visto el alcance de la norma como punto de referencia único, la sociedad donde se inserta -sin mucha fortuna como lo testimonia su casi total desconocimiento-exhibe grandes niveles de avance y hasta respuestas a las necesidades de sociedades todavía más ordenadas. Con la ventaja adicional de que se ofrece, como en ningún otro caso, un panorama real y algo más claro de la forma como se ha dado cumplimiento a la Ley, no solo por los jueces como actores simultáneamente reconocidos de cara al mismo y limitados por el ingenio revolucionario de la codificación.
>
> Con este antecedente se pone en evidencia la desconocida fortaleza de un modelo normativo preocupado por la calidad de sus normas, exigencia, al parecer, presa del abandono, bien por el paso del tiempo, o bien por las circunstancias posteriores que hicieron que el punto de la forma como las autoridades judiciales pueden contribuir de forma, más o menos pacífica, a la mejora de las leyes mediante procedimientos de interpelación con el Legislador de colaboración.

En el segundo capítulo que conforma este grupo de trabajos, denominado “La carta de derechos de la constitución política de 1991 como resultado de un proceso constituyente deliberativo”, desarrollado por el profesor Eric Leiva Ramírez, en el que el autor realiza un análisis historiográfico de la evolución de los derechos humanos, centrándose en el contexto histórico que dio paso a la constitución de 1991, tanto desde el punto de vista sociopolítico como en la evolución de las estructuras jurídicas que dieron lugar

a la arquitectura e la nueva carta política, en el marco de análisis de las democracias deliberativas. Al respecto, el trabajo consigna que:

> Por estas razones, afirmar que los hechos que motivaron la creación de la Constitución Política de 1991 son diferentes a otros procesos de reforma constitucional no resulta temeraria aunque el propósito que llevo a su expedición si resulta semejante a los anteriores procesos constituyentes pues con ella se buscó resolver de una forma normativa una compleja situación social, demostrando nuevamente que la forma de resolver los problemas sociales es con la alteración del orden constitucional, cualidad que solo contribuye a continuar con el ciclo de inestabilidad que tanto caracteriza la historia constitucional de Colombia.
>
> No obstante, el proceso constituyente que permitió la creación de la actual Constitución, no puede ser considerado como un simple movimiento social. Al contrario, el ordenamiento constitucional regente es producto de la necesidad de un nuevo marco jurídico-político que materializará un nuevo "pacto o contrato social" donde al Estado se le pudiese exigir no sólo la garantía de la seguridad y la prestación de servicios públicos a los ciudadanos, sino la realización de un orden social más justo y equitativo que permitiera la construcción de una convivencia pacífica, cualidad contraria al infortunado estado de violencia que afrontaba la comunidad colombiana de finales del siglo XX.
>
> Si bien, el nuevo pacto social no logró la materialización de una paz social ni acabo con la violencia, si permitió la consagración de presupuestos normativos y acciones procesales que han permitido a lo largo de estos 25 años la materialización de los presupuestos del Estado Social de Derecho , especialmente aquellos dirigidos a la eficacia de aquellos acuerdos mínimos que están representados en la carta de derechos fundamentales, pues estos han sido una forma de limitar el ejercicio del poder público, evitando que este se desborde y vulneré el nuevo pacto social.

Seguidamente, el profesor Adrian Zeballosf-Cuathin, en su texto "El canon hermenéutico en el estado convencional. la interpretación de los derechos humanos y fundamentales", busca establecer a partir de las diferentes escuelas de interpretación ju-rídica y argumentativa de la filosofía del derecho un nuevo para-digma en la interpretación de la Convención Interamericana de

Derecho Humanos, enmarcada dentro del análisis propio de la globalización del Derecho internacional de los Derechos humanos y la constitucionalización del Derecho en los estados latinoamericanos, con énfasis especial en Colombia.

En ese sentido, se propone un nuevo abordaje, que permita superar las falencias presentes en el canon interpretativo actual. En palabras del autor:

> El objetivo del presente trabajo es describir algunos paradigmas hermenéuticos del derecho hasta llegar al nuevo canon hermenéutico convencional, canon que nace de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH) y que otorga a las autoridades legislativas, ejecutivas, judiciales y autónomas un papel trascendental en la defensa de los derechos humanos conforme la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la Convención).
>
> Este nuevo canon hermenéutico responde a la necesidad de hacer posibles cada una de las normas convencionales que, frente a modelos interpretativos insuficientes e inadecuados, sucumbían progresivamente en el mero discurso. La inoperancia e ineficacia de los derechos humanos entonces no tenía como causa la ausencia de normas, muy por el contrario, existe un catálogo extenso de derechos y garantías cuya finalidad es su conocimiento, promoción y protección.
>
> Por tanto, la relativa eficacia de los derechos está estrechamente relacionada con la utilización de modelos interpretativos propios de la hermenéutica tradicional, es decir, modelos relacionados con métodos rígidos de aplicación normativa y con modelos teóricos que pragmáticamente no representaban una defensa material de dichos derechos. El problema de los derechos humanos no es entonces un problema de discurso o de debate político, sino de eficacia.
>
> En este sentido, en este trabajo se abordan en primer lugar, de forma muy general, algunas teorías de la interpretación dominantes, para, posteriormente, proceder a identificar y describir el canon hermenéutico convencional: la interpretación conforme y el principio pro persona (pro homine) y su aplicación en Colombia.

Finalmente, la segunda parte del libro cierra con el trabajo "Políticas públicas para el buen gobierno y lucha anticorrupción"; del profesor Ronald Edgardo Cuenca Tovar. Este trabajo hace una revisión de la literatura sobre el problema de la corrupción, y su impacto en los sistemas políticos democráticos, demostrando que en efecto, un aumento en los índices de corrupción afecta el grado de legitimidad, y por ende, la capacidad del sistema político para responder a las demandas de los ciudadanos.

Frente a esta problemática, el autor aborda el concepto del buen gobierno, el cual supera el nivel ejecutivo del mismo e involucra las buenas prácticas en las demás ramas del poder, como un mecanismo que combina la cultura política y el diseño institucional, presentándose como una herramienta efectiva para el combate de este flagelo.

De esta manera, el autor presenta como parte de esta estrategia, la combinación de la acción gubernamental, la acción ciudadana y la acción ética. En otras palabras:

> (...) el ciudadano debe ser protagonista por excelencia de la vida política, este ideal solo se puede ver entorpecido por la corrupción en todos sus niveles, este mal puede hacer que los servidores públicos olviden que la prioridad de un buen Gobierno es la transparencia y la participación ciudadana entendida esta no solamente como la posibilidad que tiene los ciudadanos para elegir a sus gobernantes, sino también en sentido más extenso a la capacidad que tienen para ejercer un control fiscalizador sobre la actuación del mismo Gobierno (Rodriguez Arana, 2006).
>
> Si se desea la consecución de un Buen gobierno, es necesario luchar contra su principal enemigo, la corrupción. No basta con socializar los problemas que trae consigo la corrupción tanto en la ciudadanía, sector privado y público, sino que se debe ir más allá y empezar a entrenar a los funcionarios públicos en el comportamiento ético a todos los niveles, en la elaboración de leyes, actividad propia del órgano legislativo, en el desarrollo de políticas públicas adecuadas para combatir y educar a la ciudadanía de esta grave problemática e instruir a los funcionarios en la toma de decisiones. Se trataría de integrar el bien, la norma y la virtud según el "realismo ético" (Guillen Parra, 2005).

> Para recuperar la confianza de la ciudadanía en las instituciones gubernamentales no es a través de la implementación y creación de controles desmedidos de los funcionarios, debido a que aparte que no son muy eficientes en la lucha contra la corrupción volverían el sistema gubernamental aún más burocrático y tedioso en sus procedimientos, por ese motivo este incremento de controles no sería el mecanismo idóneo de lucha por que no impedirían la comisión del delito.
>
> En cambio, si se logra la sensibilización de la conducta censurable como lo es la corrupción, se llegaría al establecimiento de principios internos para impedir que los funcionarios realicen conductas contrarias a la ética (Bautista, 2007, (Pág. 1), por que pretender imponer a la fuerza una determinada conducta mediante la amenaza constante de un castigo no sería la solución porque "el derecho puede imponerse desde fuera, no así la moral" (Cortina, 1998, Pág. 197).
>
> La salida al problema siempre va a ser la concientización y sensibilización del hecho punible al actor de la conducta, hacerle conocer los efectos tanto para él y la sociedad de su actuar y establecer el porqué de su actuar si es un problema de valores éticos o un problema social.
>
> Porque al ser el Gobierno el garante de los derechos de los ciudadanos es el responsable máximo de su salva guarda y recae sobre la obligación de contar con unos funcionarios con formación ética idónea para la tarea, lo que significa que todos los funcionarios gubernamentales tendrían la capacidad de juicio para entrar a establecer sin duda la diferencia entre el bien y el mal.

Finalmente, la tercera parte del libro denominada "El papel del legislador en el desarrollo social" se agrupan dos artículos que analizan casos concretos en los que el papel del legislativo y del desarrollo de normas afectan la materialización de los derechos, y, por ende, la calidad de vida de los ciudadanos.

En el primero de éstos, titulado "El derecho a la personalidad jurídica en la Ley 1306 de 2009 y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", de los autores Edmer Leandro López Peña y Gina Yuleisi Guerrero Vallejo, se analiza todo el marco normativo y los elementos teóricos y metodológicos para

el abordaje en la construcción de políticas públicas a favor de las personas con discapacidad.

En este trabajo de investigación, el abordaje descriptivo de la normatividad vigente se combina con el abordaje analítico frente al impacto de los instrumentos disponibles para el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos que presentan situaciones de discapacidad. En palabras de los autores:

> El Estado Colombiano en su esfuerzo por generar estrategias que reconocieran los derechos de las personas en situación de discapacidad promulgó una serie de regulaciones que se encargaron de generar un marco de acción frente al trato de estas personas y en general el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en los artículos 3 y 4 de la Convención. Ante esta situación, las reformas normativas han sido la respuesta para las personas que buscan el reconocimiento de sus derechos.
>
> El Estado Colombiano en cumplimiento de estas obligaciones promulgó la Ley 1306 de 2009 que estableció nuevos criterios frente al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas en situación de Discapacidad con nuevas directrices para el reconocimiento de la Nulidad Absoluta y Relativa en casos específicos para incapaces relativos e incapaces absolutos que determinan su inhabilidad negocial o no, atendiendo factores como la lucidez y la capacidad mental.
>
> Sin embargo, son muchos los ajustes que aún quedan por realizar como es el caso de la implementación del Protocolo Facultativo de la Convención y el desarrollo de la legislación y la jurisprudencia en referencia a lo señalado por el Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad respecto de la "institucionalización por motivo de discapacidad, la esterilización forzada y los regímenes que limitan la capacidad jurídica que no se han armonizado con la Convención".
>
> Respecto a este último tema, como lo han señalado las instituciones internacionales no es posible que en las normativas que regulan temas de discapacidad se confundan términos para restringir el pleno reconocimiento de la personalidad jurídica como lo hace la Ley mencionada generando a su paso grandes problemáticas.

> Por esta razón en la presente investigación a través de la metodología descriptivo analítica, en un primer momento se identificarán los modelos de reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad en el Estado Colombiano y los regímenes de incapacidad establecidos por la Ley 1306 de 2009 en relación con las directrices internacionales.

Finalmente, nuestro libro cierra con el trabajo de investigación "Mejoramiento integral de barrios y macroproyectos de interés social nacional: ¿alternativas para enfrentar la informalidad habitacional en Colombia? De los autores Vivian Andrea Cantor Ávila, Luz Adriana Castiblanco Martínez, Jeison Andrés Hincapié Rodríguez.

Este trabajo se enfoca en dos tipos de intervenciones para el aseguramiento del acceso al derecho a la vivienda digna. El primero, las intervenciones de Mejoramiento Integral de Barrios, la cual busca procesos de formalización de la vivienda ya construida y el acceso a recursos complementarios como vías, saneamiento básico, redes eléctricas y equipamiento urbano. El segundo, denominado Macroproyectos de interés social nacional, corresponde a aquellos proyectos de construcción masiva de vivienda de interés social y prioritaria, que busca superar los déficits de vivienda que existen actualmente en Colombia.

Para los autores, el alcance de los proyectos debe medirse teniendo en cuenta dos factores: por un lado, el grado de afectación sobre el tejido social de las comunidades a las que se busca impactar, y por el otro lado, el grado de alteración sobre la construcción espacial de las unidades geográficas sobre las que se implementan, en espacial en el caso de las alteraciones urbanas. En ese sentido, los investigadores concluyen que:

> Como se mencionó en líneas anteriores, la configuración de un territorio es determinada por las necesidades y las lógicas cambiantes de los asentamientos que desarrollan sus habitantes y por la coyuntura socio-política imperante, es decir de las dinámicas de movimientos y necesidades. Gran parte de este problema ha sido generado por las migraciones internas que terminan estableciéndose en ciudades intermedias, es decir ubicándose en suelos destinados para expansión urbana, con características suburbanas o como en el caso de Soacha sobre suelos destinados a un fin específico como el de control de la población.

> Es así como estas movilizaciones producen una alta demanda de soluciones habitacionales, por lo que la forma más rápida de subsanarlas es a través de la construcción de vivienda sobre los bordes de las ciudades, generando en algunos casos segregación y desigualdad, debido a la carencia de conexiones, redes de servicios públicos y otras necesidades.
>
> Situaciones particulares como el déficit de suelo para la construcción de proyectos inmobiliarios, el incremento en el número de hogares y habitantes, ponen en situación crítica a los municipios, más aún en un escenario de un postacuerdo en el que gran parte de la población desplazada se quedará en las grandes urbes respondiendo a las figuras centrifugantes que estas condicionan, por cuanto no solo tiene que enfrentar el procesos de densificación, sino cambios asociados al uso del suelo, la morfología de la ciudad y en el valor del suelo, complejizando las estructuras sociales y físicas, pues una parte de esta población se quedará por fuera del mercado inmobiliario formal agudizando los cinturones de pobreza.
>
> Es necesario tener en cuenta que la morfología de las ciudades está definida no solo por las políticas, sino también por la reestructuración social, lo cual produce segregación social marcada, en la que la población vulnerable se mantiene en zonas específicas de la espacialidad urbana, lo que no solo implica una mayor distancia a los centros de empleo, y por tanto mayores dificultades de integración a la economía urbana, sino que también conlleva la ocupación de espacios de menor habitabilidad, incluyendo exposición a condiciones ambientales más difíciles, acelerando en esta población la ocurrencia de eventos de riesgos naturales, por lo cual, es necesario el presente estudio, con miras a la comprensión de estos fenómenos y generar una sinergia entre la academia y la administración.

Como se puede observar, este volumen de la serie busca mostrar múltiples miradas en torno a las funciones que desarrolla el Legislativo. De cierta manera, este trabajo es un abrebocas que permite aproximar la diversificación de los diferentes enlaces entre el Congreso y la Academia.

El Centro de Investigaciones y Altos Estudios Legislativos está convencido que el proceso de cualificación de la producción legis-

lativa en Colombia pasa necesariamente por la alianza institucional entre centros de pensamiento, universidades y el Congreso. En ese sentido, esta pequeña muestra de trabajos es un paso más en la consecución de este objetivo.

1

# PROCESOS LEGISLTATIVOS E IMPLEMENTACIÓN DEL ACUERDO DE PAZ

# ¿QUÉ TAN ESPECIAL ES EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO ESPECIAL PARA LA PAZ?

Yenny Andrea Celemín[1]

## Introducción

El ordenamiento jurídico colombiano se caracteriza por la amplitud y la variedad de normas formales e informales que regulan las funciones del órgano legislativo (Celemin, 2015).

Este conjunto de normas puede ser identificado como el derecho constitucional del procedimiento legislativo, y está conformado por una serie de fuentes del derecho que se encuentran dispersas en distintos textos normativos de rango constitucional y legal, en decisiones judiciales y también, en diversas prácticas parlamentarias. Tales fuentes cumplen con la finalidad de supeditar el poder político del órgano legislativo para evitar que este se desborde y para proteger las libertades de los ciudadanos (Kelsen, 2008, Ferrajoli, 2011).

El derecho constitucional del procedimiento legislativo se encuentra condensado en primer término, pero no exclusivamente, en las disposiciones contenidas en los títulos VI y XIII de la Constitución Política. También, en otro conjunto de normas de carácter infra-constitucional que han desarrollado las previsiones de la Constitución sobre esta materia. Normas como la Ley 5 de 1992, que reglamenta en detalle el funcionamiento del Congreso, La Ley 3 de 1992 que delimita la conformación y funcionamiento de las comisiones constitucionales permanentes, la Ley 974 de 2005 en la que se regulan las actuaciones en bancadas de los partidos políticos en el órgano legislativo, la Ley 1431 de 2011 en la que se consagran las excepciones al principio de publicidad y nominación de las votaciones efectuadas por los legisladores, la Ley 1828 de 2017 que consagra el Código de Ética y Disciplinario de los Congresistas, entre otras, integran este concepto.

**1.** Profesora Titular del Programa de Derecho Universidad Jorge Tadeo Lozano. PhD de la Universidad de los Andes. Abogada y Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.
Correo electrónico: yennya.celeminc@utadeo.edu.co. Producto de investigación asociado a la Convocatoria interna No 13 de 2016 de la UJTL.

El derecho constitucional del procedimiento legislativo también incluye las prácticas parlamentarias[2] y los precedentes judiciales de la Corte Constitucional. Precedentes a partir de los cuales se han interpretado o re-interpretado los enunciados normativos dispuestos por las reglas constitucionales y legales del procedimiento legislativo.

Autores como Jeremy Waldron, han puesto de presente la importancia del derecho constitucional del procedimiento legislativo para los sistemas políticos y jurídicos contemporáneos:

> Muchos politólogos han observado la similitud existente entre los procedimientos parlamentarios en todo el mundo. Sin duda hay razones históricas para ello: la influencia mundial de la tradición del Westminster, por ejemplo, como un legado del imperialismo británico. Pero la similitud también puede encontrarse como una respuesta humana común a un conjunto común de problemas: las circunstancias del procedimiento por así decirlo. Allí donde se perciba la necesidad de una acción común como el resultado de la deliberación en circunstancias de diversidad y desacuerdos, pronto se percibirán también necesidades como las descritas. (Waldron, 2005, p. 93)

Precisamente por la importancia del derecho constitucional del procedimiento legislativo, es que las modificaciones, los cambios, o las transformaciones que se realicen a este campo de análisis deben monitorearse desde perspectivas teóricas sólidas y de manera constante en nuestro ordenamiento jurídico.

En el contexto actual, los análisis sobre las transformaciones del derecho constitucional del procedimiento legislativo cobran una relevancia importante. Lo anterior, por cuenta de la complementación a la Constitución de 1991 que se ha efectuado a partir de la promulgación del Acto Legislativo 01 de 2016. Acto legislativo “por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”.

**2.** La doctrina constitucional de la Corte Colombiana cuando ha efectuado control constitucional del procedimiento legislativo ha ratificado la calidad de la práctica parlamentaria como fuente de interpretación auxiliar del derecho en nuestro país. En efecto, en sus decisiones judiciales, la Corte ha integrado la costumbre parlamentaria como parte del derecho constitucional del procedimiento legislativo y le ha reconocido la posibilidad de orientar o limitar el quehacer del órgano legislativo en Colombia. Lo anterior, en virtud de que esta fuente del derecho posee la capacidad para representar interpretaciones razonables de las normas reglamentarias objeto de aplicación por parte de los entes encargados de dirigir el debate parlamentario. Dos decisiones de la Corte Constitucional son útiles para comprender el papel de esta fuente del derecho en materia legislativa. Estas decisiones son la sentencia C-816 de 2004 y la sentencia C-1040 de 2005.

Uno de los instrumentos creados con la finalidad de agilizar la implementación de los Acuerdos de Paz es el procedimiento legislativo especial, denominado de manera informal como el fast track[3] . Este procedimiento, presenta algunas particularidades en relación con el procedimiento legislativo ordinario. También, con otros procedimientos legislativos especiales exigidos por la Constitución para la creación de leyes de rango estatutario[4] y para la promulgación de actos legislativos mediante los que se modifica la Constitución[5] .

Sin embargo, este procedimiento especial no puede ser considerado como una innovación absoluta o sin precedentes dentro del ordenamiento jurídico colombiano. El Procedimiento Legislativo Especial para la Paz (en adelante PLEP) tiene algunas trazas y posee algunas de las características de: la tramitación de los proyectos de ley con mensaje de urgencia (art. 163 C.P.). Igualmente, el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz comparte algunas de las etapas del procedimiento regular para materias de iniciativa privativa del Gobierno (art. 154 C.P.). Trámites estos que poseen una amplia tradición en el contexto jurídico colombiano.

Por último, el PLEP comparte las reglas sobre quorum, mayorías exigidas para la aprobación de las normas jurídicas, anuncio previo, publicidad de las distintas fases del proceso que regulan el trámite legislativo ordinario y sanción de los proyectos de ley.

Pero a pesar del "parecido de familia" entre el PLEP y otros tipos o modalidades de trámite legislativo identificables en Colombia, el

3. Este calificativo para el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz se debe a que inicialmente, en el Proyecto de Acto Legislativo 04 de 2015 Senado y 157 de 2015 Cámara, se incluía una disposición similar al procedimiento para el trámite de ratificación de las leyes aprobatorias de los tratados internacionales suscritos por Colombia. Este procedimiento especial, conocido en ordenamientos jurídicos como el norteamericano bajo el nombre Fast Track ha sido caracterizado como: "[it had been] established to expedite the process of negotiating and implementing international trade agreements; trade legislation occurs in two phases. First Congress statutorily authorizes the president to negotiate an international trade agreement and articulates what the president's general negotiating objectives should be. Second congress considers, within an expedited time frame and without the option of amendment whether accept or reject legislation proposed by the president to implement these agreements". (Thomas, 2006., p. 77). En la primera vuelta del trámite del acto legislativo, se disponía por literal h) del artículo primero del proyecto, que las Cámaras únicamente poseerían competencia para improbar los proyectos. Señalaba la publicación del proyecto radicado al inicio del debate parlamentario lo siguiente: "En este procedimiento las cámaras solo podrán improbar los proyectos. Surtido el trámite, si no ha habido improbación por mayoría absoluta, se sancionarán o promulgarán los proyectos según el caso, con las modificaciones que se hayan introducido en primer debate". (Gaceta 706, 15 de septiembre de 2015). Sin embargo, este literal fue eliminado por el Congreso en la segunda vuelta del Acto Legislativo.
4. El procedimiento especial para las leyes estatutarias exige que el trámite de estas leyes no puede exceder una sola legislatura, mientras que el procedimiento regular establece un plazo máximo de dos legislaturas para la tramitación de leyes ordinarias. Igualmente, exige la aprobación de mayorías absolutas, es decir, la mayoría de integrantes de las cámaras que conforman el Congreso.
5. Son muchos los requisitos del procedimiento especial para la creación de actos legislativos de acuerdo con la C.P.: ocho debates, publicación en la gaceta del Congreso y en el Diario Oficial, tramitación en dos periodos legislativos ordinarios y consecutivos con la exigencia de mayoría simple y mayoría absoluta respectivamente, y determinación de la exigencia de iniciativa plural legislativa (mínimo 10 congresistas) y no individual, para los miembros del Congreso.

Procedimiento Especial para la Paz presenta algunas diferencias que se imponen como una transformación importante para el derecho constitucional del procedimiento legislativo. Estas particularidades, pueden generar debates constitucionales en relación a la forma como debe ser interpretado el Acto Legislativo 01 de 2016.

La emergencia de estos debates interpretativos puede afectar la estabilidad de las leyes y de los actos legislativos que se expidan a través de este tipo de trámite para implementar los Acuerdos de Paz.

Para sustentar esta tesis este artículo de investigación se va a dividir en
dos partes. En la primera parte se va a realizar una breve contextualización de la forma como el PLEP se concibió y se discutió para finalmente ser promulgado en el Acto Legislativo 01 de 2016.

En la segunda parte, se van a contrastar las etapas y características del PLEP con otras modalidades o etapas de procedimiento que integran el derecho constitucional del procedimiento legislativo. Lo anterior con el fin de analizar las semejanzas y diferencias existentes entre los distintos tipos de procedimientos. A manera de conclusión, se van a identificar los debates que pueden surgir como consecuencia de las particularidades del PLEP.

## Una breve contextualización del Acto Legislativo 01 de 2016 que creó el PLEP.

Después de muchos intentos de resolver el conflicto armado interno entre las fuerzas del Estado Colombiano y el grupo insurgente revolucionario FARC, el gobierno del Presidente Juan Manuel Santos dio inicio en el año 2011 a un proceso de negociación que se adelantó en la Habana (Cuba). Las negociaciones se adelantaron con la participación de delegados del Gobierno, de los altos miembros del grupo guerrillero y con la observación de la comunidad internacional.

Los resultados de ese proceso de negociación fueron condesados en un documento de acuerdo final que se suscribió en la Habana (Cuba) el 26 de junio de 2016 y en Colombia el 26 de septiembre y posteriormente el 24 de noviembre del mismo año.

Este documento plasmó la reincorporación de los miembros de las

FARC a la vida civil y la dejación de las armas del grupo guerrillero más antiguo del continente, bajo el entendido de que era necesaria la realización de una serie de modificaciones estructurales a diversos aspectos del sistema jurídico, político, económico y social del Estado Colombiano. Estas modificaciones serían requeridas con el fin de facilitar la transición de este grupo armado a la vida democrática.

Los principales temas que se abordaron en el acuerdo fueron: El desarrollo agrario mediante la realización de una reforma rural integral; la reconfiguración de las instituciones democráticas mediante la autorización de la participación en política de los miembros de las FARC y la ampliación de los escenarios de participación de los grupos y movimientos sociales, especialmente de quienes asocian a poblaciones tradicionalmente excluidas del proceso político; las condiciones para adelantar el cese al fuego y de hostilidades bilaterales y dejación de las armas, y la reincorporación de los miembros de las FARC a la sociedad; el tratamiento al problema del tráfico de drogas; el tratamiento de las víctimas y las reparaciones a las que aquellas tengan derecho mediante la Jurisdicción Especial para la Paz (Acuerdo Final, 2016). Estos tópicos se incorporaron en el acuerdo final con una vocación de ser puestas en marcha mediante un extenso plan de reforma institucional en Colombia.

Pero adelantar ese plan de reforma, en un contexto de alta polarización como el que ha caracterizado el Proceso de Paz, requería de la adopción de medidas que facilitaran de manera rápida, la realización de los cambios y transformaciones institucionales objeto de negociación[6] .

Por este motivo, de forma concomitante a las negociaciones de paz, se dio inicio al trámite del proyecto de Acto Legislativo 157 de 2015 Cámara, 04 de 2015 Senado, “por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”.

6. La polarización en torno a esta temática se hizo evidente en la votación del Plebiscito realizada el día dos de Octubre de 2016 como un mecanismo para consultar al pueblo colombiano frente a su nivel de aprobación o desaprobación del texto de los acuerdos. Este plebiscito se adelantó en seguimiento de las previsiones establecidas en la Ley 1806 de 2016. El resultado de esta contienda electoral incorporado en la Resolución 014 del 19 de octubre de 2016 proferida el Consejo Nacional Electoral, declaró que el escrutinio del plebiscito: “Obtuvo una mayoría por la opción NO con 6.438.538 votos, contra 6.382.901 votos obtenidos por la opción SI”. (Resolución 014 del 19 de octubre de 2016, CNE)

Mediante este proyecto de iniciativa gubernamental, pero que fue acompañado con el respaldo de más de 40 Congresistas (Gaceta del Congreso No 706, 15 de septiembre de 2015 p.1), se proponía la realización de una serie de modificaciones transitorias a los procedimientos de creación de normas jurídicas, tanto de rango legal como de normas de rango constitucional, en el ordenamiento jurídico colombiano. En la exposición de motivos de esta iniciativa se lee como justificación para la tramitación del proyecto lo siguiente:

> En todas las negociaciones es determinante proveer garantías de que lo que se acuerda en efecto se va a cumplir. No será posible llegar a la firma de un Acuerdo Final si el Gobierno no dispone de un mecanismo creíble para convencer a la contraparte de que el desarrollo normativo para la implementación será fiel a lo acordado y que se respetará la palabra empeñada. (Gaceta del Congreso No 706, 15 de septiembre de 2015 p. 2).

El trámite del proyecto de acto legislativo 157 de 2015 Cámara, 04 de 2015 Senado, comenzó el 15 de septiembre de 2015 y culminó el 7 de Julio de 2016 con la promulgación del Acto Legislativo 01 de 2016.

Inicialmente, el proyecto de acto legislativo se limitó a proponer dos determinaciones especiales y transitorias en relación con la implementación del Acuerdo de Paz.

La primera de ellas establecía las condiciones de validez y de vigencia, los términos y las características del PLEP. La segunda otorgaba unas facultades habilitantes al Presidente de la República para expedir proyectos con fuerza de ley en relación con los Acuerdos de Paz.

Pero la fisionomía del proyecto original se fue transformando a lo largo de los ocho debates realizados en las células legislativas. Estas transformaciones se construyeron a partir de los debates que se dieron entre los congresistas y las bancadas parlamentarias.

Éstas culminaron con la aprobación de un acto legislativo compuesto por tres artículos adicionales a los dos inicialmente publicados en el proyecto radicado por el gobierno nacional. Los debates en relación con este proyecto se centraron, principalmente, en tres discusiones: (i) la incorporación de algunas salvaguardas para preservar los poderes del órgano legislativo en el PLEP; (ii) la

especificación de las fuentes económicas para la financiación de la implementación de los Acuerdos de Paz y (iii) la clarificación de los términos de vigencia del acto legislativo[7] .

En su versión original, el proyecto de acto legislativo 01 de 2016 planteaba una serie de cambios importantes que limitaban seriamente la capacidad de representación de los miembros del Congreso frente a las normas relacionadas con la implementación de los Acuerdos de Paz. Estas limitaciones eran principalmente dos. La primera, estaba relacionada con la creación de una Comisión Legislativa para la Paz que estaría encargada de efectuar el primer debate de los proyectos de ley y de acto legislativo tramitados por esta vía. La segunda restringía los poderes de representación de los Congresistas que no hicieran parte de la Comisión Legislativa para la Paz.

El proyecto de acto legislativo establecía que, para dar el primer debate a los proyectos derivados de la implementación del Acuerdo de Paz, habría una Comisión Legislativa Especial para la Paz. Esta comisión estaría formada por los 19 miembros de las Comisión Primera de Senado y los 35 miembros de la misma comisión de la Cámara, quienes estarían acompañados por 14 congresistas adicionales. Estos últimos, serían nombrados por las mesas directivas de ambas cámaras, quienes tendrían como limitante en tal selección, la proporcionalidad de las fuerzas políticas en el Congreso. También, la representación de las minorías étnicas (Gaceta del Congreso No 706, 15 de septiembre de 2015).

Adicionalmente, la propuesta establecía que los proyectos derivados de la implementación de los acuerdos sólo podrían modificarse en el debate en comisión. Esta transformación ordenaba la inaplicación, para esta clase de trámite, de lo dispuesto en el artículo

7. Durante el trámite del Acto Legislativo 01 de 2016, se discutió el asunto de su vigencia desde el comienzo del trámite para determinar las condiciones mediantes las cuales se activaría el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz. De esta forma, se lee en el informe de ponencia que incorpora el texto propuesto para dar primer debate al Acto Legislativo en la Comisión Primera del Senado de la Republica en donde el proyecto inicio el primero de sus ocho debates: "Este Acto Legislativo está acompañado de garantías durante todo el desarrollo. En primer lugar es la ciudadanía quien decidirá si estos procedimientos se llevarán o no a cabo a través de la refrendación ciudadana, en segundo lugar la aprobación de las leyes sigue estando en el órgano competente: el Congreso, y por último la Corte Constitucional quien revisa los procedimientos legislativos por excelencia, es quien seguirá garantizando el debido proceso y velando por el respeto a la Constitución. La refrendación es el primer paso en el desarrollo de este Acto Legislativo, pues no hay mayor garante en cualquier proceso democrático, que el pronunciamiento de la sociedad en su conjunto. Es el constituyente primario quien avalará el inicio del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz y el uso de las Facultades Extraordinarias por parte del Presidente de la República. Esta es probablemente la mayor garantía de legitimidad". (Gaceta del Congreso 776 del 2 de octubre de 2015).Sin embargo, tras la derrota el día dos de octubre de 2016 del Plebiscito convocado para dar este aval, el Congreso de Colombia realizó la refrendación de los acuerdos en representación del pueblo de Colombia. Esta refrendación se aprobó con 75 votos a favor en la plenaria del Senado y con 130 votos en la Plenaria de la Cámara. Para esta finalidad se acudió a la aprobación de una proposición con base en lo preceptuado en el artículo 248 de la ley 5 de 1992, en la que se regula lo relacionado con la función de control político del Congreso.

160 C.P. para el trámite legislativo ordinario. En esta disposición se señala que: "Durante el segundo debate cada Cámara podrá introducir al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que juzgue necesarias".

La conjugación de estas limitaciones dejaba a más de 250 miembros del Congreso sin ninguna capacidad de ejercer su función de representación, excepción hecha de la posibilidad de votar por la aprobación o in-aprobación de las propuestas legislativas. Por este motivo, las discusiones de los legisladores se enfocaron en contener los efectos de esta limitación a su capacidad de representación. Sobre el particular se señaló en el quinto debate de esta iniciativa:

> Entonces, esa comisión iba subrogar al Congreso de la República, lo iba acabar porque lo que aquí definiéramos iba a pasar a la plenaria y en la plenaria no se le podía modificar ni una coma, ni una j, ni una tilde y lo único que podría hacer esa plenaria era improbar por mayoría absoluta, un engendro espantoso; la minoría paralizaría porque la improbación por mayoría absoluta significaba que era la minoría la que tenía la voz en la plenaria y los Senadores no tenían, los Senadores de la plenaria no tenían la más mínima posibilidad de presentar ninguna modificación. Eso fue lo que debatimos y eso se cambió en la plenaria, porque es que la plenaria no va aceptar, es que es una provocación, es una indecencia decirles a los Senadores que nosotros supersenadores de las comisiones primeras nos quedamos con todos los poderes para implementar la ley y los otros allá simplemente pudiendo improbar por mayoría absoluta lo que hagamos acá. (Gaceta del Congreso No 183, 31 de marzo de 2016, p. 45).

Estos y otros argumentos fueron centrales para la eliminación de esta limitación. Así durante el sexto debate, el debate de Plenaria del Senado de la segunda vuelta del Acto Legislativo, se señaló: "Ha muerto, la Comisión Legislativa ha revivido el Congreso". (Gaceta No 405, 10 de junio de 2016, p.49).

Al finalizar, el acto legislativo terminó estableciendo distintas medidas para facilitar la implementación de los acuerdos de paz.

Una de estas medidas fue, la creación de un Plan Plurianual de Inversiones dentro del Plan Nacional de Desarrollo para garantizar el flujo de recursos del Presupuesto General de la Nación hacia la

implementación de los acuerdos.

En segundo lugar, el acto legislativo otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para que este pueda decretar medias legislativas necesarias para la puesta en marcha de los acuerdos.

En tercer lugar, el proyecto creó un PLEP que se caracteriza por ser más rápido y comprimido que el procedimiento legislativo ordinario. Este procedimiento especial, modifica el procedimiento legislativo ordinario en aspectos relacionados con: (i) iniciativa legislativa; (ii) poderes de enmienda de los legisladores (iii) número de debates para la aprobación de los proyectos de ley y de actos legislativos (iv) determinación de las condiciones de validez de los debates para el trámite de actos legislativos, (v) formas de votación de los proyectos de ley y de actos legislativo.

El acto legislativo, también modificó el control constitucional de los actos normativos tramitados mediante este procedimiento especial. Sin embargo, el acto legislativo no realizó ninguna variación en relación con las reglas de votación para las reformas legales y constitucionales que se adelanten haciendo uso de este procedimiento legislativo especial.

Este acto fue declarado como ajustado a las competencias y poderes de reforma constitucional del órgano legislativo, en su papel de poder constituyente derivado, mediante la sentencia C-699 de 2016 de la Corte Constitucional.

Esta decisión se profirió como consecuencia de una demanda de inconstitucionalidad en contra del Acto Legislativo 01 de 2016. El actor dentro de este proceso alegó que el acto legislativo alteraba el principio de rigidez constitucional, y por esta vía sustituía la Constitución, en la medida en que se flexibilizaba la posibilidad de reformar la Constitución mediante los procedimientos abreviados del acto legislativo, y se alteraba un elemento estructurante de la Constitución de 1991[8].

8. La sustitución de la Constitución puede definirse como un fenómeno jurídico a partir del cual, un elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución es remplazado por otro opuesto o integralmente diferente. De conformidad con lo anterior, resulta imposible reconocer la identidad básica de la Constitución una vez se ha producido la reforma. Este juicio lo adelanta la Corte Constitucional frente a las reformas a la Constitución, y lo ha definido como un vicio de procedimiento por ausencia de competencia. Sobre el particular se pueden ver las sentencias C-551 de 2003, C-1040 de 2005, y sentencia C-1056 de 2012.

Igualmente, el demandante arguyó que mediante este acto legislativo se sustituía la Constitución, al vulnerar el principio de separación de poderes. Lo anterior por otorgarle excesivas facultades al Presidente de la República para la expedición de leyes de carácter material.

La Corte declaró la Constitucionalidad del acto legislativo demandado, al negar la existencia de una sustitución de la Constitución a través de la reforma constitucional efectuada en el Acto Legislativo 01 de 2016. Para sustentar su fallo la Corte utilizó como razón de decisión, el siguiente argumento:

> El esquema de reforma constitucional, que provee de resistencia relativa a las normas de la Constitución de 1991, no es intangible. Los artículos 374 y siguientes del texto constitucional, y los demás que los integran, pueden ser modificados por el poder de reforma ejercido por el Congreso, el pueblo mediante referendo y la asamblea nacional constituyente. (...) La Corte debe además agregar que no forma parte de la identidad de la Constitución la inmodificabilidad de las cláusulas de reforma". (Sentencia C-699 de 2016).

En este orden de ideas, la Corte Constitucional estableció que la rigidez constitucional debe entenderse como un concepto que es relativo, es variable y es diverso, de conformidad con el texto de la Constitución de 1991. Es relativo en la medida en la que a pesar de que las reformas constitucionales son más exigentes que los cambios de la Ley, ellas son menos exigentes que los mecanismos de reformas establecidos en otras constituciones:

> Primero, la Constitución de 1991 no prevé límites de intangibilidad material absoluta, ni cláusulas de perpetuidad, como lo hacían distintas constitucionales nacionales tales como las de 1821, 1830, 1832, 1843 o actualmente lo hacen por ejemplo las Constituciones de Alemania, Italia o Francia o Brasil. En este orden de ideas, la Corte señala que la posibilidad de modificar las normas sobre reformas constitucionales es "susceptible de adaptación transicional. (Sentencia C-699 de 2016).

También señaló la Corte, que la rigidez constitucional es un concepto variable y diverso, en la medida en la que es posible hacer uso de distintas formas para modificar la Constitución. Con base en estos argumentos encontró la Corte que no existía sustitución

de la constitución en el Acto Legislativo 01 de 2016. Por último, la Corte tampoco encontró probado el cargo de sustitución del este acto legislativo, al principio de separación de poderes. Lo anterior, al señalar:

> La Corte no observa, sin embargo, que el Congreso de la República hubiera sustituido el principio de separación de poderes que identifica la Constitución. En primer lugar, no es un exceso del poder de revisión constitucional conferir facultades extraordinarias, pues ya lo ha hecho en el pasado por ejemplo en los Actos Legislativos 3 de 2002, 1 de 2003 y 5 de 2011. Esto es relevante no solo porque ya estos Actos forman parte de la Constitución, y por tanto contribuyen a definir su propia identidad, sino además porque como se indicó, la Corte ha juzgado exequible la habilitación legislativa extraordinaria al Presidente de la República por parte de los órganos constituidos competentes para reformar la Constitución. (Sentencia C-699 de 2016).

Visto el trámite del Acto Legislativo 01 de 2016, es preciso establecer el grado de innovación que el Procedimiento Legislativo Especial de Paz presenta para el derecho constitucional del procedimiento legislativo. El próximo aparte se ocupará de este tópico.

## ¿Qué tan especial es el PLEP?

El Acto Legislativo 01 de 2016 faculta la implicación de algunos de los aspectos contemplados en los artículos 142, 152, 154, 157, 160, y 375 de la C.P. Lo anterior, con el propósito de aplicar, de forma transitoria y para garantizar la implementación de los acuerdos de paz, las disposiciones contenidas en los literales a) al k) del artículo 1 de este acto legislativo.

Estas disposiciones del acto legislativo plantean algunas variaciones importantes a ciertos requerimientos del trámite regular de las leyes y de los actos legislativos. Requerimientos contenidos en las normas constitucionales y en las normas de rango orgánico de la Ley 5 de 1992.

No obstante, muchas de estas modificaciones no son ni extrañas ni ajenas al derecho constitucional del procedimiento legislativo colombiano. El PLEP posee algunas de las características de la tramitación de los proyectos de ley con mensaje de urgencia. Igualmente, el PLEP comparte algunas de las etapas del procedi-

miento ordinario para la creación de leyes contentivas de materias de iniciativa privativa del Gobierno.

En este orden de ideas, el PLEP, más que un procedimiento originario, es una mezcla de distintas modalidades o tipos de procedimientos ya reconocidos en el ordenamiento jurídico colombiano.

A continuación, se van a rastrear las influencias de estas modalidades del trámite legislativo, en el PLEP.

## El primer componente de la mezcla: la influencia del procedimiento sobre leyes de iniciativa privativa del Gobierno.

Una primera influencia del PLEP, está dada en el trámite de los proyectos de ley de iniciativa privativa del gobierno. Este trámite se encuentra contemplado en el inciso segundo del artículo 154 C.P.

En efecto, la Constitución otorga una iniciativa legislativa diversa a distintos sujetos que cuentan con la capacidad de activar el trámite legislativo mediante la radicación de proyectos de ley. Actores como los miembros del Congreso, el pueblo, las altas cortes y de otras instituciones que conforman la estructura del Estado Colombiano, así como, el gobierno nacional, cuentan con la competencia de promover la discusión de propuestas legislativas.

Sin embargo, este mismo artículo de la Constitución establece una esfera de iniciativa que es de competencia exclusiva del gobierno. Lo anterior, para que sólo mediante el concurso de la rama ejecutiva , se pueda activar el procedimiento legislativo[9] . Este rasgo ha sido definido por la doctrina constitucional colombiana como una manifestación de la primacía del poder ejecutivo dentro de la estructura del Estado Colombiano, y ha permitido que nuestro sistema político no sea calificado como un sistema presidencial sino como un sistema presidencialista (Fuentes, 2012).

9. Se utiliza la expresión ejecutivo a manera de sinónimo del término gobierno para denotar la posibilidad de los ministros de presentar iniciativas legislativas. señala sobre este particular Palacio Torres: "Una opinión distinta es la ofrecida por la Corte Constitucional colombiano, órgano que llega a la inevitable conclusión de que la potestad de iniciativa legislativa del Gobierno es ejercida por los ministros, con la diferencia de que este tribunal no parece apreciar contradicción alguna entre las normas constitucionales o al menos no lo ha expresado así. Al respecto expreso en uno de sus pronunciamientos: (...) Cabe señalar, igualmente, que ni la Constitución ni la ley exigen que el Presidente como suprema autoridad administrativa y jefe de Gobierno, presente directamente al Congreso ni suscriba los proyectos de ley de iniciativa gubernamental pues como lo dispone de forma expresa los artículos 200y 208 C.P. el Gobierno encabezado por el Presidente de la República, en relación con el Congreso, concurre a la formación de las leyes presentando proyectos por intermedio de los ministros, quienes son sus voceros". (Palacio Torres, 2005)

El Acto Legislativo 01 de 2016, lo que hace, es trasponer lo relacionado con la competencia exclusiva del gobierno, al PLEP. A partir de esta transposición, se amplía totalmente la esfera de competencia del ejecutivo. De forma correlativa, se vacía la esfera de competencia de los demás sujetos que pueden activar el procedimiento legislativo, para el caso de las leyes y actos legislativos que deban ser tramitados mediante el PLEP.

No obstante, el otorgamiento de la competencia privativa del Gobierno es realizado de forma distinta a la manera como se autoriza regularmente esta competencia en la Constitución de 1991. En efecto, mientras que la Constitución establece en el artículo 154, de manera taxativa el tipo de materias frente a las que el Gobierno tiene iniciativa legislativa exclusiva, el Acto Legislativo 01 de 2016, no establece una serie de cláusulas cerradas[10]. Más bien, utiliza una cláusula muy abierta en la que la única salvaguarda que se dispone para acotar esta competencia es que el gobierno haga uso de ella para "facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y duradera".

Es importante precisar que esta salvaguarda fue incorporada al Acto Legislativo como resultado del debate parlamentario. En efecto, fueron los miembros del Congreso los que adicionaron la propuesta originalmente publicada por el gobierno.

Empero, la incorporación de esta salvaguarda, la vaguedad en la autorización para la activación del Procedimiento Legislativo Especial por parte del Gobierno, ya está empezando a generar problemas en el ordenamiento jurídico colombiano. Estos conflictos emergen en la medida en la que los demás sujetos con competencia para activar el procedimiento legislativo, la sociedad civil y principalmente la Corte Constitucional, no compartan la voluntad del ejecutivo de radicar un determinado proyecto de ley o de acto legislativo mediante el PLEP[11].

10. Señala sobre el particular la norma citada: "sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes a que se refieren los numerales 3, 7, 9, 11 y 22 y los literales a, b y e, del numeral 19 del artículo 150; las que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas; las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales".
11. Los medios de comunicación nacional han realizado críticas a la realización de ajustes, reglamentaciones o modificaciones a temas como: el Sistema de Nacional de Educación (El Espectador, 14 de Febrero de 2017) o la reglamentación de la Consulta Previa (ámbito jurídico 3 de marzo de 2017) por vía del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz.

Un segundo elemento importante relacionado con esta materia tiene que ver con el tema de los avales a las enmiendas y modificaciones propuestas por los congresistas a los proyectos de ley.

En efecto, el Acto Legislativo 01 de 2016 limita la capacidad de los miembros del Congreso de realizar enmiendas a los proyectos de ley tramitados mediante este procedimiento legislativo especial, al exigir el aval previo del gobierno. Sin embargo, es preciso señalar que esta modificación no resulta muy distante de lo que por vía jurisprudencial se ha reconocido en materia de procedimiento legislativo ordinario frente a los avales que tiene que otorgar el gobierno nacional a los temas de su iniciativa reservada. Sobre el particular ha comentado la Corte Constitucional:

> Debe aclararse que la iniciativa legislativa gubernamental no se circunscribe al acto de la mera presentación del proyecto de ley como en principio pareciera indicarlo el artículo 154 Superior. En realidad, teniendo en cuenta el fundamento de su consagración constitucional, cual es el de evitar que se legisle sin el conocimiento y consentimiento del Ejecutivo sobre materias que comprometen aspectos propios de su competencia, dicha atribución debe entenderse como aquella función pública que busca impulsar el proceso de formación de las leyes, no sólo a partir de su iniciación sino también en instancias posteriores del trámite parlamentario. Entonces, podría sostenerse, sin lugar a equívocos, que la intervención y coadyuvancia del Gobierno Nacional durante la discusión, trámite y aprobación de un proyecto de ley de iniciativa reservada, constituye una manifestación tácita de la voluntad legislativa gubernamental y, desde esa perspectiva, tal proceder se entiende inscrito en la exigencia consagrada en el inciso 2º del artículo 154 de la Constitución Política(...) Ahora bien, en el presente caso la Corte constata que en el expediente figura copia de las proposiciones aditivas del articulado contenido en las proposiciones con que culminaron los informes de ponencia para segundo debate tanto en la Cámara de Representantes como en el Senado de la República presentadas por algunos parlamentarios en las sesiones plenarias de una y otra Cámara referentes a los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, y 8º de la Ley 818 de 2003, en las que aparece la firma del Ministro de Hacienda y Crédito Público, así como en la mayoría de ellas la del Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural. (Sentencia C-370 de 2004).

Tal y como se desprende de la lectura de esta subregla jurisprudencial, las propuestas, modificaciones y supresiones de los proyectos de ley de iniciativa privativa del gobierno deben contar con un aval del Ejecutivo para ser consideradas como válidas.

En este orden de ideas, aunque el texto expreso de la Constitución no establece esta clase de avales como un requisito para las modificaciones, supresiones o adiciones realizadas por los Congresistas a los proyectos de ley de iniciativa privativa del Gobierno, la Corte Constitucional ha establecido la obligatoriedad de este tipo de avales en esta clase de trámite legislativo.

El Acto Legislativo 01 de 2016, entonces, lo que hace es incorporar las subreglas jurisprudenciales que la Corte Constitucional ha venido construyendo para decantar el derecho constitucional del procedimiento legislativo.

## La influencia del trámite de proyectos de ley mediante mensaje de urgencia

Otra de las influencias del PLEP está dada en el trámite de proyectos de ley mediante mensaje de urgencia consagrado en el artículo 163 C.P. Esta norma constitucional otorga una posibilidad para el Presidente de la República, de ordenar la agenda legislativa para que se priorice la discusión de los proyectos de ley respecto de los que el ejecutivo tenga un especial interés.

Este poder de agendamiento es tan grande, que la Constitución incluso determina que se pueda excluir "la consideración de cualquier otro asunto, hasta tanto la respectiva cámara o comisión decida sobre él" (art. 163 C.P.). Este mensaje de urgencia tiene otras características importantes. La primera es que ordena que las comisiones constitucionales sesionen conjuntamente para la tramitación de los proyectos de ley con mensaje de urgencia. La segunda es que establece un plazo máximo de 30 días para que se culmine con la fase parlamentaria del proceso legislativo (Lancheros, 2012). Sobre este tipo de trámite se ha considerado por la doctrina:

> El Presidente de la República podrá solicitar trámite de urgencia para cualquier proyecto de ley. En tal caso, la respectiva Cámara deberá decidir sobre el mismo dentro de un plazo de 30 días.

> Aun dentro de este lapso la manifestación de urgencia puede repetirse en todas las etapas constitucionales del proyecto. (Alcántara Sáez, García Montero y Sánchez López, 2005, p. 222)

El Acto legislativo 01 de 2016 incluye algunos de estos apartes del artículo 163 C.P. para la configuración del PLEP, pero no todos. En primer término, el acto legislativo ordena la prelación de la discusión de los proyectos relacionados con la implementación de los acuerdos. También determina la realización de sesiones conjuntas de las comisiones constitucionales permanentes para dar el primer debate a esta clase de iniciativas.

Sin embargo, lo relacionado con el término de 30 días que el artículo 163 de la Constitución de 1991 dispone como plazo para la discusión de los proyectos tramitados mediante el procedimiento de mensaje de urgencia, no fue incorporado a los requisitos establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2016.

Esta situación puede generar un problema inesperado para el trámite de los proyectos de ley y de acto legislativo que se efectúen haciendo uso del PLEP. Este problema es que a pesar de que se reduzca el número de debates, las iniciativas adelantadas por el PLEP no se tramiten tan ágilmente, como lo requiere la implementación de los Acuerdos de Paz. Y lo que es peor, este fenómeno puede producir que se paralice por completo la actividad del Congreso mientras se resuelve lo relacionado con la implementación de los acuerdos[12].

## Lo realmente nuevo en el trámite del PLEP

A pesar de que el PLEP comparte algunos aspectos relevantes en relación con otro tipo de procedimientos del derecho constitucional del procedimiento legislativo, existen tres aspectos novedosos que no revisten antecedentes en las normas que conforman este concepto. El primero está relacionado con la forma de votación de los proyectos de ley y de actos legislativos, el segundo con la apro-

12. Sobre este particular se ha señalado por Congreso Visible: "El gobierno ha radicado siete iniciativas más, pero casi todas están lejos de ser aprobadas. Las únicas que han avanzado son el Estatuto de la Oposición, al que sólo le falta pasar por la plenaria del senado, y el Acto Legislativo que regula la participación Política de las Farc, próxima a entrar a tercer debate en la Comisión Primera de la cámara alta. Los cinco proyectos restantes ni siquiera han surtido el primer debate en el Congreso. En este sentido de parálisis están asuntos fundamentales para la implementación, como la iniciativa que crea el sistema nacional de innovación agropecuaria, el que regula la adecuación de tierras, la que asigna una porción de las regalías para la infraestructura del campo y la que regula la adquisición de derechos para partidos y movimientos políticos minoritarios. Hasta apenas el pasado martes 4 de abril, el gobierno radicó el acto legislativo radicó el acto legislativo para prohibir expresamente la creación, la financiación y el encubrimiento de grupos paramilitares y de justicia privada. (Congreso Visible, 5 de abril de 2017)

bación de los actos legislativos en una sola vuelta y en sesiones extraordinarias y el tercero está relacionado con las modificaciones al control constitucional.

En relación con las votaciones, este procedimiento modifica el artículo 134 de la Ley 5 de 1992 que posibilita la votación por partes de los proyectos de Ley. El PLEP, en cambio, prohíbe la posibilidad de votación por partes y ordena que en los debates se realice la votación de la totalidad de los proyectos en un único acto. Esta prohibición de votación por partes, pretende otorgar mayor celeridad a la aprobación de los actos normativos creados como consecuencia de la implementación de los acuerdos de paz.

En relación con la modificación al trámite de los actos legislativos relacionados con la implementación a los Acuerdos de Paz, es preciso señalar que la Corte Constitucional ya se pronunció sobre la adecuación de esta variación al ordenamiento constitucional, en virtud de la sentencia C-699 de 2016, en la que encontró ajustado a la Constitución la tramitación de los proyectos de acto legislativo en una sola vuelta, durante sesiones extraordinarias y con un acortamiento de 15 a 8 días del plazo para el tránsito de la iniciativa para debate, de la cámara de origen a la cámara de cierre.

Empero, la modificación más importante en relación con este procedimiento legislativo, y sobre la que la Corte Constitucional aún no se ha pronunciado, está dada en las trasformaciones al Control Constitucional. En este orden de ideas, el numeral K) del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2016, el cual determina que:

> k) Los proyectos de ley y de acto legislativo tramitados mediante el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz tendrán control automático y único de constitucionalidad, posterior a su entrada en vigencia. Las Leyes Estatuarias tendrán control previo, de conformidad con lo previsto en el artículo 153 de la Constitución. El control de constitucionalidad de los actos legislativos se hará solo por vicios de procedimiento en su formación. Los términos de esta revisión para leyes y actos legislativos se reducirán a la tercera parte de los del procedimiento ordinario y no podrán ser prorrogados.

Este artículo plantea varias innovaciones al derecho constitucional del procedimiento legislativo en relación con el control constitucional. La primera de ellas tiene que ver con la existencia de

control constitucional automático para leyes de carácter no estatutario o para la expedición de actos Legislativos.

En este orden de ideas, el Acto Legislativo 01 de 2016 establece una competencia que parecería implicar una ampliación del radio de acción de la Corte Constitucional. Lo anterior, en la medida en la que esta norma le otorga a esta alta corte la prerrogativa de efectuar la revisión de la constitucionalidad de estos actos normativos, pero sin que medie la interposición de la acción de inconstitucionalidad por parte de ningún actor o demandante para la activación de este mecanismo de control de la regularidad del procedimiento legislativo.

Esta competencia entonces, puede hacerse asimilable a la revisión automática que realiza la Corte en relación con el control constitucional de las leyes de carácter estatutario. Con todo, la revisión automática contemplada en el PLEP se diferencia de la revisión automática de las leyes estatutarias, en la medida en la es una revisión posterior a la entrada en vigencia de las leyes o actos legislativos aprobados mediante el PLEP.

Esta innovación la efectúo el Congreso con el propósito de equiparar el control constitucional de la ley en sentido formal, del control constitucional de los decretos expedidos por el Gobierno para la implementación de los Acuerdos de Paz. Control este que en virtud de lo contemplado en el artículo 2 de este mismo acto legislativo, es posterior y no previo. Se dijo sobre este asunto en el debate de plenaria del Senado en segunda vuelta:

> Además, presentaré también la proposición de que el control de constitucionalidad de las leyes no sea como lo había pretendido el Gobierno, previo y automático, porque me parece que eso es rebajar el nivel de las leyes y dejar en mejor grado los decretos leyes del Presidente de la República, sino que este control de constitucionalidad sea posterior a la expedición de las leyes por parte del Congreso de la República (Gaceta del Congreso No 405, 10 de junio de 2016, p. 32)

Esta proposición fue presentada y aprobada por la plenaria del Senado de la República. De todas formas, el acto legislativo hizo una distinción entre el control automático posterior de las leyes ordinarias y orgánicas y de los actos legislativos y el control automático de las leyes estatutarios, el cual continúa siendo previo tal

y como lo consagra el artículo 153 C.P. Lo anterior, en virtud de lo contemplado en el literal k) del artículo 1 anteriormente trascrito.

Pero la idea de ampliación del radio de acción del control constitucional se desvanece cuando se presta atención al adjetivo único que acompaña las prerrogativas otorgadas a la Corte sobre la materia. Este adjetivo sólo aparece en el informe de ponencia para dar séptimo debate, que fue publicado en la Gaceta 276 del 17 de mayo de 2016. Por el Contrario, hasta el sexto debate en la plenaria del Senado, el control constitucional de las normas expedidas mediante el PLEP, era igual al control de las leyes estatutarias establecido en el artículo 153 C.P. Señalaba sobre este particular, la proposición con la que termina el informe de ponencia que fue aprobada por la Plenaria del Senado:

> El trámite de los proyectos de ley comprenderá su revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, en los mismos términos y con los mismos efectos previstos en el artículo 153 de la Constitución. Al realizar esta revisión, la Corte Constitucional verificará que los proyectos de ley sometidos a control de constitucionalidad tengan como objeto la implementación normativa del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. El control de constitucionalidad de los actos legislativos se hará solo por vicios de procedimiento en su formación de esta revisión se reducirán a la tercera parte de los del procedimiento ordinario y no podrán ser prorrogados. (Gaceta 158 del 19 de abril de 2016, p. 8).

Este informe muestra cómo en el sexto debate no se calificaba con el adjetivo de único al Control Constitucional sobre estos actos normativos. Esta inexistencia de consideración frente a este tema presenta diversos problemas. En primer término, una posible transgresión al principio de consecutividad. En segundo lugar, este problema se agudiza si se toma en consideración que, en el ordenamiento jurídico colombiano, no existe ningún tipo de antecedente la existencia de una limitación de esta naturaleza al control constitucional.

Y, en tercer lugar, la revisión de los antecedentes legislativos sobre el tema tampoco da mayores luces en relación la significación del concepto de control constitucional único. Sólo dos referencias aparecen en el debate de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes en el que apareció “colgada” la figura. La primera

del representante de la bancada del centro democrático quien expreso:

> Lo primero es que trae otro articulado, otro procedimiento especial, en el artículo 1º ya vimos que el Gobierno ahora nos dice y las Farc como van a hacer el procedimiento para los actos legislativos, los proyectos de ley ordinaria, ahora nos trae también un procedimiento distinto para que sea mucho más fácil introducir al ordenamiento jurídico el Acuerdo Final y por último dentro de este artículo nos dice, nos habla sobre el control constitucional y ¿Qué nos dice sobre el control constitucional? Que va a ser solo uno, va a ser un control único y automático y deja por supuesto el resto de los controles por fuera, controles por vía de acción como la acción pública por inconstitucionalidad, los actos reformatorios de la Constitución, la acción de nulidad por inconstitucionalidad, la acción pública de nulidad, la acción de tutela, el control previo, el control por vía de excepción, no hay ninguna posibilidad de hacerle algún tipo de control a esta incorporación de lo recetado por los terroristas de La Habana. (Gaceta 488, 18 de mayo de 2016, p. 68)

La segunda de un representante del partido de la Unidad Nacional que señaló:

> Le contaba señor Presidente y honorables Representantes que esa situación que se previó en este Acto Legislativo del Control Automático va a ser muy útil y va a ser muy importante por una sencilla y elemental razón, la incertidumbre jurídica que se crea muchas veces con las leyes que aprobamos, muchas veces el Gobierno nacional, un ciudadano o cualquier persona demanda una Norma, la Norma la declaran inexequible y no se sabe qué pasa, eso ocurrió doctor Édward con la Ley 975, una ley bien concebida, bien intencionada, una Ley de Justicia y Paz, pero no tuvo ese blindaje que hoy propone esta Norma, propone esta iniciativa y muchos de esos artículos de la Ley 975 fueron declarados inexequibles, ¿Sabe qué ocurrió con las personas que derivaban de allí una determinada situación Jurídica? Una enorme incertidumbre, eso no va a pasar dentro del contexto de este marco, esta estructura, esta serie de Normas porque justamente se garantiza un Control Automático. Y debo decir naturalmente que un Acuerdo de Paz es un Acuerdo Político, es un Acuerdo Político que necesariamente llegará al Congreso, pero para que llegue al Congreso previamente y para que el Congreso lo

> adopte a través de un Acuerdo Especial, necesariamente primero tendrá que ir al pueblo para que a través de un mecanismo de refrendación le diga Sí o le diga No. (Gaceta 488, 18 de mayo de 2016, p.85)

Estas dos referencias muestran una tensión al interior del Congreso, entre el derecho a la participación política de los ciudadanos, que se verían limitados en su posibilidad de hacer uso de la acción pública de inconstitucionalidad para este tipo de leyes, y el derecho a la seguridad jurídica y a cumplir con lo acordado en el proceso de negociación; tensión que, por lo tardío de su aparición en el proceso legislativo, no parece ni resuelta ni zanjada al interior del Congreso.

Este recorte de las competencias del guardián de la Constitución augura agudas batallas legales en torno a los actos normativos que se expidan a través de este procedimiento especial.

## Conclusiones

El Acto Legislativo 01 de 2016 creó un Procedimiento Legislativo Especial que no es peculiar ni originario en el ordenamiento jurídico colombiano, en la medida en la que lo que hace es el recoger ciertas características de procedimientos ya incluidos en el derecho constitucional del procedimiento legislativo. La tramitación de los proyectos de ley con mensaje de urgencia o la utilización de algunas de las etapas del procedimiento para la creación de leyes contentivas de materias de iniciativa privativa del Gobierno, son los elementos que recoge o acompasa este procedimiento legislativo especial para la implementación de los Acuerdos de Paz.

Estas características, en última instancia pretenden, comprimir el trámite de estas normas jurídicas, para acortar los términos de aprobación de las leyes y los actos legislativos requeridos para la materialización de los acuerdos.
Pero existen ciertas particularidades del PLEP que sin duda generaran inestabilidad jurídica. Inestabilidad que no va superarse, hasta tanto se genere una doctrina constitucional para orientar los problemas de interpretación que surjan como consecuencia de la aprobación de normas jurídicas a través de este procedimiento especial.

Lo concerniente a la existencia de una relación de conexidad entre las iniciativas que presente el gobierno por la vía del PLEP y el texto final de los Acuerdos de Paz, los plazos que puede utilizar el Congreso para culminar con el trámite de las normas jurídicas que pretendan crearse mediante el Procedimiento Legislativo Especial de Paz, así como la imposibilidad de hacer uso de la acción de inconstitucionalidad para demandar estos actos normativos, serán temas que van a generar nuevas discusiones frente a estas temáticas. Debates que en última instancia pueden conducir a que lo aprobado por medio de este PLEP sea retirado del ordenamiento jurídico colombiano como resultado del control de constitucionalidad.

Si este último escenario llegara a ocurrir, se contradeciría el propósito para el cual se excepcionó la aplicación de los trámites regulares. Este escenario ocasionaría un altísimo costo para el derecho constitucional y dejaría como lección que vale la pena seguir las recomendaciones del viejo adagio según el cual, no por mucho madrugar amanece más temprano.

## Referencias bibliográficas

Manuel Alcántara Sáez, Mercedes García Montero y Francisco Sánchez López (2005), el poder legislativo en América Latina a través de sus normas. Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca.

Yenny Andrea Celemín (2015), Democracia, control horizontal y procedimiento legislativo, Tesis de Doctorado en Derecho, Bogotá, Universidad de los Andes.

Hans Kelsen (2008), La Garantía Jurisdiccional de la Constitución, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional Nº 10. México.

Luigi Ferrajoli (2011), Principia Juris, Madríd, Trotta.

Edgar Fuentes (2012), Perspectivas iberoamericanas de asuntos constitucionales, Bogotá, Universidad Jorge Tadeo Lozano.

Juan Carlos Lancheros y Fabio Pulido y otros (2010), Procedimiento Legislativo Ordinario, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer.

Alfonso Palacio Torres (2005), Concepto y control del procedimiento legislativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Chantal Thomas (2005) Constitution, trade legislation and democracy, en The Least examined Branch. The role of Legislatures in Constitutional State, New York, Cambridge University Press.

Jeremy Waldron (2005), Derecho y Desacuerdos, Madrid, Marcel Pons.

## Notas de Prensa

Ámbito Jurídico, (3 de marzo de 2017) ¿Se puede tramitar todo por Fast Track?, Disponible en https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/administracion-publica/se-puede-tramitar-todo-via-fast-track

El Espectador, (14 de Febrero de 2017) No todo vale por Fast Track, , disponible en: http://www.elespectador.com/opinion/editorial/no-todo-vale-por-fast-track-articulo-679915

Congreso Visible, (5 de abril de 2017). Fast track es un cuento: apenas 4 leyes en 125 días. Disponible en http://pacifista.co/el-fast-track-es-un-cuento-apenas-cuatro-leyes-en-125-dias/

## Documentos Electrónicos

Texto del Acuerdo Final para la terminación del Conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, disponible en: https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1

## Gacetas del Congreso

Gaceta del Congreso No 706, (15 de septiembre de 2015). Congreso de la República.

Gaceta del Congreso 776 (2 de octubre de 2015). Congreso de la República.

Gaceta del Congreso No 183, (31 de marzo de 2016). Congreso de la República.

Gaceta del Congreso No 405 (10 de Junio de 2016). Congreso de la República.

## Resoluciones

Resolución 014 del 19 de octubre de 2016 del Consejo Nacional Electoral

## Sentencias de la Corte Constitucional

Sentencia C-297 de 1993.
Sentencia C-551 de 2003.
Sentencia C-370 de 2004.
Sentencia C-816 de 2004.
Sentencia C-1040 de 2005.
Sentencia C-1056 de 2012.
Sentencia C-699 de 2016.

# DEMOCRACIA Y CONFLICTO EN AMÉRICA LATINA: LA JUSTICIA INTERNACIONAL[13]

Jorge Enrique Carvajal Martínez[14]
Andrés Mauricio Guzmán Rincón[15]

## Introducción

Hasta finales del siglo XX, el Estado territorial moderno fue la unidad dentro de la cual se aplicaba la administración de justicia, sin embargo, con la globalización y el derrumbe del socialismo ruso esto dio un giro (Fraser, 2008, pp. 16-17). Hoy en día, las instancias del derecho internacional público se han constituido en un escenario importante a la hora de tramitar conflictos (Rajagopal, 2005). En los escenarios jurídicos internacionales es más recurrente tratar asuntos relacionados con temas de Derechos Humanos, los conflictos comerciales entre Estados o entre Estados y empresas transnacionales.

En el escenario de los derechos humanos existen diversas instituciones en las cuales se puede tramitar conflictos, unas de corte mundial como la Corte Penal Internacional, otras de rango regional, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A estas instancias acuden cada vez con mayor frecuencia, víctimas de violaciones de derecho humanos, acompañados o asesorados por organizaciones sociales o organizaciones no gubernamentales ONG (González, 2011, p. 60).

Este protagonismo de los escenarios internacionales en algunos casos genera tensiones al interior de los Estados que ven afectado su soberanía política y jurídica, frente a las decisiones que toman las instancias de protección de DDHH (Abramovich, 2012, p. 211).

13. El presente artículo es un avance de investigación, del proyecto titulado: "Democracia y justicia en los sistemas de protección a los derechos humanos: Un balance de las funciones de monitoreo a los derechos humanos del Sistema Interamericano y de los mecanismos de vigilancia y supervisión de los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas, reflexiones a partir de la situación colombiana. 1991- 2014". El proyecto se encuentra inscrito al centro de investigaciones socio- jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Gran Colombia, grupo de investigación: Derecho constitucional, Reforma de la administración de justicia y bloques de constitucionalidad.

14. Doctor en sociologíajurídica e instituciones políticas. Master en Estudios Políticos del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales -IEPRI de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en sociología-jurídica, Universidad Externado de Colombia. Abogado, Universidad Nacional y Licenciado en Ciencias Sociales, Universidad Distrital Francisco José de Caldas. Docente de la Maestría en Derecho, Universidad La Gran Colombia. Correo electrónico. jecarvajalma@gmail.com.

15. Abogado y Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor de la facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra señora del Rosario, y de la Facultad de Derecho de la Universidad la Gran Colombia. Correo electrónico. andres.guzman@ugc.edu.co

En esta tensión opera una suerte de desoberanización como señala López, entendida como "eventos en los que fenómenos que subvierten el principio de autodeterminación (libertad) que inspira la noción y que explican el actual andamiaje funcional de los Estados y las sociedades a las que pertenecen" (Henrik, 2013, pp. 12-13).

Por otra parte, el uso cada vez más recurrente por parte de la sociedad de los marcos internacionales para la defensa de los Derechos Humanos está evidenciando también otros problemas, que se pueden entender como una falta de garantías de la administración de justicia nacional o un déficit de democracia, lo que obliga a las personas a buscar en lo internacional una salida de esta situación (Böhmer).

Lo anterior porque a pesar de que América Latina presenció un cambio en su modelo de Estado con la implementación del modelo constitucional contemporáneo, existe aún múltiples inequidades y permanentes conflictos de diversa orden (Carvajal, La época de los derechos, 2012).

El Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos, se ha constituido en un mecanismo de especial relevancia dentro del contexto regional a la hora de exigir a los Estados el cumplimiento de sus obligaciones convencionales en materia de derechos humanos.

Tanto la Comisión Interamericana como la Corte, mediante sus decisiones, han cumplido un papel positivo al enfrentar graves situaciones de violaciones de los derechos humanos en países que presentan contextos adversos a la plena vigencia de dichas obligaciones internacionales.

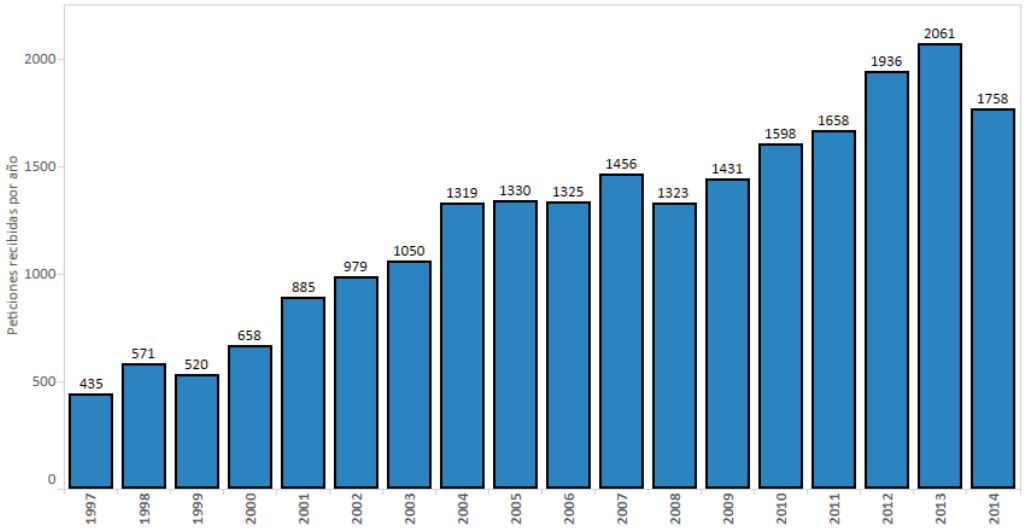
Este papel protagónico del sistema se evidencia por el mayor acceso de peticiones recibidas en la comisión. La tabla siguiente muestra este crecimiento, como es de esperarse el trabajo de la corte también adquiere especial relevancia en este contexto, desde el 1979 fecha la instalación forma de la corte hasta el 2014, esta instancia ha resuelto más de 200 casos, dictado casi 300 sentencias y emitido un importante número de medidas provisionales.

Como se evidencia, el acceso al sistema es cada vez más recurrente, por ello los Estados implementan medidas para enfrentar

las demandas que se presentan en su contra entre estas acciones tenemos: la denuncia de la convención como lo hizo Venezuela, el cumplimiento o no de las decisiones de la Corte Interamericana en el orden interno y finalmente, la creación de instancias especializadas de abogados en la defensa del Estado ante estas instancias.

Durante la década del ochenta y principios de los años noventa América Latina vivió el retorno a la democracia. En gran parte de la región, los países reformaron las constituciones, dando paso a un nuevo clima de apertura política y de cambios institucionales que promovieron procesos de negociación y condujeron a la entrega de armas de los grupos insurgentes. Los países con dictaduras militares también iniciaron procesos de transición hacia la democracia.

## Tabla No 1 Peticiones recibidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Periodo 1997-2014




Fuente: http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/estadisticas/estadisticas.html. Fecha de acceso 15 mayo de 2015.

Como se evidencia, el acceso al sistema es cada vez más recurrente, por ello los Estados implementan medidas para enfrentar las demandas que se presentan en su contra entre estas acciones tenemos: la denuncia de la convención como lo hizo Venezuela, el cumplimiento o no de las decisiones de la Corte Interamericana en el orden interno y finalmente, la creación de instancias especializadas de abogados en la defensa del Estado ante estas instancias.

Durante la década del ochenta y principios de los años noventa América Latina vivió el retorno a la democracia. En gran parte de la región, los países reformaron las constituciones, dando paso a un nuevo clima de apertura política y de cambios institucionales que promovieron procesos de negociación y condujeron a la entrega de armas de los grupos insurgentes. Los países con dictaduras militares también iniciaron procesos de transición hacia la democracia.

El resultado de dicha transición fue la implementación de un modelo de Estado constitucional que fue instaurado en la mayoría de los países de América. Este modelo político le dio un carácter plenamente normativo a la Carta Política, la cual tiene como fundamento el respeto y la satisfacción de los derechos humanos. Esta característica propia del Estado constitucional condiciona la legitimidad del poder y la producción del derecho al cumplimiento y realización de los principios establecidos en la Constitución, y establece unos límites frente a los demás poderes y al principio de la mayoría.

Por lo demás, el nuevo derecho constitucional promueve la materialización de los derechos y vigila el contenido de los mismos; de tal manera que son los derechos humanos los que se consolidan y se convierten ellos mismos en el sistema de garantías. Bajo este esquema, los poderes trabajan en función del respeto y cumplimiento de los derechos humanos, de modo que todas sus decisiones se encuentran subordinadas a este propósito.

A pesar de las reformas políticas e institucionales acaecidas en la región, estos procesos mantenían una deuda con su sociedad, relacionada con los crímenes ocurridos en las dictaduras y los gobiernos autoritarios que predominaron en gran parte de la región entre las décadas de 1960 y 1980.

Durante ese periodo, sólo fueron permitidas las prácticas políticas dirigidas por la élite del poder, y la dinámica política fue reducida a partidos y movimientos sociales que fueran seguidores de ideologías de derecha.

En el contexto de estos regímenes autoritarios, la participación de la oposición fue casi nula y se presentó una sistemática violación de los derechos humanos expresada en asesinatos de líderes so-

ciales, masacres, torturas, desapariciones y violaciones. Frente a estos hechos la sociedad demandaba justicia.

Cuando se dieron los procesos de transición a la democracia, buena parte de los Estados latinoamericanos optaron por una política de perdón y olvido, frente a la opción de conocer la verdad y hacer justicia. En este escenario, gobiernos y sociedad se enfrentaron a los dilemas propios que necesariamente surgen en los procesos de justicia y reconciliación en periodos de posconflicto o de transición a la democracia (Orozco, 2002).

Organizaciones de víctimas y organizaciones no gubernamentales de derechos humanos cuestionaron muchos de los procesos de perdón y olvido, porque consideraron que generaban impunidad frente a las graves violaciones de derechos humanos cometidas por los regímenes dictatoriales (Miranda, 1999).

En los procesos de transición a la democracia acaecidos en casi todos los países de la región desde mediados de la década del ochenta, el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación fue desconocido. En este contexto, los estrados internacionales, particularmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se convirtió en el instrumento para evitar la total impunidad.

Por otra parte, si bien es cierto que los Estados de América Latina han consolidado un modelo democrático, existe aún un déficit democrático y nuevos fenómenos sociales y económicos que han conducido a problemas de violación de los derechos humanos consagrados en las constituciones y en la Convención Interamericana.

El propósito de este texto es el de analizar el acceso a la justicia internacional con particular énfasis en el sistema interamericanos de derechos humanos y América Latina. En ese sentido, se busca establecer el papel desempeñado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el fortalecimiento de la democracia y en la defensa de los derechos de las víctimas.

Para ello, en primer lugar, se analizará la posición del Sistema Interamericano frente a la transición de las democracias en América Latina; y, en segundo lugar, se presentará la situación del Sistema frente a la globalización, los derechos humanos y la democracia.

## El sistema interamericano frente a la transición de las democracias en América Latina

En efecto, en la década de 1980 en América Latina se presentaron procesos de negociación con numerosos grupos insurgentes, particularmente en Centro América. Por otra parte, en el Cono Sur las dictaduras militares entregaron el poder a la sociedad, dando como resultado la restauración democrática al interior de los países. Sin embargo, "… estas fueron negociadas por los regímenes militares salientes, que intentaron, a menudo con éxito, asegurarse inmunidad" (Elser, 2006, p. 81).

En la mayoría de los casos, los gobiernos de transición crearon una estructura legal que desembocó en leyes de amnistía e indulto y un régimen democrático que no tocaría a los violadores de derechos humanos. Lo anterior ocasionó un alto grado de impunidad y escepticismo frente a los sistemas de justicia nacionales, obligando a organizaciones de víctimas y ONG a buscar una salida en los estrados internacionales. El sistema interamericano adquirió un importante reconocimiento por parte de organizaciones de víctimas y servicios legales que acudieron ante el sistema. En palabras de Ventura:

> Desde 1978, las leyes de impunidad proliferaron en los países de Centro y Suramérica, los cuales han sufrido largos periodos de violencia política y violación sistemática de los derechos humanos por parte del Estado. Esas leyes tomaron la forma de amnistía, prescripción e indulto, reconociendo la obediencia debida como una defensa para los crímenes cometidos por agentes del gobierno. El propósito de estas leyes ha sido el de prevenir la investigación y el castigo de graves violaciones de los derechos humanos.
>
> Ante la imposibilidad de obtener justicia en sus países, muchas personas y organizaciones no gubernamentales ha[n] recurrido a instituciones internacionales, tanto regionales como internacionales, para intentar revertir una situación que notoriamente contradecía las obligaciones internacionales contraídas por los Estados. Es acá, donde surge la importancia de las investigaciones, fallos y decisiones de los organismos regionales de protección de los derechos humanos, tales como la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos. (Ventura, 2007, p. 349)

Dado que la justicia nacional no fue efectiva frente a las denuncias por violaciones a los derechos humanos interpuestas por estas organizaciones, el camino a seguir una vez se dio el agotamiento del recurso interno fue acceder a los estrados internacionales en busca de justicia, tal y como la señalan algunas ONG:

> En épocas de dictaduras, guerras civiles y gobiernos autoritarios, la existencia del Sistema Interamericano permitió juzgar abusos que de otra forma la justicia hubiera olvidado, ayudó a superar la impunidad de algunos criminales y obtuvo la reparación y el reconocimiento para miles de víctimas. A él acudieron con desesperación quienes no encontraban justicia en sus países. Los órganos de protección contribuyeron de manera significativa a allanar caminos hacia el desarrollo del Estado de Derecho en gran parte del hemisferio. (Coalición & ong, 2009, p. 1)

El papel cumplido por el Sistema Interamericano fue de gran relevancia a la hora de luchar contra la impunidad en los crímenes cometidos contra la sociedad y que representan una violación a los derechos humanos, un papel que asumió inicialmente frente a las amnistías que los gobiernos otorgaron particularmente a miembros de las fuerzas armadas (Ventura, 2007).

Adicionalmente, durante el período de los procesos de transición, la labor del Sistema Interamericano se caracterizó por facilitar las negociaciones entre los gobiernos dictatoriales y los partidos políticos que abordaban temas como el tratamiento a las víctimas, los procesos de amnistía e indulto de los antiguos detentores del poder y el nuevo modelo de gobierno que se establecería una vez entregado el poder por parte de los primeros.

Una vez cumplida la transición y la entrega del poder a los civiles, los nuevos gobiernos se ocuparon de la construcción de mecanismos de reconciliación nacional, entre ellos las llamadas “comisiones de la verdad”, las cuales, entre otros aspectos, buscaban establecer los impactos que sobre la población civil habían generado los gobiernos de facto y las guerras internas. Sin embargo, las comisiones de la verdad no tocaron temas relacionados con la justicia, pues la mayoría de éstas solamente pretendían establecer la verdad histórica de lo ocurrido durante las dictaduras.

El papel que comenzó a desempeñar el Sistema Interamericano en la región, en especial en el contexto político de transición a

la democracia, obedece a dos elementos que es importante tener en cuenta. El primero de ellos responde al propósito mismo de la creación de la Corte como un órgano jurisdiccional del Sistema, por medio del cual se pueden tramitar casos de vulneración de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los países que han ratificado el tratado, permitiendo así determinar la responsabilidad internacional de los Estados en su deber de garantizar y llevar a cabo todas las acciones tendientes a proteger los derechos de los ciudadanos.

La Corte Interamericana se constituyó como la instancia máxima de protección de los derechos humanos en el continente americano, al actuar de manera judicial autónoma y conminar a los Estados, tanto a no vulnerar los derechos de las personas (obligación negativa), como a adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales (obligación positiva). Además, en cuanto a su función consultiva,

> la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula que el Tribunal está facultado para dar su opinión respecto a la interpretación de aquella y de otros tratados de derechos humanos. Finalmente, la Corte es competente para emitir opiniones sobre el grado de compatibilidad existente entre cualquiera de los instrumentos mencionados y una ley interna de algún miembro de la Organización de los Estados Americanos. (Salvioni, 2007, p. 35)

El segundo elemento está directamente relacionado con las competencias, funciones y alcances de las actuaciones de la Corte, y con las repercusiones políticas y sociales que trajeron —y traen— consigo sus decisiones. Dado que en el momento de su entrada en funcionamiento, el clima político del continente se encontraba sumergido, por un lado, en situaciones de conflicto armado interno (El Salvador, Nicaragua, Guatemala y Colombia), y por otro, en dictaduras militares (Argentina, Chile, el final de la dictadura en Brasil, Bolivia, Uruguay y Perú, este último con rasgos autoritarios y desmanes contra la población), se abría la posibilidad de que los ciudadanos acudieran al Sistema Interamericano cuando los recursos en el interior de sus países habían sido agotados o no eran eficaces ni eficientes en la protección de los derechos humanos de los ciudadanos. Sobre el tema del agotamiento de los recursos internos, la Corte ha señalado:

> La regla del previo agotamiento de los recursos internos en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos, tiene ciertas implicaciones que están presentes en la Convención. En efecto, según ella, los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1)[16]

Aunque los distintos países hicieron frente a la transición a la democracia de manera diferente según si se trataba de superar el conflicto interno o de poner fin a regímenes autoritarios, el común denominador de estos procesos se vio reflejado en las actuaciones de la Corte, en lo que Elster (2006) denomina transiciones prolongadas, donde los procesos, al término de las situaciones antes descritas, dieron inicio a cambios que tendían hacia estados de institucionalización y profundización democrática, pero tardaron un considerable período de tiempo en concretarse.

En cuanto a la Corte IDH es de resaltar que fue a partir de la década del noventa cuando sus actuaciones empezaron a dar cuenta de las violaciones de derechos humanos a las que recurrieron dichos regímenes dictatoriales o de los excesos cometidos en países durante el conflicto armado. Ello se dio como consecuencia de los procesos de estabilización de la democracia a los que cada país se vio abocado, periodo en el que los juicios y purgas adquirieron un papel central en el debate público.

Desde entonces, la Corte IDH se convirtió en un referente de protección internacional de derechos humanos y en un espacio al cual acuden víctimas acompañadas de organizaciones no gubernamentales, en especial en momentos en que la impunidad y el olvido de los abusos del pasado quieren consolidarse como regla.

Son las víctimas, precisamente, los sujetos vulnerables que han recibido especial protección por parte del sistema, como lo demuestra el voto razonado del juez Cançado Trindade en el Caso Loayza Tamayo vs. Perú, cuando, en las excepciones preliminares, asegura que:

16. Cfr. Caso Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras. Excepciones preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2.

> "En el universo del derecho internacional de los derechos humanos, es el individuo quien alega tener sus derechos violados, quien alega sufrir los daños, quien tiene que cumplir con el requisito del previo agotamiento de los recursos internos, quien participa activamente en eventual solución amistosa, y quien es el beneficiario (él o sus familiares) de eventuales reparaciones e indemnizaciones"[17].

Así, se reconoce que este órgano permite el acceso a la justicia internacional a los individuos cuyos derechos han sido vulnerados, bien sea por razones de flagrante impunidad, denegación de justicia o de omisión en su responsabilidad internacional de salvaguarda de los derechos humanos por parte de los Estados.

Los casos de conflicto armado interno, que para la década del ochenta prevalecían en Latinoamérica, han demandado un razonamiento detenido por parte de la Corte. Una muestra de ello es el Caso Blake vs. Guatemala, donde la Corte consideró probado que las patrullas civiles, a las que se atribuían varias violaciones de derechos humanos, incluyendo ejecuciones sumarias y extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas, tenían una relación institucional con el Ejército, realizaban actividades de apoyo a las funciones de las fuerzas armadas y, aún más, recibían recursos, armamento, entrenamiento y órdenes directas del Ejército guatemalteco y operaban bajo su supervisión[18].

En este sentido, la Corte ha entrado a valorar los hechos propios de las dinámicas que traen consigo los conflictos armados internos, como las desapariciones forzadas, una práctica de guerra recurrente dirigida particularmente contra la población civil.

Esta instancia recuerda que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado.

De manera concreta, en el caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, la Corte puntualizó que, si bien es cierto que no tenía competencia para conocer de hechos anteriores al año 1995, sí es de su competencia determinar si los procesos internos permitieron

17. Cfr. CasoLoayza Tamayo Vs. Perú. Excepcionespreliminares. Sentencia de 31 de enero de 1996. Voto Razonado, juez Cançado Trindade
18. BLAKE vs. GUATEMALA, petición número 11.219. El caso se interpone por el supuesto secuestro y asesinato del ciudadano norteamericanoNicholas Chapman Blakepor agentes del Estado guatemalteco

que se garantizara un acceso a la justicia conforme a los estándares previstos en la Convención Americana.

Esta disposición abrió un campo de competencia que permitió la valoración, por parte de la Corte, de hechos ocurridos en el marco de conflictos armados, así como de las actuaciones legales de las instancias de justicia de los países, y de su eficacia y eficiencia en torno al acceso a la justicia, lo cual se traduce en la garantía y protección de los derechos humanos de los ciudadanos.

La evaluación de las medidas tomadas por los Estados tiende a evitar y combatir la impunidad, pues, *"el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares"*[19].

A través de esta evaluación, la Corte apela a la protección de los derechos de las víctimas, en particular al derecho a la verdad, del que no sólo son depositarias las víctimas individuales sino también la sociedad en su conjunto, como una condición que coadyuva a la reparación de los daños causados.

Igualmente, el derecho al acceso a la justicia es protegido por las garantías judiciales que se ponen en marcha. En el mencionado caso contra El Salvador, la Corte puntualizó que con respecto al principio del plazo razonable contemplado en el artículo 8.1 de la Convención Americana es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales.

En el referido caso la Corte encontró que, si bien existe un alto grado de complejidad para la determinación de los hechos, las demoras que se presentaron provenían de la inacción del órgano judicial, la cual no tenía explicación.

Fue coherente la Corte con este planteamiento al seguir la línea trazada por la sentencia en el Caso Chitay Nech y Otros Vs. Guatemala, donde dispuso el campo de acción de los hechos acaecidos durante el conflicto interno guatemalteco, determinando que entre los años 1962 y 1996 tuvo lugar un conflicto armado interno

19. Ver, Caso Carpio Nicolle y otro,párr. 126; Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones, párr. 95; y Caso Tibi. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 255

que significó grandes costos humanos, materiales, institucionales y morales.

Durante dicho conflicto, el Estado aplicó la denominada "Doctrina de Seguridad Nacional", con apoyo en la cual se incrementó la intervención del poder militar para enfrentar a la subversión, concepto que incluía a toda persona u organización que representara cualquier forma de oposición al Estado. Con ello, la noción de 'enemigo interno', intrínseca a esa doctrina, se volvió cada vez más amplia para el Estado, y la desaparición forzada se convirtió en un instrumento de guerra.

Ante esta situación, la Corte estableció como obligación del Estado iniciar una investigación:

> *"independiente de que se presente una denuncia, pues en casos de desaparición forzada el derecho internacional y el deber general de garantía imponen la obligación de investigar el caso ex officio, sin dilación, y de una manera seria, imparcial y efectiva. Esto es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos afectados por esas situaciones, como la libertad personal, la integridad personal y la vida"*[20]

Así pues, la Corte Interamericana ha establecido de manera clara la obligación de los Estados de otorgar los medios adecuados para hacer efectivo el disfrute de los derechos de los individuos, pero, a la vez, ha señalado que en el marco de un conflicto armado interno donde se recurre a la desaparición forzada, ésta anula la posibilidad de que las personas sean titulares o ejerzan en forma efectiva sus derechos en general, traduciéndose esto en una forma grave de incumplimiento de las obligaciones estatales.

En Guatemala, la Corte también ha realizado pronunciamientos fundamentales en cuanto a la Ley de Reconciliación Nacional que se dispuso en este país. Entre ellos, se ha pronunciado sobre la necesidad de una justicia que no lleve a dilaciones, que se den investigaciones que conduzcan claramente a sancionar a quienes cometieron violaciones de los derechos humanos y a evitar la impunidad por la vía de leyes de amnistía e indulto. Sobre el tema señaló la Corte:

20. Caso Chitay Nech Y Otros Vs. Guatemala,párr. 92. Sentencia de 25 de mayo de 2010.

> El Estado debe garantizar que los procesos internos tendientes a investigar y [eventualmente] sancionar a los responsables de los hechos de este caso surtan sus debidos efectos y, en particular, de abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad. En ese sentido, el Tribunal ya ha señalado que [...] son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos[21].

Es aquí donde la Corte, en calidad de agente externo de garantía de los derechos humanos, llama la atención de los países, en este caso Guatemala, para que todas las disposiciones que sean tomadas en el ámbito interno se encuentren en consonancia con los instrumentos internacionales de protección, haciendo hincapié en la necesidad de visibilizar a los responsables de los hechos de violaciones de derechos humanos y de hacer efectivo el mecanismo de acceso a la justicia de los ciudadanos de los países miembros, pero también como la primera medida que pueden adoptar los Estados en aras de la reparación integral debida a las víctimas.

Así, la Ley de Reconciliación Nacional de Guatemala fue puesta a examen por parte de la Corte, pues con ella se generaba impunidad. Igualmente, en su sentencia sobre la Masacre de las Dos Erres, la Corte evaluó la aplicación de la Ley de Amparo, que contempla como objetivo el desarrollo de las garantías y defensas del orden constitucional y de los derechos inherentes a la persona protegidos por la Constitución de dicho país; en otras palabras, pretende la protección efectiva de los derechos de las personas cuando estos se ven amenazados o la restauración de los mismos cuando la violación ha sido consumada. A este respecto, la Corte señala:

> Que las disposiciones que regulan el recurso de amparo, la falta de debida diligencia y la tolerancia por parte de los tribunales al momento de tramitarlo, así como la falta de tutela judicial

21. Caso del Caracazo vs. Venezuela. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 119. Cfr. Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. párr. 41, y Caso Anzualdo Castro vs. Perú.

> efectiva, han permitido el uso abusivo del amparo como práctica dilatoria en el proceso (...); [además], estima que el recurso de amparo es adecuado para tutelar los derechos humanos de los individuos, siendo éste idóneo para proteger la situación jurídica infringida, por ser aplicable a los actos de autoridad que implican una amenaza, restricción o violación a los derechos protegidos. Sin embargo, en el presente caso la estructura actual del recurso de amparo en Guatemala y su uso indebido ha impedido su verdadera efectividad, al no haber permitido que produzca el resultado para el cual fue concebido.
>
> (...) que el deber general del Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la Convención Americana para garantizar los derechos en ella consagrados, establecido en el artículo 2, implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías, lo cual no ha sido materializado en el presente caso respecto del recurso de amparo[22].

Con estas disertaciones las Corte aporta una interpretación fundamental en cuanto a la garantía y la protección efectiva de los derechos de las personas. En estos pronunciamientos se hace evidente el tono reflexivo al que acude el Tribunal para anotar que en casos de violaciones de los derechos humanos, y en especial aquellos que han sido producto de un contexto de conflicto armado, todas las disposiciones y actuaciones, tanto de dilación como de obstrucción a la justicia, atentan contra el espíritu de la Convención y sus instrumentos de protección, desnaturalizando la garantía efectiva de protección de los derechos a través de prácticas contrarias al debido proceso y la búsqueda del bienestar del ser humano.

En contextos de conflicto armado interno, son diversos los dispositivos de violencia a los que recurren los actores en confrontación, utilizados bien sea contra un grupo enemigo o contra la población civil. En la misma sentencia de la Masacre de las Dos Erres, como resultado de los hechos probados sobre la utilización de la violencia sexual contra las mujeres como arma de guerra, aunada a la extrema crueldad de los perpetradores, se anota lo siguiente:

22. Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 121.

> (...) la falta de investigación de hechos graves contra la integridad personal como torturas y violencia sexual en conflictos armados y/o dentro de patrones sistemáticos, constituyen un incumplimiento de las obligaciones del Estado frente a graves violaciones a derechos humanos, las cuales contravienen normas inderogables (jus cogens) y generan obligaciones para los Estados como la de investigar y sancionar dichas prácticas, de conformidad con la Convención Americana y en este caso a la luz de la CIPST y de la Convención de Belém do Pará[23].

En este escenario no sólo se argumenta la importancia de conservar el espíritu que provee la Convención Americana, sino que también se hace alusión a otros instrumentos de protección y de seguimiento a los cuales los Estados se suscriben, con la intención de hacer valer sus disposiciones en torno a la protección efectiva de los derechos del grupo o situación a la que vayan destinados.

Si bien es cierto que los alcances de la Corte en cuanto a su tarea primordial en el continente ha sido resaltada y acatada por los Estados miembros, no todos los procesos llevados por este Tribunal han sido aceptados de buen a grado por parte de los Estados. De hecho, se refleja una tensión estructural entre el ámbito de protección nacional de los derechos de los ciudadanos de un determinado país miembro y la jurisdicción que posee este órgano con base en la aceptación de los mismos participantes y sustentado moralmente en la idea de universalidad de los derechos humanos.

En tal sentido, el caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago es un ejemplo representativo de las posiciones de algunos Estados en torno a las competencias del Tribunal. En este caso, el Estado de Trinidad y Tobago cuestionó la competencia de la Corte para conocer de los hechos que eran materia de controversia expresando:

> El Gobierno de la República de Trinidad y Tobago debe declinar la invitación de la Corte para participar en la audiencia pública y la reunión previa a celebrarse el 20 y 21 de febrero de 2002 (...) En la toma de esta decisión el Gobierno de Trinidad y Tobago no pretende descortesía alguna hacia la Corte o su distinguido Presidente. Refleja la creencia del Estado de que, en ausencia de acuerdo especial alguno por parte de la República de Trinidad y Tobago reconociendo la competencia de la Corte en este asunto,

23. Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

> la Corte Interamericana de Derechos Humanos no tiene competencia en relación con estos casos[24].

Frente a la posición planteada por Trinidad y Tobago, la Corte se apartó, no sin antes recordar que como todo órgano internacional con funciones jurisdiccionales, quien tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia es ella misma y señaló:

> (...) la competencia de la Corte no puede estar condicionada por hechos distintos a sus propias actuaciones. Los instrumentos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción. Una objeción o cualquier otro acto interpuesto por el Estado con el propósito de afectar la competencia de la Corte es inocuo, pues en cualesquiera circunstancias la Corte retiene la compétence de la compétence, por ser maestra de su jurisdicción[25]".

Con esta argumentación, la Corte zanjó la diferencia sobre la competencia presentada por el Estado, pero ante todo dejó formulada la importancia de otorgarle mayores garantías a su función jurisdiccional, pues esto repercute en el sistema tutelar de los derechos humanos que están consagrados en la Convención, además de consolidar un marco de protección eficaz para aquellas personas que consideren que sus derechos han sido vulnerados.

Es importante tener en cuenta esta disposición, pues la Corte ha sido consistente en cuanto a rechazar los mecanismos encaminados a favorecer la impunidad o, por lo menos, la mitigación en las responsabilidades de los casos de violaciones de derechos humanos.

Tal es el caso Barrios Altos vs. Perú, donde el Tribunal consideró inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendían impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos

24. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002, página 11.
25. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002,página 11.

tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En consecuencia, se plantea que cuando se realizan leyes que pretenden generar escenarios de auto amnistías para perpetradores de graves violaciones a los derechos humanos, estas disposiciones atentan de manera directa con el equilibrio necesario que el Estado debe asegurar entre sus disposiciones internas en torno a la protección de derecho y los principios rectores de instrumentos internacionales que funcionan aquí como marcos legales de referencia de garantía.

Estas medidas adoptadas por algunos Estados, en este caso concreto por Perú, atentan contra la posibilidad de garantizar a todos los ciudadanos el no ser sustraídos de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, que asegure un acceso eficiente a la administración de justicia del orden interno.

Es por esta argumentación que la Corte reitera que *"las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables"* , refrendando la necesidad de conocer los hechos acaecidos durante fuertes episodios de violencia que recayeron sobre la población civil[26].

La Corte no ha sido ajena al contexto en el cual se desarrollan los hechos de violencia que devienen en graves violaciones de los derechos humanos. Ya para 1997 también en Perú, específicamente en el caso Loayza Tamayo, manifestó que si bien en casos de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad de un Estado Parte, las garantías pueden suspenderse, ello debe hacerse con cierta regulación que emana de la Convención.

La libertad personal no está excluida de estas posibles suspensiones, pero al respecto anota:

26. Corte Interamericana de Derechs Humanos. Caso Barrios Altos. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

> Los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el Artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática (...) Aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de hábeas corpus o de amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la Convención (El hábeas corpus bajo suspensión de garantías, arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párrs. 42 y 43).
>
> (...) Las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos no susceptibles de suspensión, según lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Convención, son aquellas a las que ésta se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías (Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 38)[27].

El Tribunal anota acertadamente en este punto que aunque existan condiciones bajo las cuales se puedan suspender determinadas garantías por la realidad en la que se encuentra el Estado, existen unos mínimos de acceso a la justicia que deben siempre permanecer al alcance de los individuos, pues estos garantizan un proceso justo y que tenga presente la garantía de los derechos de las personas. Aunque no todos los derechos son absolutos, existen mecanismos mínimos que deben preservar la dignidad del ser humano, como instrumento de legitimación y legalidad de los actos judiciales que se lleven a cabo.

## El déficit democrático en la región

Desde 1965, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue autorizada expresamente a recibir y procesar denuncias o pe-

27. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997, página 27.

ticiones sobre casos individuales en los cuales se alegaban violaciones a los derechos humanos. Entre 1965 y 1997 se recibieron cerca de 12.000 peticiones; es decir que en un periodo de 32 años, el promedio de peticiones fue de 375 por año. Se entiende por petición las denuncias que llegan a la Comisión y esta a su vez traslada al Estado con el objetivo de que conteste sobre el hecho que se le imputa pero que no cuentan con el informe de admisibilidad (www.cidh.org/que.htm).

Con el retorno a la democracia constitucional en la mayoría de los países de América Latina se esperaría que las peticiones hubiesen disminuido, en especial si se tiene en cuenta que dentro de los principios del Estado constitucional de derecho, también denominado Estado social y democrático de derecho, están el del respeto y garantía de los derechos humanos.

En efecto, el Estado constitucional como organización político jurídica se caracterizará por la convergencia de diversos valores cuya orientación principal es la dignidad humana y el respeto por los derechos humanos, y las reformas constitucionales presentadas durante la segunda posguerra estarán enmarcadas bajo la lupa de los derechos fundamentales como orientación jurídico-política de los estados. (Zagrebelsky, 1999, p. 65).

Sin embargo, la realidad del continente americano evidencia falencias en el respeto y cumplimiento de los derechos humanos por parte de los Estados. Entre el periodo comprendido entre 1997 y 2010, el número de peticiones fue de 14.880. El promedio de peticiones durante esos trece años fue de 1.144, lo que representa un incremento de más del 300% en relación con los primeros treinta y dos años de funcionamiento del sistema de protección[28].

A comienzos del siglo XXI, el panorama político que presenta la región no es el más alentador para el cumplimiento y materialización de los derechos humanos. Una de las características de los sistemas políticos de la región es el surgimiento de sistemas políticos neo-presidenciales que tienden a concentrar el poder y producir medidas de excepción. Esta situación afecta al Sistema Interamericano, que fue creado a fin de fortalecer la democracia y proteger los derechos humanos.

En el caso de Estados regidos por principios democráticos se ten-

28. Los resultados finales publicados en relación con estas peticiones se pueden encontrar en los informes anuales de la Comisión país por país.

drá mayor voluntad para apoyar a los organismos de protección del sistema interamericano y atender sus recomendaciones y cumplir sus decisiones judiciales. Por el contrario, un Estado de corte autoritario verá con desgano la labor de estas instancias internacionales. *"La voluntad de los Estados uno a uno, como grupos o como gran conjunto, es factor y fortaleza de la Corte. Lo ha sido para su creación y paulatino desarrollo. Pero esa misma voluntad puede ser adversa, será disuasiva o debilitadora de la jurisdicción interamericana". (García, 2001, p. 556).*

Un elemento que en la actualidad se ha conveetido en un importante peso para el respeto y cumplimiento de los derechos humanos y que está desempeñando un papel crucial en el continente americano es el tema de la seguridad. En muchas ocasiones, la agenda de seguridad entra a limitar gravemente los derechos humanos (Carvajal, 2008, p. 10).

En estos casos, los Estados se escudan en la tesis de la soberanía nacional para eludir la intervención de la justicia internacional. Sin embargo, esta situación ha sido analizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual establece precisos límites a los Estados de excepción y a las medidas restrictivas de los derechos que pueden adoptar los Estados durante tales periodos (García, 2001a, p. 660).

A pesar de los procesos de democratización experimentados en América Latina en las últimas décadas, la región muestra demasiadas debilidades e imperfecciones en sus sistemas democráticos, agravadas desde hace cerca de veinte años por el refortalecimiento de la institución presidencial y por las pretensiones de los presidentes de casi todos los países de buscar sucesivas reelecciones.

Es lo que ha dado en llamarse, a través de un concepto impreciso, "el neo-presidencialismo" latinoamericano. El fenómeno ha conducido a desarticular el modelo del Estado de derecho en sus rasgos esenciales: separación de las ramas del poder; periodicidad de los mandatos; principio de legalidad preexistente a los gobernantes y respeto y garantía de los derechos fundamentales.

La lucha contra el terrorismo y el modelo económico neolibleral han ocasionado una crisis del Estado constitucional de derecho, que en últimas termina por afectar el sistema democrático mismo. Esto se conjuga con la pérdida de garantías sociales concomitante con el proceso neoliberal global que promueve nuevas formas de

excepcionalidad, esta vez a través del discurso de la seguridad que se torna hegemónico.

Desde los primeros años de la década del noventa, se fueron construyendo diversas agendas de seguridad: la seguridad humana, la seguridad frente a distintas amenazas del terrorismo y la seguridad individual. En la actualidad, esta agenda en muchos casos termina por restringir las garantías y el respeto de los derechos humanos (Carvajal, 2008, pp. 5 y ss.). Así, en los comienzos del siglo XXI, nos encontramos en un escenario en el cual, al amparo del discurso de la seguridad, la democracia formal protege más los intereses del mercado que los derechos humanos de las personas.

En este aspecto compartimos la tesis planteada por Mejía y Jiménez, quien afirma que existe una estrecha relación entre el modelo económico neoliberal y la democracia formal: *"Tenemos entonces que el proyecto político del neoliberalismo configura la democracia como una democracia capitalista, expropiada de sus dimensiones utópicas y normativas en nombre del mercado y de la eficiencia" (Mejía & Jiménez, 2006, p. 14).*

En ese sentido, a lo político se lo despoja de su esencia para determinar el rumbo de la economía; por tanto, se presenta una subordinación de la política a las directrices económicas. *"El problema de la gobernabilidad, la eficiencia y la estabilidad política se superponen a las lógicas participativas, incluyentes de las auténticas democracias participativas" (Mejía & Jiménez, 2006, p. 24).*

La ideología de la "seguridad", como representación del capitalismo neoliberal, socava los valores políticos e ideológicos sobre los cuales se había fundamentado la agenda de la posguerra fría en el ámbito mundial, en particular, en lo relacionado con la idea de los derechos humanos y la democracia como referente ético, político y social.

La ideología de la seguridad ha ido construyendo una agenda orientada a cuestionar la idea de los derechos humanos y la democracia como límite del poder global, y en particular, la garantía de esos derechos. Este pensamiento ha encontrado un amplio apoyo social, al estar acompañado de la idea de lucha contra toda forma de terrorismo.

Por otra parte, los movimientos sociales a su vez han construido

agendas más complejas para enfrentar las políticas neoliberales y las prácticas antidemocráticas. En este escenario la lógicas internacionales son importantes, tal y como lo señala Fraser:

> Los movimientos transformadores demandan la creación de nuevas arenas democráticas en las que abrir el debate sobre el marco. En ciertas ocasiones, ellos mismos fundan arenas de esta clase. En el caso del Foro Social Mundial, por ejemplo, algunos defensores de la política transformadora han dado forma a una esfera pública trasnacional en la que todos sus participantes intervienen en pie de igualdad para ventilar y resolver los debates suscitados en torno al marco de la justicia. De este modo, están prefigurando la posibilidad de crear nuevas instituciones de justicia democrática poswestfaliana. (2006, p. 47).

El acceso a la justicia internacional se ha constituido en una estrategia política contrahegemónica que busca evidenciar diversos conflictos. La uninón entre lo local y lo internacional se logra gracias al trabajo en red entre las organizaciones sociales locales y con ONG nacionales e internacionales, vínculos que cuentan con una agenda cada vez más diversa (Santos, 2003, p. 88).

## Conclusiones

En buena medida, las negociaciones hechas en los procesos de transición a la democracia en América Latina dieron como resultado el desarrollo de un sistema jurídico pactado con los anteriores detentadores del poder que desembocó en leyes de amnistía e indulto. El pacto daba como resultado que los nuevos regímenes democráticos no tocarían a los violadores de derechos humanos. Lo anterior ocasionó un alto grado de impunidad y escepticismo frente a los sistemas de justicia nacionales, obligando a organizaciones de víctimas y ONG a buscar una salida en los estrados internacionales. Ello implicó un fortalecimiento del Sistema Interamericano en respuesta a la impunidad que ofrecieron los Estados nacionales.

En la década de 1990, producto del derrumbe del modelo soviético y de la democratización de la sociedad en América Latina, se dio un giro del pensamiento social frente al derecho. Éste dejó de ser concebido como un espacio de contradicción social, para ser visto como un escenario reivindicación social, de modo que los grupos y movimientos sociales se articularon alrededor del nuevo constitu-

cionalismo y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Lo anterior generó una nueva comprensión de la justicia y del derecho. Se presentaron cambios constitucionales en toda la región, y estas reformas reafirmaron las libertades, garantías individuales y la reforma del sistema político en muchos países del subcontinente. Los nuevos pactos sociales incluyeron una amplia gama de derechos sociales, económicos y culturales, y adicionalmente, se crearon mecanismos para la exigibilidad de los derechos y se dio paso a un mayor rango de interpretación de las constituciones por parte de los jueces.

Una vez consolidados los regímenes democráticos se esperaría que el número de peticiones ante el sistema interamericano hubiera disminuido; sin embargo, no fue así: por el contrario, existe un incremento notable de demandas ante el sistema.

Ello nos conduce a una pregunta ajena al Sistema Interamericano, que tiene que ver, más bien, con el déficit de democracia o con la ausencia de una política consistente en materia de derechos humanos por parte de los Estados signatarios de la Convención Americana. En todo caso, sea cual fuere la explicación, la situación tiene como denominador común, frente al periodo de transición, el alto grado de impunidad presente en los países de América Latina.

## Referencias Bibliográficas

Abramovich, V. (2012). El Sistema Interamericano de derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales. En C. Rodriguez, El derecho en América Latina.Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI (págs. 211-230). Buenos Aires, Argentina.

Böhmer, M. (s.f.). Recuperado el 2 de febrero de 2015, de http://wwww.law.yale/documents/pdf/sela/MartinBömhemr_spanish.pdf

Carvajal, Jorge (2008), La seguridad dentro del Estado de garantías, ILSA, Bogotá, Colombia.

Carvajal, J. (diciembre de 2012). La época de los derechos. IUSTA , 77-88.

Coalición, & ong, I. d. (2009). Intervención de la coalición ante jefes de delagación y el secretario general de la OEA. Asamblea General de la OEA, junio 2009.

Elster, Jon. (2006). Rendición de Cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica. Buenos Aires, Argentina: Katz.

Fraser, Nancy . (2006). Reinventando la justicia en un mundo globalizado. New Left Review , 31-50.
Fraser, N. (2008). Escalas de Justicia. Madrid, España: Herder.

García, Sergio. (2001). El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Boletin mexicano de derecho comparado (101), 653-683.

González, J. (2011). ¿El poder para la gente? En J. González, Constitucionalismo popular (págs. 13-60). Bogotá, Colombia: Siglo del hombre editores.

Henrik, L. (2013). Transformaciones en el espacio de la soberanía. En H. López, R. Posada, P. Moncada, & Á. Natalia, Transformaciones en el especio de la soberanía (págs. 9-32). Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes; GIZ.

Mejía Oscar y Jiménez, Carolina, (2006). Nuevas teorías de la democracia. De la democracia formal a la democracia deliberativa, en: Revista Colombia Internacional, No. (62)., Julio-diciembre

Miranda, J. (1999). Enfoque de Naciones Unidas sobre impunidad y reparación. En Verdad y justicia. Procesos de paz y transición a la democrácia. Bogotá, Colombia.

Orozco, Iván. (2002). Posguerra en Colombia: Divagaciones sobre la venganza, la justicia y la reparación. Análisis Político (46).

Rajagopal, B. (2005). El derecho internacional desde abajo. el desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del tercer mundo. Bogota, Colombia: ILSA.

Salvioni, F . (2007). El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Strasbourg: d´Enseignement.

Santos, Boaventura. (2003). La caída del Angelus Novus. Bogotá,

Colombia: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA.

Ventura, Manuel. (2007). Estudios sobre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. San Jóse de Costa Rica, Costa rica.

Zagrebelsky, G . (1999). El derecho dútil. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta.

# LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL COMO CONDICIÓN DE VALIDEZ EN EL DERECHO COLOMBIANO

Fabio Enrique Pulido Ortiz
Pablo Rivas Robledo

## Introducción

Mediante el acto legislativo 1 de 2016 (en adelante AL) se establecieron los instrumentos jurídicos para la implementación del acuerdo final para la terminación del conflicto con las FARC (en adelante, "el acuerdo"). En particular, dentro de los diferentes instrumentos dispuestos en AL, se destaca la creación de un mecanismo abreviado de reforma constitucional: los actos legislativos fast track (en adelante FT).

Para la aprobación de los FT, de conformidad con el artículo 1º del AL, se deben seguir las siguientes reglas: (i) los proyectos "serán de iniciativa exclusiva del Gobierno nacional" y "solo podrán tener modificaciones siempre que se ajusten al contenido del Acuerdo Final y que cuenten con el aval previa del Gobierno nacional"; (ii) el procedimiento se surtirá mediante "trámite preferencial" y tendrá "absoluta prelación en el orden del día"; (iii) "[e]l primer debate de los proyectos de ley se surtirá en sesión conjunta de las Comisiones Constitucionales Permanentes respectivas" y "[e]l segundo debate en las plenarias de cada una de las Cámaras"; (iv) los proyectos de FT "serán tramitados en una sola vuelta de cuatro debates" y "aprobados por mayoría absoluta"; y, por último, (vi) "tendrán control automático y único de constitucionalidad".

En trabajos previos hemos discutido la validez de los acuerdos (F. Pulido, 2016) y los problemas de legitimidad democrática de los mecanismos de implementación (F. Pulido & G. Bustos, 2016). El problema que abordamos en este trabajo es el del estatus jurídico de los FT, esto es, el de definir si la posibilidad de reformar la constitución tal y como fue autorizada en AL es válida.

Para ello, primero, analizaremos brevemente el concepto de validez jurídica. Se mostrará que existen dos sentidos de validez jurídica que resultan determinantes en el contexto de este trabajo: el de pertenencia y de aplicabilidad. Segundo, se sostendrá que el principio de rigidez constitucional es una condición necesaria de la validez de las reformas constitucionales. Tercero, estudiará el alcance del acto legislativo 1 de 2016 y su interpretación por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C-699/16. Se concluye que los FT no son válidos.

## La validez jurídica

En el lenguaje jurídico el concepto de validez es empleado en diferentes sentidos. Para los propósitos de este trabajo, nos interesa resaltar dos de ellos: 1) validez como existencia de las normas jurídicas y 2) validez como carácter vinculante u obligatorio de las normas.

Por una parte, se afirma que si la norma N1 es válida es lo mismo que sostener que N1 existe (Kelsen, 1995; 2005). Este concepto de validez es relativo y su alcance contingente. Es relativo en tanto se refiere a la relación entre las normas y los ordenamientos jurídicos: una norma es válida en tanto pertenezca a un ordenamiento jurídico.

La validez es contingente en tanto los criterios de pertenencia de una norma a un ordenamiento jurídico varían en cada uno de ellos. Es decir, aun cuando la validez es una propiedad que se predica de las normas pertenecientes a todos los ordenamientos jurídicos, las condiciones o criterios de validez (i.e. de pertenencia) varían en cada uno de ellos. La validez en este sentido se refiere a las condiciones institucionales que son necesarias para la pertenencia de una norma a un ordenamiento jurídico (Bulygin, 1991, pp. 195-198).

Por otra parte, se emplea el concepto de validez para referirse al carácter obligatorio o vinculante de las normas jurídicas (Bulygin, 1991). En este sentido, afirmar que la conducta Ø es ordenada por una norma jurídica valida es lo mismo que decir que la conducta Ø es obligatoria para los individuos que la norma regula. Sostener que una norma es válida (en el segundo sentido) significa, por tanto, que la norma satisface las exigencias para la vinculatoriedad de las normas jurídicas.

En suma, el primer sentido de validez corresponde a la existencia de una norma jurídica, esto es cuando cumple con las condiciones de pertenencia a un ordenamiento jurídico (validez como pertenencia) El segundo corresponde al carácter vinculante de la norma (validez como obligatoriedad).

Las relaciones y diferencias entre estos sentidos de validez no son pacíficos y generan complejos problemas. Nos interesa, por ahora, señalar dos de ellos: el problema de la aplicabilidad de las normas y el de la declaración judicial de validez de una norma invalida. En lo que tiene que ver con el primero, existe una extensa discusión acerca de si es posible distinguir entre el "deber" (encomillado) de aplicar las normas y el deber moral (desencomillado) de aplicarlas. La cuestión es si es posible diferenciar entre el deber jurídico (i.e de acuerdo con las condiciones establecidas dentro del ordenamiento jurídico respectivo) y el deber moral de obedecer las normas, i.e de conformidad con las exigencias morales que resultan conceptualmente independientes del ordenamiento jurídico.

Si una norma N debe ser seguida o aplicada moralmente lo es con independencia de que pertenezca a un ordenamiento jurídico. Por el contrario, para que una norma N "deba" ser seguida o aplicada jurídicamente depende de que, en efecto, así lo establezca el ordenamiento jurídico respectivo. En términos simples el "deber" de aplicar una norma N depende de que exista una Norma N1 (perteneciente al ordenamiento jurídico) que defina ese deber. Por su parte, el deber de aplicar la norma N depende de que exista una norma moral (y, por tanto, independiente del ordenamiento jurídico respectivo) que exija su aplicación. Para mayor claridad, denominaremos al primero aplicabilidad institucional o positiva de las normas y al segundo aplicabilidad moral de las normas.

Para dar cuenta de la aplicabilidad institucional o positiva de las

normas, los teóricos del derecho han diferenciado entre pertenencia y aplicabilidad. Una norma N pertenece al ordenamiento jurídico OJ si y sólo si cumple con las condiciones institucionales de validez (vr. gr. cuatro debates y publicación). Por otro lado, N es aplicable si y sólo existe (valida) una norma N2 en OJ que establece el "deber" (encomillado) de seguir o aplicar N (Navarro y Rodríguez, 2014).

Esta distinción muestra algo importante: no toda norma perteneciente es aplicable, ni toda norma aplicable es perteneciente. Por ejemplo, una norma que no ha sido aprobada de conformidad con las condiciones institucionales de validez (vr. gr. no se surtieron los debates necesarios) no pertenece al ordenamiento jurídico. Sin embargo, puede ocurrir que, en virtud de otra norma perteneciente, se establezca el deber de aplicar tales normas (vr. gr. la regla que establece la presunción de constitucionalidad de las leyes).

El segundo problema que nos interesa resaltar es el de la declaración judicial de validez de una norma inválida. En general, la declaración judicial no es una condición de validez de las normas jurídicas y, de hecho, estas condiciones son independientes de las consideraciones subjetivas de los jueces. Por ello, el hecho que un juez (así sea un tribunal de cierre) haya considerado que determinada norma es válida o que resulta aplicable no significa que necesariamente así lo sea. Este problema fue hábilmente observado por Hart al diferenciar entre definitibilidad e infalibilidad de las decisiones judiciales.

Según Hart (1994), el hecho que un tribunal supremo tenga la última palabra hace sus decisiones indiscutibles, mas no libres de error. Para explicar esto, Hart recurre al caso paradigmático de los juegos. Muchos de estos tienen un árbitro, quien, entre otras cosas, decide si hay o no un punto, esto lo hace en base a una norma de tanteo, y el hecho que los jugadores también conozcan esta regla es la razón por la cual puedan afirmar que el árbitro se equivocó.

En el caso del fútbol, el árbitro tiene la última palabra sobre lo que es un gol, sin embargo, eso no exime al árbitro de, por ejemplo, errores honestos o de violar maliciosamente su deber de aplicar la norma, lo que lleva a pensar que en efecto hay goles cuando no se justifica la decisión. Lo importante en estos casos es evidenciar que no la norma de tanteo no está siendo reemplazada por el ar-

bitrio del juez, pues se estaría ante un juego radicalmente distinto (pp. 176-177).

Así las cosas, en la explicación de la validez de las normas jurídicas se debe diferenciar entre a) Los criterios o condiciones institucionales de pertenecía de las normas jurídicas a los ordenamientos jurídicos (validez institucional); b) Los criterios que justifican la fuerza vinculante de las normas jurídicas (aplicabilidad moral); y c) Los criterios y condiciones de aplicabilidad jurídica de las normas jurídicas (aplicabilidad positiva).

*Tabla 1. Los estados de validez*

| | |
|---|---|
| **Pertenencia** | N1 es válida si y sólo si existe una N2 que autoriza a O, mediante P, para que expida N1 con el contenido C |
| **Aplicabilidad jurídica** | N1 es aplicable si y sólo si existe una N2 valida (perteneciente) que exige aplicar N1 |
| **Aplicabilidad moral** | N1 tiene fuerza vinculante si y sólo si existe una norma moral que exija aplicar N1 |

Con estas precisiones en mente, en los siguientes puntos de este trabajo estudiaremos las condiciones de validez institucional de los procedimientos de reforma en el derecho constitucional colombiano, y en particular, analizaremos la exigencia de rigidez en los procedimientos como condición necesaria para la validez institucional de las reformas constitucionales en Colombia.

## La rigidez constitucional como condición necesaria de la validez de los procedimientos de reforma constitucional.

Uno de los problemas tradicionales dentro de la teoría constitucional es el de los límites a los poderes de reforma. Al respecto, es posible diferenciar dos tipos de límites (asociados, respectivamente, a las condiciones de validez jurídica y moral de las reformas).

Primero, limites normativos-valorativos. Estos límites se refieren a los principios morales que determinan que normas debe y no debe crear el poder constituyente. Segundo, limites normativos-institucionales, de acuerdo con los cuales el propio ordenamiento jurídi-

co establece lo que puede y no puede hacer el poder de reforma.

En cuanto a los límites normativos-institucionales, las constituciones pueden ser flexibles o rígidas según se pueda distinguir orgánico y/o procedimentalmente entre las normas constitucionales y el resto de normas jurídicas del ordenamiento (Pactet, P. & Melin-Soucramanien, F., 2011, p. 66).

La rigidez de las constituciones depende las siguientes variables: el órgano de producción y el procedimiento de reforma constitucional. De acuerdo con la primera variable, la rigidez está en función de la posibilidad de diferenciar entre los órganos con poderes legislativos ordinarios y los órganos con poder de reforma constitucional. De acuerdo con la segunda, la rigidez constitucional supone que las reformas constitucionales deben hacerse mediante procedimientos más exigentes y complejos que los necesarios para crear normas infra-constitucionales.

Debe tenerse en cuenta que, aun cuando es cierto que una constitución es más rígida si da una respuesta afirmativa a las dos variables (órganos y procedimientos distintos), también lo es que sólo la segunda es una condición necesaria de la rigidez.

Así, la rigidez constitucional es uno de los conceptos que se utilizan para distinguir la Constitución de cualquier otra ley. Una Constitución es rígida cuando sus procedimientos de reforma son más difíciles de llevar a cabo. Es decir, para reformar la Constitución se necesitarían “mayorías más estrictas y procesos de aprobación más largos” (Corte Constitucional, Sentencia C-740, 2013). Rigidez implica dificultad para reformar, más no imposibilidad para reformar, es por eso que las cláusulas pétreas no son una manifestación de la rigidez de una norma.

En esta misma línea, no hay una norma de la cual no se pueda predicar cierto grado de rigidez. Ahora bien, la rigidez de una norma es modificable siempre y cuando adaptar la rigidez de la norma no implica cambiar la identidad de esta: en un OJ existen dos normas jurídicas, NJ1 y NJ2; NJ1 es más rígida que NJ2; la rigidez de NJ1 es flexible en tanto no sea igual o inferior a la rigidez de NJ2.

La rigidez, por lo tanto, es un límite normativo-institucional de los poderes de reforma y, en consecuencia, una condición de validez jurídica de las normas constitucionales. De hecho, es un límite

conceptual al poder de reforma en los ordenamientos jurídicos con constituciones rígidas. Los límites conceptuales son aquellos que no se deducen de las disposiciones constitucionales, sino que se derivan del concepto de constitución rígida (R. Guastini, 2014, p. 320).

Si una condición necesaria de las constituciones rígidas es que los procedimientos de reforma sean más complejos que el del resto de normas jurídicas, entonces un límite conceptual al poder de reforma es el de modificar esos procedimientos en el sentido de hacerlos tan flexibles como las normas no-constitucionales.

De acuerdo con esto, las constituciones rígidas establecen reglas del siguiente tipo: "[s]i el órgano O mediante el procedimiento P dicta una disposición de reforma constitucional [LR], entonces [LR] es válida" (Moreso, 1991, p. 202). En estos términos, las reglas de reforma en una constitución rígida son reglas de reserva de creación normativa (Moreso, 1991, p. 203) y –en tanto reglas de reserva de creación normativa- suponen los siguientes elementos: a) que sólo O puede dicar esas normas, b) que O no puede delegar esa competencia, c) que O sólo puede hacer LR mediante P y d) que P debe ser más complejo que cualquier otro P´ para la creación de normas dentro del sistema.

En este sentido, toda vez que la complejidad del procedimiento es una condición necesaria de las constituciones rígidas, y un límite conceptual del poder de reforma, si un O modifica P haciéndolo tan flexible como cualquier o algún otro P´ entonces estaría violando la existencia misma de la constitución rígida; a saber, "que determinadas materias sólo puedan ser reguladas por un determinado órgano y mediante determinado procedimiento" (Moreso, 1991, pp. 203-204). En palabras más simples, LR, en tanto es producto del poder de reforma, no es válida si establece que P es tan flexible como cualquier o algún otro P para la creación de normas infra constitucionales.

Es común confundir rigidez constitucional con supremacía constitucional, de hecho, la misma Corte Constitucional ha señalado que ambos conceptos suelen utilizarse como sinónimos (Corte Constitucional, Sentencia-699, 2016). Por ende, es necesario hacer la distinción entre rigidez constitucional y supremacía constitucional. Por la primera se entiende, según lo explicado, una dificultad superior para reformar; por la segunda el rango que tiene

la norma constitucional frente cualquier otra. Cómo saber el grado de rigidez o de supremacía de una norma son procesos radicalmente distintos. Por un lado, para saber si una norma es más rígida que otra, se comparan y la que suponga mayor dificultad para reformar será la más rígida. Por supuesto, existen umbrales donde determinarlo con claridad es imposible, pero también hay casos en donde es obvio que una norma es más rígida que otra, e.g. una norma que para ser modificada necesite, por ejemplo, un mecanismo que es aprobado por ocho debates es más rígido que uno cuya reforma sólo implique cuatro debates.

Por el otro, la supremacía de una norma se mide respecto de todo el conjunto de normas que conforman un ordenamiento jurídico. Una norma es suprema si está por encima de todas las demás (fundamenta y ordena la validez de todo el ordenamiento) y si en esta se concentran los valores y principios fundamentales de una organización político-social (del Rosario, 2011, p. 100), estas son características propias de las Constituciones.

Así, la supremacía de una Constitución se manifiesta de varias maneras: (i) estableciendo el procedimiento de creación de otras normas, (ii) limitando las otras ramas del poder, (iii) estableciendo un procedimiento difícil para su reforma, (iv) estableciendo cláusulas pétreas (del Rosario, 2011, ps. 100, 102), entre otras. Si se quiere: la supremacía es el género, la rigidez la especie. Si una norma es suprema, entonces la su rigidez es mayor a la de todas las otras normas, es decir, es la norma más rígida de todas. Sin embargo, la rigidez suprema de una norma sólo se deduce del carácter constitucional de la misma.

Por lo tanto, (i) siendo dotada de una rigidez suprema, toda norma que pretenda ser constitucional debe tener el mayor nivel posible de rigidez de acuerdo con las condiciones de reforma establecidas para todas las normas del sistema. Así, una de las condiciones necesarias de validez de toda norma constitucional es su carácter rígido (i.e que su procedimiento de reforma sea más complejo que el de las normas infra-constitucionales), pues de esta manera la norma satisface las condiciones institucionales de pertenencia al ordenamiento jurídico y en especial a la Constitución. Y (ii) el límite de la rigidez de la Constitución es cualquier otra norma inferior, si se modifica la rigidez y al compararla con cualquier otra regla se encuentra que la rigidez de la Constitución es menor, se concluye que se ha cambiado la identidad de la Constitución.

Para resumirlo, la rigidez constitucional implica que una reforma constitucional es válida si y solo si es realizada por el órgano "O" competente a través del procedimiento "P". Además, "P" debe ser más complejo que cualquier otro P para la creación de normas dentro del sistema. De esta manera, una reforma será inconstitucional si, por una parte, despoja de competencia a O, y por la otra, existe algún procedimiento P que es al menos igual de complejo a "P".

## La imposibilidad de la tesis de la Corte Constitucional y la invalidez de FT.

Como se señaló, el mecanismo que utiliza el Gobierno para la implementación de los Acuerdos son los FT. Después de la presentación conceptual hecha, esta investigación evalúa el argumento de la Corte a favor de la constitucionalidad de los FT y luego arremete contra los mismos para demostrar que los FT son, en efecto, son inválidos, pues son inconstitucionales toda vez que sustituyen la identidad de la Constitución.

## La sentencia C-699 de 2016.

Mediante Sentencia C-699 de 2016 la Corte Constitucional decidió sobre la constitucionalidad de los artículos 1 y 2 (parciales) del Acto Legislativo 01 de 2016, Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Las normas demandadas, tal como aparecen en la Sentencia, son las siguientes:

> ARTÍCULO 1o. La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio, el cual quedará así:
> Artículo transitorio. Procedimiento legislativo especial para la paz. Con el propósito de agilizar y garantizar la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (Acuerdo Final) y ofrecer garantías de cumplimiento y fin del conflicto, de manera excepcional y transitoria se pondrá en marcha el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, por un período de seis meses,

> contados a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo. Este procedimiento podrá ser prorrogado por un período adicional de hasta seis meses mediante comunicación formal del Gobierno nacional ante el Congreso de la República.
> El Procedimiento Legislativo Especial para la Paz se regirá por las siguientes reglas:
> [...]
> f) Los actos legislativos serán tramitados en una sola vuelta de cuatro debates. El tránsito del proyecto entre una y otra Cámara será de 8 días.
> [...]
> ARTÍCULO 2o. La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio, el cual quedará así:
> Artículo transitorio. Facultades presidenciales para la paz. Dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, facúltase al Presidente de la República para expedir los decretos con fuerza de ley cuyo contenido tendrá por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. [...] ".

La demanda fue interpuesta por el ciudadano Jesús Pérez González-Rubio. Consideraba que el artículo 1°, literal f), al crear un procedimiento de reforma constitucional que consta únicamente de una vuelta y cuatro debates, es incompatible e irreconciliable con la Constitución toda vez los mecanismos de reforma constitucional anteriores a la vigencia del Acto Legislativo 1 de 2016 exigen un trámite más temporalmente más extenso, un número de debates superior junto con quórum y mayorías calificadas.

Estos mecanismos de reforma, aduce el demandante, son los más rígidos del ordenamiento colombiano y garantizan los principios de supremacía constitucional y Estado constitucional. El acto reformatorio introducido por el Acto Legislativo 1 de 2016 es menos complejo que el más elemental de los mecanismos de enmienda constitucional (el acto legislativo) y es esencialmente igual al que existe para expedir una ley. Por lo tanto, el demandado considera que con la introducción de este nuevo mecanismo modifica de manera sustancial el principio de supremacía constitucional.

El demandante presenta un segundo cargo contra el artículo 2° (parcial) de la misma disposición por existir sustitución parcial y temporal de la Constitución, específicamente la separación o

equilibrio de poderes. En estos casos, existe sustitución cuando la separación de poderes encarna la incompetencia del poder de reforma para eliminar la delegación legislativa pro témpore sin especificar las facultades extraordinarias (Corte Constitucional, C-170, 2012).

El demandante argumenta que en este caso se presenta sustitución pues (i) se le confieren al Presidente facultades extraordinarias, sin tener competencia para ello en ejercicio del poder de reforma y (ii) las facultades conferidas al Presidente "modifican la competencia temporal prevista en la Constitución, sin establecer una habilitación precisa para el legislador extraordinario pues remite genéricamente a un acuerdo final sobre múltiples temas" (Corte Constitucional, C-699, 2016). Así, mientras la separación de poderes sea un principio definitorio de la identidad de la Constitución, el contenido demandado del artículo 2° es inconstitucional.

En ambos cargos se solicita que la Corte declara los artículos inexequibles. Sin embargo, la Corte decide que ambas disposiciones son exequibles. Por la naturaleza de la presente investigación incumbe únicamente el primer cargo. Por ende, se examina exclusivamente las razones de la exequibilidad del artículo 1°, literal f).

Siguiendo los parámetros jurisprudenciales para determinar la constitucionalidad de un acto legislativo, la Corte plantea una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión. En la premisa mayor se determinan los elementos definitorios de la identidad de la Constitución relevantes en el caso concreto. La premisa menor expresa el alcance jurídico de la reforma y su relación con los elementos definitorios identificadores de la Constitución. La conclusión es el resultado de contrastar ambas premisas y sustenta el fallo.

La premisa mayor de la Corte se enfoca al principio constitucional de rigidez específica y la manera el grado de adaptación del mismo. En caso de sustituir este principio se estaría sustituyendo la supremacía de la Constitución. La rigidez específica de la Constitución es, según la reconstrucción jurisprudencial realizada en la Sentencia, el nivel concreto de resistencia al cambio que tiene la Norma Fundamental, superiores, por ejemplo, a los que existen para modificar una ley. Esta rigidez específica "es ciertamente superior a la de las leyes, pero el grado de superioridad es un aspec-

to susceptible de adaptación transicional (Corte Constitucional, C-699, 2016), pues una Constitución debe tener mecanismos de enmienda y por lo tanto el principio de rigidez se flexibiliza cuando la efectividad de los principios fundamentales expresados en la Constitución se ve comprometida, como en un estado de guerra.

Ligados a la necesidad de enmienda se encuentran los tres mecanismos tradicionales de reforma constitucional, actos legislativos, referendo constitucional y asamblea nacional constituyente. Y tanto que existan varios mecanismos de reforma, como que pueda activarse por órganos distintos al Congreso y que en la mayoría de estos la participación ciudadana sea decisiva, son los componentes esenciales de lo que la Corte llama principio de resistencia constitucional relativa, variable y diversa. Por lo cual es claro que (i) no toda modificación sustituye la Constitución; (ii) la Constitución será sustituida únicamente cuando se reemplace integralmente esta por una radicalmente opuesta o uno de sus rasgos esenciales se suprima, sustraiga o sea reemplazado completamente diferente; y (iii) los mecanismos de reforma de la Constitución pueden ser modificados.

Respecto a los actos legislativos especiales que se introducidos por el Acto Legislativo 1 de 2016, es claro que sólo podrán proferirse dentro de un término de seis meses a partir de la entrada en vigencia de la norma demandada, prorrogables por un mismo período. Por lo tanto, la medida tomada por el Gobierno es evidentemente transitoria y sólo puede utilizarse bajo condiciones estrictas, v.gr., “cuando sea necesario para facilitar y asegurar la implementación del acuerdo final para la terminación del conflicto, y no para introducir reformas constitucionales temáticamente inconexas con dicho acuerdo” (Corte Constitucional, C-699, 2016).

Este nuevo mecanismo de reforma también se caracteriza por la existencia de un control constitucional automático por vicios de procedimiento, que autorizan a la Corte Constitucional para declarar inexequibles los actos especiales de reforma que excedan los límites de competencia de previstos en el Acto Legislativo 1 de 2016 y el Acuerdo (refrendado popularmente), es prueba, según la Corte, que tanto la soberanía del pueblo como las funciones de la Corte Constitucional no son sustituidas por el mecanismo de reforma introducido por el acto legislativo en cuestión. De hecho, es un escenario nuevo de participación ciudadana directa y que la Corte Constitucional deba hacer control constitucional sobre cada

acto legislativo especial garantizan la salvaguarda de la supremacía de la Constitución.

La Corte concluye que este primer cargo no está llamado a prosperar debido a que el artículo 1°, literal f) del Acto Legislativo 1 de 2016 no sustituye la Constitución. Pues, en primer lugar, a pesar de que adiciona un mecanismo de reforma constitucional, este se inscribe en un contexto de transición, a saber, la terminación de un conflicto armado, por lo tanto, el principio de rigidez específica es susceptible de adaptación transicional. En segundo lugar, es especial y transitorio, lo que significa que no se suprimen ni suspenden los otros mecanismos permanentes de enmienda constitucional. En tercer lugar, la rigidez de la Constitución se mantiene por encima de las leyes, pues se requiere mayoría absoluta. En cuarto lugar, no sustituye ni el nivel de soberanía del pueblo, pues el contenido del Acuerdo fue incorporado por refrendación popular, ni limita las funciones de la Corte Constitucional, pues existe control constitucional automático por vicios de procedimiento.

## La invalidez de los FT

La Corte Constitucional colombiana ha ampliado el concepto de rigidez y concluido que, en lo que refiere a la Constitución, la rigidez tiene una función legislativa y política en tanto exige mayores formas procesales y pretende:

> "que los encargados de efectuar la enmienda o el cambio tengan mayores oportunidades para debatir y reflexionar los asuntos en cuestión, para desactivar emociones facciosas en los partidos o movimientos, proporciona espacios para la información y el control ciudadano"
>
> y adicionalmente
>
> "garantiza la participación de más de un organismo, por ejemplo, para el control constitucional, o de la ciudadanía para la refrendación o la votación popular" (Corte Constitucional, Sentencia C-699, 2016).

Por lo que la Corte aduce que la Constitución debe tener procedimientos de enmienda.

Originalmente, la Constitución colombiana preveía tres mecanis-

mos de reforma: a) acto legislativo aprobado por el Congreso, b) referendo constitucional y c) asamblea nacional constituyente. La iniciativa de los actos legislativos puede provenir del Congreso, la ciudadanía, el Gobierno o los organismos representativos del orden territorial. Únicamente pueden discutirse y aprobarse en periodos ordinarios y consecutivos. Deben tener ocho debates y dos vueltas, en la segunda vuelta los cuatro debates deben contar con mayoría absoluta y tienen control constitucional por acción posterior a su promulgación. (Constitución Política, arts. 241, 374, 375).

Para modificar la Constitución por referendo, es necesaria una ley previa de convocatoria. La iniciativa de esta ley la puede provenir tanto de los ciudadanos como del Gobierno, debe ser aprobada por mayoría absoluta en ambas Cámaras y aprobada por mayorías absolutas. Posteriormente es objeto de control de constitucionalidad automático por vicios de procedimiento. De superarlo, se somete a consulta popular, donde debe participar más de la cuarta parte de censo electoral y más de la mitad de los sufragantes deben apoyar la reforma. Siendo aprobada, puede haber control constitucional posterior por demanda (Constitución Política, arts. 241, 378).

Para la reforma mediante asamblea nacional constituyente, se requiere ley previa con iniciativa ciudadana o institucional, aprobada por la mayoría absoluta de ambas Cámaras, el Congreso puede disponer que el pueblo, mediante votación popular, decida si convoca una Asamblea Constituyente. La competencia, el período y la composición se determinan en la misma ley. Esta ley se somete a control constitucional automático por vicios de procedimiento. De superarlo, se realiza la consulta, cuya aprobación requiere de una tercera del censo electoral. De lograrse, se eligen los delegatarios. Si la asamblea tenía competencia limitada la constitucionalidad de sus actos puede ser demandada mediante acción de inconstitucionalidad (Constitución Política, arts. 155, 241, 376).

Estos tres mecanismos son las herramientas de modificación jurídica más rígidas de todo el ordenamiento colombiano, pues necesitan de las mayorías más estrictas y los procesos de aprobación más largos. Sin embargo, el AL introdujo uno nuevo, los FT: enmiendas a la Constitución que, entre otras cosas, reduce el tiempo de trámite para la aprobación y se tramitan en únicamente tres debates.

Tomando en cuenta lo dicho hasta aquí, es claro que los FT sí cambian la identidad de la Constitución, y esto se debe a que la rigidez constitucional se ve reemplazada: si uno de los principios de la Constitución es que sea per se la norma más difícil de modificar, entonces la rigidez constitucional es incompatible con los FT, pues reducirían la rigidez de la Carta a las de algunas leyes (vr. gr. leyes estatutarias), que necesita de 4 debates, mayoría absoluta, tramite en una legislatura y control automático de constitucionalidad. Siendo esto así, se extralimita la flexibilidad de la rigidez constitucional y no tendría su carácter supremo, por lo tanto, habría una clara sustitución de la Constitución.

Recordemos que la rigidez constitucional implica que una reforma constitucional es válida si y solo si es realizada por el órgano "O" competente a través del procedimiento "P". Además, "P" debe ser más complejo que cualquier otro P para la creación de normas dentro del sistema. Es discutible si el Acto legislativo despojó al Congreso de la competencia de reforma. Debe tenerse en cuenta que no tiene iniciativa normativa. Pero sobre lo que no hay duda es que el procedimiento definido es inconstitucional pues existen otros P que son igual o más rígidos que los del FT (vr. gr. leyes estatutarias, leyes orgánicas etc.)

## Conclusiones

En suma, y de acuerdo con lo dicho, Una norma N es aplicable jurídicamente si y sólo si existe una norma perteneciente que lo establezca. Una norma es moralmente aplicable cuando tiene fuerza moral vinculante. Esto significa que, mientras la validez en el sentido de fuerza vinculante y la aplicabilidad moral son términos coextensivos, la validez en el sentido de pertenencia y la aplicabilidad jurídica no son coextensivos (pues, como se dijo, puede darse el caso de normas aplicables no pertenecientes y viceversa). Por último, el hecho de que un juez (aun cuando sea un órgano de cierre) considere que una norma es válida o aplicable no significa que esto sea así. De lo contrario estaríamos confundiendo al definitibilidad de esas decisiones con su infalibilidad.

El hecho de que sea definitiva no significa que no cometan errores, como el ejemplo del tanteador propuesto por Hart lo demuestra. Así las cosas, en la explicación de la validez de las normas jurídicas se debe diferenciar entre a) Los criterios o condiciones institucionales de pertenecía de las normas jurídicas a los ordenamien-

tos jurídicos (validez institucional); b) Los criterios que justifican la fuerza vinculante de las normas jurídicas (aplicabilidad moral); y c) Los criterios y condiciones de aplicabilidad jurídica de las normas jurídicas (aplicabilidad positiva).

La rigidez constitucional es una condición de validez de las reformas constitucionales. Esta exigencia implica que una reforma constitucional es válida si y solo si es realizada por el órgano "O" competente a través del procedimiento "P". Además, "P" debe ser más complejo que cualquier otro P para la creación de normas dentro del sistema.

De esta manera, una reforma será inconstitucional si, por una parte, despoja de competencia a O, y por la otra, existe algún procedimiento P que es al menos igual de complejo a "P".

De acuerdo con esto, el procedimiento definido para los FT es inconstitucional pues existen otros P (vr. gr. leyes estatutarias, leyes orgánicas etc.) que son igual o más rígidos que el establecido en AL para las reformas constitucionales.

De acuerdo con los resultados de esta investigación, no es claro cómo se pretende implementar el acuerdo final mediante un mecanismo que es claramente inválido. Para poner a situación en un tono más grave: el único mecanismo mediante el cual se puede garantizar el post-conflicto no tiene fundamento jurídico.

El secreto detrás de esto es que, después de establecer en qué consiste la validez jurídica y señalando que el mismo concepto permite hacer las distinciones entre criterios de pertenencia y criterios que justifican la fuerza vinculante; aplicabilidad moral y aplicabilidad jurídica; y definitibilidad e infalibilidad, los FT son mecanismos inválidos.

## Referencias Bibliográficas

Bulygin, E. (1991). Tiempo y Validez. En C. Alchourron y E . Bulygin (Eds.), Análisis lógico y Derecho (193-214). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales

Congreso Visible (s.f.). "Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para los desarrollos normativos necesarios para facilitar y asegurar la implementación del Acuerdo Final para la

Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz estable y duradera. [Instrumentos jurídicos para la paz]". Recuperado de: http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-medio-de-la-cual-se/8196/ el 12 de marzo de 2017.

Del Rosario-Rodríguez, M. (2011). La supremacía constitucional: naturaleza y alcances. DíKaion, 20(1). Recuperado de: http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1950/2506 el 3 de marzo de 2017.

Guastini, R. (2014). Interpretar y argumentar (Álvarez, S., Trad.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Hart, H.L.A. (1998). El concepto de derecho (Carrió, G.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Kelsen, H. (1995). Teoría General del Derecho y del Estado (García Máynez, E., Trad.) (5a reimpresión de la 2a ed.). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Kelsen, H. (2005). Teoría Pura del Derecho (14va ed.) (Vernengo R., Trad.). México: Editorial Porrúa.

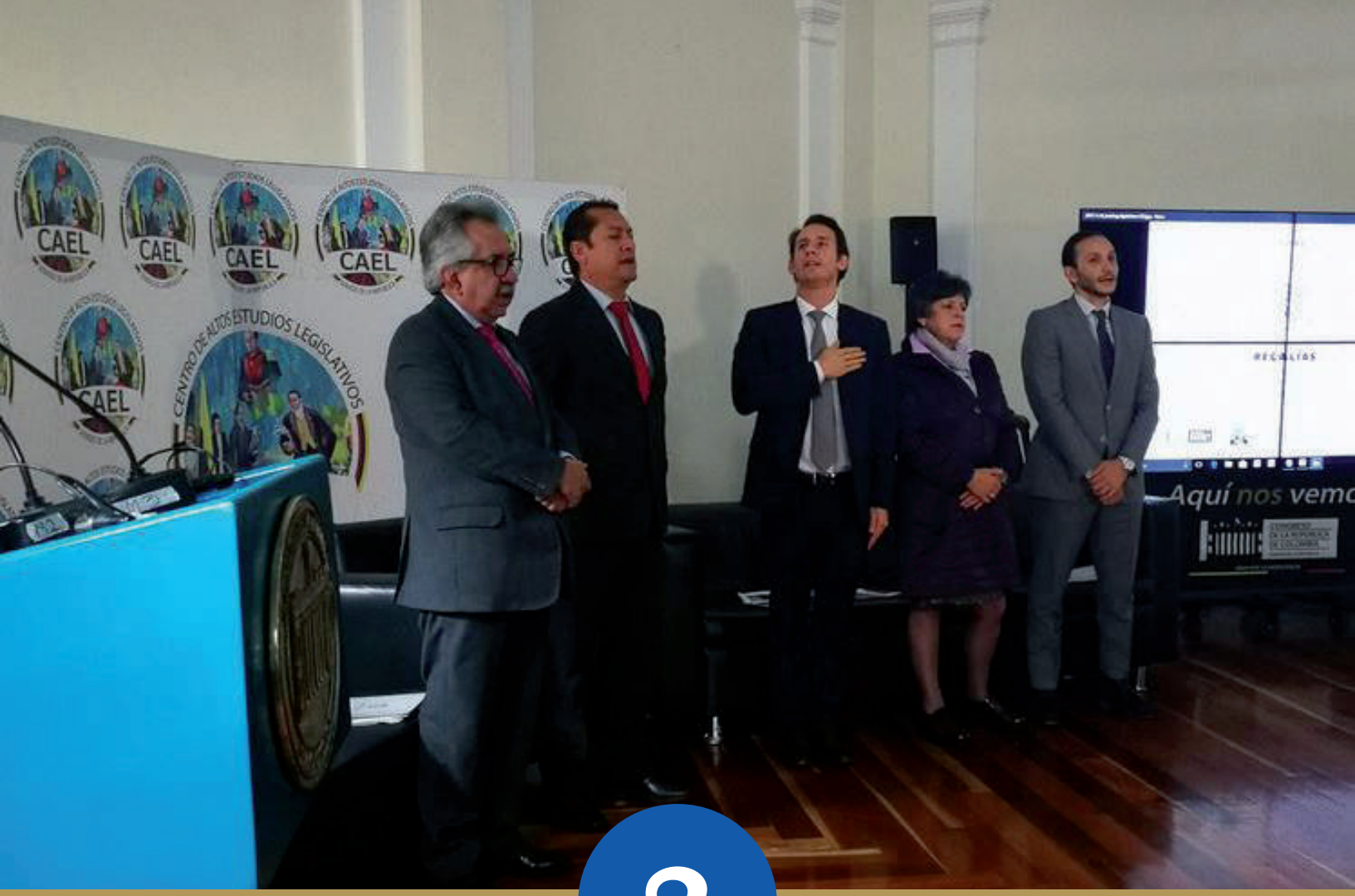
Moreso, J.J. (1991). Disposiciones de reforma constitucional. Doxa 10, 201-222. Recuperado de: http://www.biblioteca.org.ar/libros/141818.pdf el 7 de marzo de 2017.

Navarro, P. & Rodríguez, J. (2014). Deontic Logic and Legal Systems. Nueva York: Cambridge University Press.

Pactet, P. & Melin-Soucramanien, F. (2011). Derecho Constitucional (Duque, C., Trad.). Bogotá: Legis.

Pulido, F (2016). Los criterios de validez jurídica: incógnitas para la implementación de los acuerdos de paz. En Eljach, G,. Castrillón, J. y Niño, G. (Eds), La paz el derecho de la democracia: Elementos de análisis frente a los desafíos del legislador en la implementación del acuerdo final. Colombia: Editorial Universidad del Cauca, 402 – 414.

Pulido, F & Bustos, G (2016)."Momentos constitucionales y legitimidad de los procedimientos de reforma." En Eljach, G,. Castrillón, J. y Niño, G. (Eds) Procesos legislativos y ordenamiento constitucional: abordajes teóricos. Colombia: Senado de la República, 92 – 105




2

# ASPECTOS TEÓRICOS CONSTITUCIONALES DE LOS PROCESOS LEGISLATIVOS

# SOBRE LA INTRODUCCIÓN DE LA CALIDAD NORMATIVA EN COLOMBIA. ALTERNATIVAS PARA SU IMPLEMENTACIÓN

Carlos Escobar Uribe[29]
José Manuel Suárez Delgado[30]

## A modo de introducción: Un antecedente olvidado de calidad normativa: la Ley 19 de 1919

Una de las grandes dificultades con las que se enfrenta la teoría del Derecho y la misma historia de la Legislación, es la existencia de los acuerdos historiográficos, con esta noción se hará referencia a la existencia de una única visión institucional existente sobre un determinado objeto de estudio. Las causas explicativas tras esta figura, pueden ser de diversos órdenes, abarcando desde la defensa de historias que privilegien las hazañas patrias como especiales, únicas o distintivas, privilegiándose de esta forma las historias patrias hasta la dependencia de unos hitos de referencia locales que supongan un cambio, una ruptura o un giro abrupto en la historia.

Ello, en mayor medida, puede ser explicado para el caso de Colombia en la forma como se ha construido la historia tras la Constitución de 1991, bajo este nuevo marco es preferible una concepción antagónica con su orden previo (1886) para acentuar las características transformadoras para superar, entre otros referentes, un modelo híbrido previo consistente en una democracia formal sumida en un estado de excepción permanente[31].

Bajo estas circunstancias, un caso de éxito de acuerdo historiográfico será aquel que ha evidenciado el formalismo jurídico y el apego a la Ley como formas endémicas de adjudicación en el contexto judicial previo a la adopción de la Constitución de 1991. Siguiendo

29. Abogado universidad del Rosario, especialista en filosofía de la ciencia, magister en estudios políticos. Profesor universitario, par evaluador internacional de programas de derecho - OEI, decano facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad El Bosque.
30. Abogado de la Universidad del Cauca, Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Universidad del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Magister en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Constitucional Universidad de Salamanca. Este artículo está dedicado a CLAUDIA ALEXANDRA HERRADA GONZÀLEZ.
31. GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, CRÍTICA JURÌDICA EN ARGENTINA, BRASIL Y COLOMBIA, EN SOCIOLOGÌA JURÌDICA CRÌTICA, México D.F., Fontamara, 2010, p.344.

esta explicación, la superación del rol con el que se ha etiquetado al juez, solo será posible con la invención de un sucesor; se trata de un nuevo juez dotado de similares instrumentos de cambio[32].

A la vez, este mito sobre la actividad judicial debió conocer una etapa fundacional siendo, para este fin, de gran interés lo ocurrido en el período abarcado entre 1910 y 1920. La primera fecha, vino a significar la adopción de un modelo constitucional recompuesto gracias a un consenso sin alguna otra alternativa entre las dos tendencias dominantes: liberales y conservadores con un mínimo consenso en torno a adoptar todas las medidas necesarias para evitar caer en el denominado *presidencialismo monárquico*[33].

El orden edificado con estos ingredientes ha sido calificado, con toda razón, como nuevo, o, en similares términos, una nueva Constitució[34]. A este relativo consenso constitucional, como no podría ser de otra manera, lo sucedió convulso escenario de luchas por la implementación legal con proyectos contradictorios entre ambas facciones.

En esta dirección, el primer signo evidente de este síntoma fue la negativa de la Corte Suprema de Justicia de orientación conservadora a ser un juez constitucional electo a nominación del Congreso de ternas enviadas por el Presidente (siendo este conservador[35] era comprensible la orientación política de la Corte)[36]; contrariando los dictados de la propia Constitución, circunstancia, a la sazón, indiferente de cara al poder de reforma legal; quedando así configuradas las bases para una instrumentalización del control para fines partidistas con algún matiz diferencial con relación a la actividad congresional[37]y con los vericuetos propios de la actividad corporativa a nivel judicial que tiende a ser patrimonializada[38].

33. Dos muy importantes estudios de la primera Corte Constitucional muestran ello. En primera medida, el trabajo de EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, EL CONSTITUCIONALISMO DE LA POBREZA, en Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela, ISSN 1132-9947, Vol. 4, Nº 2, 1995, pp. 53-78. Y, el no menos importante e influyente, CARLOS GAVÌRIA DÌAZ, titulado LA TUTELA COMO INSTRUMENTO DE PAZ aparecido en la revista Pensamiento Jurídico; núm. 7 (1996): La acción de tutela - http://www.bdigital.unal.edu.co/37259/#sthash.naG86gtt.dpuf por última vez el 01/01/2017.
34. MAYA CHÁVES, MARÍA JOSÉ, Control constitucional y presidencialismo monárquico (1886-1910), La contienda política entre la Ley y la Constitución en tiempos de la Regeneración, Bogotá, Universidad de los Andes, 2015, p. 19.
35. La idea inicial de forma intuitiva es del profesor JÓRGE GONZÁLEZ JÁCOME, ¿Para qué una corte constitucional en la Colombia de 1968?, en AAVV JUSTICIA CONSTITUCIONAL, El rol de la Corte Constitucional en el Estado Contemporáneo, Ricardo Sanín (Coordinador Académico), Bogotá, 2006, p. 48. De forma más esquemática se desarrolla por el profesor BENRD MARQUARDT en su obra HISTORIA CONSTITUCIONAL COMPARADA DE IBEROAMÉRICA, LAS SEIS FASES DESDE LA REVOLUCIÓN DE 1810 HASTA LA TRASNACIONALIZACIÓN DEL SIGLO XXI, Bogotá, Ediciones Gustavo Ibáñez, 2016, pp. 429 a 518.
35. JOSÉ VICENTE CONCHA.
36. CAJAS SARRÍA, MARIO, LA HISTORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA 1886-1991 Tomo I, Bogotá, Universidad de los Andes-Universidad Icesi, 2015, p. 160-164.
37. Ibídem.
38. ICfr. Sobre patrimonialización puede verse la muy particular lectura propuesta por ALEJANDRO NIETO GARCÍA, EL DESGOBIERNO JUDICIAL, Madrid, Trotta-Fundación Alfonso Martín Escudero, 2001, pp. 237-255.

Al calor de un clima así, y expirado el periodo de 5 años de la Corte de transición, la hegemonía conservadora se abría paso por largo tiempo (4 períodos consecutivos) hasta 1935[39]. La Ley 19 de 1919[40] de raro tenor para la época donde se adopta marca el final de uno de ellos y, quizá, resuelve alguna pulsión partidista o, lo que, es más, de política judicial sobre el control de constitucionalidad, como inmediatamente se ha hecho referencia.

Para comprenderla mejor, es necesario recurrir a las importantes referencias construidas recientemente acerca de este período. Dentro de ellas, se encuentra el muy importante trabajo del profesor Mario Alberto Cajas, que se ha basado en la necesidad de construir una historia es la Corte Suprema de Justicia protagonista central sin un parlamento claro y con un final conocido.

El vacío vino a llenarse –¡de qué manera! - con un texto en dos gruesos volúmenes que incursionan en los terrenos de la política y el derecho constitucional como una sola narrativa. Confirmándose así, la vigencia de la tesis del constitucionalismo como un discurso político[41].

Al cierre del decenio, la adjudicación inicial de la Corte como juez de control de constitucionalidad fue favorable a la inhibición[42]y, ciertamente, con esto a una evasión del control (conducta no pocas veces repetida[43]).

Aun así, dentro de la agenda paralela de reforma, ha quedado un instrumento sumido casi en un desconocimiento total, revisemos por su corta extensión su texto íntegro:

39. Ibídem.
40. LEY 19 de 1919 (septiembre 11), “por la cual se imponen ciertas obligaciones a algunas Corporaciones y empleados públicos”, en Diario Oficial 16683 del 13 de septiembre de 1919 Año LV con una anotación de adopción de septiembre 9 lo que choca con la fecha indicada inicialmente en el Diario Oficial. El mérito indiscutible de encontrar esta norma se debe JUAN CAMILO FRANCO joven investigador de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario a quien se debe agradecer por la generosidad de compartir el texto (actitud inusual -tristemente- para muchos investigadores).

41. SCHIERA, PIERANGELO, EL CONSTITUCIONALISMO COMO DISCURSO POLÍTICO, Madrid, Universidad Carlos III Cátedra de Excelencia, 2011, in totum. De forma general, el trabajo del profesor CAJAS toma, por punto de partida, el difícil encaje del constitucionalismo que es, ante todo y por encima de todo, una idea construida por políticos, luego para dar paso a una verdadera disciplina construida por juristas. Cfr. LA HISTORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA 1886-1991 Tomo I, op. cit. p. 15. En cualquier caso, existen otros trabajos que tienen una relación parcial con el tema y son reseñados por el autor y nos remitimos
para una revisión exhaustiva de la producción bibliográfica previa.
42. CAJAS SARRÍA, MARIO, op.cit. p. 157.
43. PIERO CALAMANDREI, La Constitución Inactuada, Madrid, Ed. Tecnós, 2012, pág. 9. Título original en italiano: La Costituzione inattuata, Ed. Avanti, Roma, 1956. Y quien coincide en sus mismas preocupaciones al observar la decadencia del sistema normativo y el manejo de la política normativa, casi con exclusividad, por el ejecutivo, El muy QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL FERNANDO, ELUSIÓN CONSTITUCIONAL, UNA POLÍTICA DE EVASIÓN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL, Bogotá, Centro Editorial Rosarista, 2009, in totum.

Artículo 1. La Corte Suprema de Justicia y los Tribunales de Distrito Judicial enviarán anualmente a las Cámaras Legislativas, en sus sesiones ordinarias, informe razonado sobre las dudas, vacíos, contradicciones e inconvenientes que hayan notado en las leyes y disposiciones cuya aplicación corresponda al Poder Judicial, e indicarán las disposiciones nuevas o las reformas que crean conveniente introducir para llenar los vacíos, para salvar las incongruencias o contradicciones, y para variar lo inconveniente.

Al final del informe formularán en artículos precisos esas disposiciones o reformas en los propios términos en que se creyere que deba consignarlas la Ley.

Artículo 2. Con el fin de preparar los informes del modo más completo posible, cada uno de los Magistrados hará llevar un libro para anotar las disposiciones nuevas que convenga introducir en la Ley y las que deban ser derogadas o reformadas, según el caso.

Igual deber se impone a los Jueces de Circuito, quienes pasarán al respectivo Tribunal las anotaciones y observaciones que hicieren, para que dicha Corporación las tenga en cuenta al discutir los informes.

Artículo 3. Dos meses antes de la reunión del Congreso, en sesiones ordinarias, estarán discutidos y acordados los informes de que trata el artículo 1, con el objeto de que sean entregados a las Cámaras Legislativas dentro del primer mes de sus sesiones. La Corte y los Tribunales adoptarán las disposiciones reglamentarias que estimen, pertinentes para la eficaz realización del objetivo contemplado en el artículo l.

El Procurador General de la Nación y los Fiscales de los Tribunales velarán por el estricto cumplimiento de las disposiciones de este artículo.

Artículo 4. Recibidos los informes serán pasados, por orden del Presidente del Senado o de la Cámara de Representantes a las respectivas Comisiones para que si lo estiman conveniente propongan los proyectos respectivos en forma reglamentaria.

> Artículo 5. Cada uno de los Ministros del Despacho presentará los proyectos de ley relacionados con las reformas que habrán de indicar en el informe anual que deben presentar al Congreso. Al fin de dichos informes harán una recapitulación de las leyes vigentes en relación con el respectivo ramo administrativo, y harán, además, una exposición clara sobre las disposiciones que, sin haber sido derogadas expresamente, se consideren insubsistentes, y de las reformadas o subrogadas por otras.
>
> Artículo 6º El Consejo de Estado, al hacer -la codificación de que trata la Ley 13 de 1912, procurará que queden en un solo cuerpo o codificación las disposiciones que se refieran a cada uno de los ramos de la Administración Pública, principiando cada una de dichas codificaciones por el número uno, y siguiendo en serie no interrumpida, pero haciendo la respectiva nota o llamada que indique el número de ley a que corresponda el nuevo número de ésta.

En el texto a través de sus seis artículos son evidenciables tres ejes temáticos y una institución central: la enmienda de la Legislación por sus aplicadores o los encargados de la ejecución -en sentido kelseniano -. Vista desde esta perspectiva, la sola adopción de esta norma puede afirmarse una ruptura con la tradición [acuerdo historiográfico] en cuanto al papel secundario desempeñado por el Poder judicial para la creación de Derecho en el País y servirá, en otro sentido, como germen de la orientación judicial de la política.

Acordado esto, examinaremos los ejes presentes en la norma. El primero y más sobresaliente la iniciativa de enmienda a las normas que aplican por parte de la Corte Suprema y los Tribunales Superiores de Distrito Judicial como integrantes de la jurisdicción ordinaria lo que, guardadas las proporciones y el tiempo, le valdría el calificativo de mecanismo dialógico.

Su alcance es, en esencia, no preceptivo para su destinatario el Congreso de la República, lo que sí resulta vinculante es la forma y tiempo como deberían ser discutidos en las primeras sesiones ordinarias de la corporación (Art. 4) y el deber de reporte anual con las reformas necesarias a introducir en su ámbito de competencias [ se intuye que así debería ser] (Art.1) y la forma operativa -algo exagerada- como las reformas se consignarían en un libro a llevar por los miembros de la jurisdicción (Art. 3).

Resulta oportuno acotar que la figura tomaba el marco institucional existente que le permitía, a modo de interacción, a la Corte realizar informes anuales por intermedio de su Presidente al Congreso. En sustancia, este conjunto de disposiciones vinculadas a la norma puede entenderse gracias al espíritu de la época que, por entonces, se vivía, con esto quiere llamarse la atención a varios datos puestos en relieve por la investigación del profesor Cajas.

El sentido que se le imprimiera a la norma, en líneas generales, podría explicarse como forma de canalizar la disposición negativa de una Corte Suprema con orientación conservadora a no ejercer el control de constitucionalidad y la, no infrecuente, tendencia a proponer modificaciones normativas para suprimirlo.

A esta tendencia se asocia claramente una institución como el uso de los informes como un mecanismo de enmienda de la Legislación que tendría, al efecto, una intención disuasoria frente al control y, en todo caso, siendo aconsejable antes de ser entablado éste.

Se sitúa, asimismo, en el terreno varias veces mencionado de la política judicial, la intención consistía de ganar influencia por el poder judicial en general y la Corte en particular en los procesos de arreglo institucional, esta particular relación se erige como muestra la distancia entre la realidad de la tensión entre los poderes y la teoría del equilibrio y colaboración presentada entre ellos.

El otro componente destacado de la norma es el referido al poder ejecutivo (Art. 4), al cual terminaba asignándole, de igual forma, la misma iniciativa reformadora de la mano de la obligación de proponer informes anuales al Congreso, siendo aún más descriptiva la Ley, al hacerse mayores exigencias con relación al tipo de legislación.

En particular, con relación a las normas subrogadas, o insubsistentes (aspecto que no definía la Ley y que podría como opción reconducirse a su inconveniencia para el poder ejecutivo) o aquellas otras que, sin estar derogadas, debieran ser retiradas a criterio último de cada Ministerio en sus respectivos asuntos.

A ambas dimensiones (administrativa y judicial) del mecanismo de revisión podría imputarse una cierta asimilación entre la legislación y reglamentación que, a lo largo, del texto se tornan irrelevantes las menciones entre una y otra, al punto de operar de

facto una asimilación entre ambas, cambiando, en todo caso, el procedimiento y actores encargados de su modificación, sobre este aspecto se volverá en un apartado más adelante.

De la mano de estas competencias, se habilitaría, en el último eje de la norma, aquella propia del Consejo de Estado (Art. 5) habilitado previamente por Ley 13 de 1912 «que ordena hacer una edición completa de las leyes nacionales», de forma algo más certera la Ley aquí tratada no vacilaba en llamar a tal labor Codificación Administrativa con una clara reminiscencia de un proyecto previo de la Ciencia Administrativa del Siglo XIX.

La labor cumplida por éste órgano buscaba [en lo que la norma deja entrever] perfeccionar la acción la previa de los Ministerios una vez cumplido el ciclo de reforma allí prevista, lo que le restaría valor a su papel como máximo organismo de juzgamiento de la actividad administrativa. Otro sería el curso de las reformas introducidas a la jurisdicción que escapaban, conforme al esquema legal, a la órbita funcional del Consejo de Estado, lo que habla de una posición de preminencia de aquella en al arreglo institucional, plasmado en la Ley.

La técnica de consultas no es ajena a la forma como en España se emprendió la reforma de la Legislación civil. De ello no cabe duda, cuando se consulta el Real Decreto de 17 de octubre de 1894 con el fin de consultar a la comunidad jurídica sobre su parecer frente a la reforma a la Ley de enjuiciamiento civil:

> De conformidad con lo propuesto por el Ministro de Gracia y Justicia; En nombre de Mi Augusto Hijo el Rey D. Alfonso XIII, y como Reina Regente del Reino, Vengo en decretar lo siguiente: El Tribunal Supremo, las Audiencias, Facultades de Derecho de las Universidades, Academias de Jurisprudencia y Legislación y Colegios de Abogados, Procuradores y Escribanos, informarán al Ministro de Gracia y Justicia, dentro del término de un mes, á contar desde la publicación de este decreto, lo que se les ofrezca y parezca sobre cada una de las preinsertas bases para la reforma de las leyes orgánica del Poder judicial y de Enjuiciamiento civil. Dado en Palacio á diez y siete de octubre de mil ochocientos noventa y cuatro[44].

44. (1894) en GACETA DE MADRID. CCXXV.- Núm. 289 Sábado 16 Octubre 1886 Tomo IV.- Pág. 163.

Visto el alcance de la norma como punto de referencia único, la sociedad donde se inserta -sin mucha fortuna como lo testimonia su casi total desconocimiento-exhibe grandes niveles de avance y hasta respuestas a las necesidades de sociedades todavía más ordenadas. Con la ventaja adicional de que se ofrece, como en ningún otro caso, un panorama real y algo más claro de la forma como se ha dado cumplimiento a la Ley, no solo por los jueces como actores simultáneamente reconocidos de cara al mismo y limitados por el ingenio revolucionario de la codificación.

Con este antecedente se pone en evidencia la desconocida fortaleza de un modelo normativo preocupado por la calidad de sus normas, exigencia, al parecer, presa del abandono, bien por el paso del tiempo, o bien por las circunstancias posteriores que hicieron que el punto de la forma como las autoridades judiciales pueden contribuir de forma, más o menos pacífica, a la mejora de las leyes mediante procedimientos de interpelación con el Legislador de colaboración.

Es perfectamente posible, que esta noción pacífica cediera ante una concepción conflictual del Derecho que servirá de imagen a las relaciones sociales y políticas en Colombia durante el siglo XX[45]

Situada en una perspectiva diversa, la presente contribución buscará recuperar el espíritu tras de la norma del 19, En concreto se hará referencia a la calidad normativa y posible aplicación práctica en el escenario colombiano.

Para esto será necesario ir recorriendo los siguientes pasos. Proceder a la ubicación del concepto en un cuadro histórico marcado por la codificación y la plenitud de la Ley, momento a partir del que, la calidad es algo inherente para la buena salud del Estado en un proyecto ilustrado-liberal.

Luego, de forma algo menos, pacífica la consigna de la calidad es consecuencia de procesos de reforma y crisis ante las respuestas ineficientes de los Estados en escenarios de control judicial situado, inicialmente, en un plano supranacional. Para finalmente, volviendo a la orientación del marco histórico inicial, se ofrezca un modelo de calidad dentro de tendencias de integración marcadas por la idea de un Estado Regulador y su inserción contextos de planeación normativa.

45. Cfr. CALLE MEZA, MELBA LUZ, UNA REVISIÓN DEL SISTEMA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN COLOMBIA DURANTE EL SIGLO XX, Bogotá, Editorial Jurídica Ibáñez, 2014, in totum.

## La calidad normativa como un atributo intríseco de la modernidad y un signo de crisis de la ley

La primera observación en torno a la calidad pudo deberse al influjo del pensamiento de Jeremy Bentham autor de uno de los primeros manuales de técnica legislativa[46]y en el mundo hispánico[47]:

> Pero fue en el mundo hispánico donde por algún tiempo Bentham reinó como una especie de semidiós. Las obras de Bentham inundaron la Península al liquidarse la Inquisición después de la invasión francesa, y cuando las tropas inglesas ayudaron esta campaña de propagación de las ideas radicales benthamianas. Especialmente la edición francesa de las obras de Bentham por Dumont —los Traites de législation— crearon gran interés en la Península durante los años cruciales de 1820 a 1823.- Las ediciones españolas de las obras de Bentham fueron cada vez más numerosas; tendencia que empezó en esta década y que continuó en los años del 30 al 40[48].

A los factores anteriores, se unirá un proyecto teórico: la codificación, con ella la Ley, como es hoy apenas obvio, adquirió caracteres casi míticos. Dicho con otras palabras, que una Ley fuera buena en cuanto a su contenido era algo que se daba por descontado, de lo contrario sus atributos no podría desplegarse.

También debe reconocerse que esto le restaría valor a la empresa codificadora que buscaba encerrar el derecho en un horizonte predeterminado[49].

Eso se explica por la asociación como una consecuencia casi natural de las dimensiones de la codificación[50]. Se entenderá, de esta manera, por codificación en sentido formal es, en esencia, una política de la legislación[51].

46. NOMOGRAFÍA O EL ARTE DE REDACTER LEYES, Madrid, Boletín Oficial del Estado,Centro de Estudios Políticos, 2000.
47. URIBE URÁN, VICTOR, COLOMBIA Juristas, sociedad, independencia y Estado en la Nueva Granada, 1790-1830 en LOS ABOGADOS DE LA INDEPENDENCIA JOSÈ MARÍA PÉREZ COLLADOS SAMUEL RODRÌGUEZ BARBOSA (EDS.), Madrid, Marcial Pons sección CÁTEDRA DE CULTURA JURÌDICA, Madrid, 2012, p. 180 y ss.
48. STOETZER, OTTO CARLOS, El influjo del utilitarismo inglés en la América española en Revista de estudios políticos, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, ISSN 0048-7694, N° 143, 1965, p.167. La ubicación de este autor como figura central del Derecho Constitucional es valída aun para Colombia el día de hoy, en cuanto sigue siendo utilizado como referencia necesaria en el proceso de formación de leyes. Cfr. (2014) Corte Constitucional República de Colombia, Sentencia C-313 de 2014 M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO expediente PE-040. Fundamento jurídico 4.3.3.2.1. (Nota 62).
49. CAZZETTA, GIOVANNI, CODIFICACIÓN DECIMONÓNICA Y PARADIGMAS CONTRACTUALES. EL PROBLEMA DEL TRABAJO, EN AAVV ESTUDIOS DE DERECHO PRIVADO, Lima, UPICA UNIVERSIDAD PRIVADA DE ICA- Ediciones Jurídicas Axel, Bogotá-Lima,2014, p. 191.
50. PRIETO SANCHÍS, LUIS, TÉCNICA Y POLÍTICA DE LA CODIFICACIÓN, en El constitucionalismo de los Derechos. Ensayos de filosofía jurídica, Madrid, Trotta, 2013, p. 176
51. Ibíd. p. 176.

Dicho lo anterior, importa enfatizar en que, de modo alguno, la calidad podría obligar a sus autores como un estándar sustantivo, ni podría corresponder a unas reglas precisas y, por lo tanto, fijadas jurídicamente. No es inoportuno recordar aquí la máxima civilista según la que «a legislar no se aprende en ninguna escuela[52]».

El proyecto de un legislador perfecto parece haber hecho bastante agua y con las crisis del Estado se ha puesto de manifiesto la debilidad de la Ley vista como norma general. En este sentido, es de sumo interés la tradición alemana que parte de la crítica presentada a partir de la distinción entre ley en sentido formal y sentido material postulada en el siglo XIX[53].

Más definitiva resultará, a este respecto, la difusión de este concepto gracias a la obra de Paul Laband[54], de donde se ven derivadas, entre otras consecuencias, la relatividad del planteamiento de las leyes presupuestales como medidas que no coinciden, en el fondo, con la reserva material de Ley, siendo la coincidencia en la Constitución de Prusia en 1850 más fruto de la casualidad que otra cosa.

Con fundamento en esta tradición sólo sería posible que Ernst Forsthoff ideara su categoría de las leyes medida (Massnahmegesetze)[55], leyes de caso o particulares que parte de la división de medidas estatales presentada entre norma general y mandato singular. Semejante distinción sólo sería posible si: *"(…) un Estado que este perfecta y fundamentalmente deslindado del desenvolvimiento social"*[56]. La figura se presenta, entonces, como una consecuencia de la forma social del Estado y, en paralelo, constatación de la crisis de la Ley.

Un alegato a favor de lo anterior, puede ser leído en la obra del jurista austriaco Dietrich Jesch:

52. IRTI, NATALINO, TÉCNICA DE LEGISLACIÓN CIVIL Y RESPONSABILIDAD DE LA DOCTRINA, EN LA EDAD DE LA DESCODIFICACIÓN, Barcelona, Ediciones José María Bosch, 1992, p.172.
53. De acuerdo con ERNST FORSTHOFF la primera clasificación provino de un jurista presumiblemente prusiano de apellido HÄNELS. Ver, LAS TRANSFORMACIONES METÓDICAS/METODOLÓGICAS DEL ESTADO DE DERECHO, en ESTADO DE DERECHO EN MUTACIÓN. Trabajos constitucionales 1954-1973, Madrid, Técnos, 2015, p. 171. (Título original Rechstaat in Wandel).
54. Cfr. Acerca de su vida y el papel cumplido como jurista de Estado en Prusia. Ver, SOSA WAGNER, FRANCISCO, MAESTROS ALEMANES DEL DERECHO PÚBLICO, Madrid, Segunda Edición, Marcial Pons, 2005, p.146 y ss.
55. HÄBERLE, PETER, PLURALISMO Y CONSTITUCIÓN, Segunda Edición, Madrid, Tecnos, 2013, p.165. (Título original: Die Verfassung des pluralismus, Studiem die Verfassungstheorie der Offenen Gesellshaft, Atenâum-TB Rechswissenchaft, Kôninsteins/Ts. 1980).
56. FORSTHOFF, ERNST, LAS TRANSFORMACIONES METÓDICAS/METODOLÓGICAS DEL ESTADO DE DERECHO, en ESTADO DE DERECHO EN MUTACIÓN. Trabajos constitucionales 1954-1973, Madrid, Técnos, 2015, p.170. (Título original Rechstaat in Wandel).

> También la promulgación de las llamadas leyes de medida es una tarea legítima del legislador-. A este respecto no existe tampoco una reserva del Ejecutivo; antes bien éste necesita precisamente de un apoderamiento legal para poder actuar.
>
> Con esta alteración de la relación Parlamento-Ejecutivo se halla estrechamente ligada. la nivelación del contraste entre Estado y sociedad. Ya no hay sociedad sin Estado, ni el Estado puede ser ya concebido sin la sociedad. La sociedad se ha apoderado de la totalidad del aparato estatal. Este hecho tiene su expresión en la idea de la soberanía popular -en tanto en cuanto dicha idea no tiene por exclusiva finalidad un mero enmascaramiento ideológico. Todo Poder estatal emana del pueblo. El pueblo se da la constitución y en la misma atribuye sus competencias cardinales a los distintos poderes.
>
> El pueblo elige al órgano supremo del Estado, el Parlamento. Por ello, sólo el Parlamento está en condiciones de atribuir a los demás titulares del Poder competencias nuevas, es decir, no previstas en la constitución. Así sucede sobre todo por lo que respecta al Ejecutivo, que, en virtud de la vigencia del principio parlamentario, Así sucede sobre todo por lo que respecta al Ejecutivo, que, en virtud de la vigencia del principio parlamentario, se halla subordinado al Parlamento y es dependiente del mismo.
>
> El Parlamento ya no representa los intereses de la sociedad frente al Estado, es decir, frente al Monarca y su Ejecutivo; antes bien, en el Parlamento se reúnen los representantes de los intereses pluralistas del pueblo; tiene lugar así una compensación recíproca de intereses. Esta integración de la sociedad en el Estado explica también la exigencia de participación por parte de los ciudadanos y, asimismo, el anhelo de distribución, si no de reparto.
>
> El Estado se convierte en Estado distribuidor, que, en aplicación de la iustitia distributiva, crea un equilibrio social mediante la percepción de impuestos[57].

Una razón adicional para pensar en la necesidad de mejora en la Ley, desde la órbita puramente colombiana es la función que una buena legislación cumpliría de cara a la legitimación de la actividad cumplida por el Congreso. No es ninguna novedad sostener

57. JESCH, DIETRICH, LA LEY Y LA ADMINISTRACIÓN, UN ESTUDIO SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD,Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1978, pp. 220-221

que la percepción negativa que arrastra el concepto de sector público es, de ordinario, asociada con el Congreso antes que la Administración Pública[58].

Con una plataforma así, resulta imposible dotar de ciertos caracteres racionales a la Ley cuando ha sido producto de un organismo juzgado invariablemente como impopular a los ojos del ciudadano.

Esto último aparece relacionado con las leyes medida por cuanto se han convertido en la intervención, por excelencia, de un ejecutivo robustecido en tres fases sucesivas de constitucionalismo regional; i) una fundacional que ha mantenido su predominio incontestado por dos siglos que apela a la continuidad del diseño y desempeño del ejecutivo[59]; seguidamente ii) el otorgamiento al mismo poder de un cierto dominio sobre los poderes de excepción y la dictadura[60]; para ser estos últimos normalizados constitucionalmente y proyectados hacia; iii) los poderes de agenda[61]que le confieren la dirección de la actividad parlamentaria.

Todo ello permitirá hablar de un modelo de Gobierno cada vez más extendido calificado, con toda evidencia, como constitucionalismo abusivo[62]. La sucesión de fases de un constitucionalismo de base termidoriana u oligárquica[63] podría ser juzgado como un signo de atraso, de no ser porque, la «presidencialización de las democracias», se ha convertido en una tendencia mundial[64].
Tal cuestión no ha quedado limitada a los confines latinoamericanos, ha terminado por involucrar incluso a los sistemas de gobierno Parlamentario donde, con mayor frecuencia e intensidad, la función legislativa está dirigida por el Gobierno[65]

58. BARRETO ROZO, ANTONIO, LA GENERACIÓN DEL ESTADO DE SITIO. El juicio a la anormalidad institucional en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, Bogotá, UNIANDES, 2011, PASSIM.
59. GARGARELLA, ROBERTO, Dramas, Promesas y Conflictos del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, en revista Anacronismo e Irrupción Los derroteros del vínculo entre Felicidad y Política en la Teoría Política Clásica y Moderna ISSN 2250-4982 - Vol. 3 N° 4 - Mayo 2013 a Noviembre 2013 – P.250 consultada a través de la web revistasiigg.sociales.uba.ar/index.php/anacronismo/article/…/330/288 por última vez el día 1 de agosto de 2014.
60. GONZÁLEZ JÁCOME, JORGE, ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y DEMOCRACIA LIBERAL EN AMÉRICA DEL SUR: ARGENTINA, CHILE Y COLOMBIA, (1930-1990), Bogotá Universidad Javeriana, 2015, p. 60 y ss.
61. NEGRETTO, GABRIEL, La Política del cambio constitucional en América Latina, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2015, p. 59 y ss.
62. LANDAU, DAVID, CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO, en Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado, Bogotá, Universidad Externado, 2015, pp. 15-156.
63. PISARRELLO, GERARDO, Un Largo Termidor La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático, Madrid, Trotta, 2011, in totum.
64. ROSANVALLON, PIERRE, EL BUEN GOBIERNO, Buenos Aires, Manantial, 2015, pp. 107-122. Título original le buon governement, París, Editions du Seuil, 2015. 107-122. No se trata de una tendencia nueva en Francia. Ver, MATHIEU, BERTRAND, Génesis y lógica de la reforma de la Constitución francesa por la Ley Constitucional de 23 de julio de 2008, en Revista Cuadernos de Derecho Público, No 32-35 Ejemplar Monográfico dedicado a: La reforma de la Constitución francesa, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, (mayo-diciembre) 2008, p. 36.
65. ARAGÓN REYES, MANUEL, GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN, en Filosofía Política Teoría del Estado Elías Díaz, Alfonso Ruiz Miguel (Editores), Madrid, Trotta-Consejo Superior de Investigaciones Cientificas,1996, p. 85.

## La calidad normativa como un producto trasnconstitucional y como una consigna de gobierno

En una fase más reciente, la dimensión de derecho de la calidad normativa tiene que ver con lo que se ha dado en llamar la teoría trasconstitucional, se quiere hacer referencia con ella al aporte del constitucionalista brasilero Marcelo Neves como una explicación al derecho constitucional cada vez más globalizado[66].

En tal contexto, aparecen las sentencias de Tribunales de Protección de Derechos Humanos y gracias a la acción de uno de ellos: el europeo, es posible constituir una concepción subjetiva de los requisitos que debe contener toda Ley[67] Este camino se dio inicio gracias al control sobre la actividad normativa de los Estados sometidos al Convenio Europeo de Derechos Humanos y comenzó en 1979 con una crítica frente a la discriminación de las normas sobre la familia en Bélgica[68].

Antes de arribar a una concepción definitiva, se operó una censura sobre la actividad legislativa sobre las leyes que penalizaban la homosexualidad en Irlanda adoptadas en el siglo xix por considerarlas contrarias al texto Convenio Europeo en 1981[69]. En cualquier caso, la idea es la de un sistema de garantía débil legalmente hablando que repercute en un caso concreto. Así, en el caso de 2003 se espera, la toma de una medida penal como una solución a un caso, lo cual desde otro punto de vista se sujetaría a fuertes críticas[70]

66.NEVES, MARCELO, (NÃO) SOLUCIONANDO PROBLEMAS CONSTITUCIONAIS: TRANSCONSTITUCIONALISMO ALÉM DE COLISÕES, en Revista Lua Nova, São Paulo, No 93, p. 201.
67. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO, LA CALIDAD DE LA LEY SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (ESPECIAL REFERENCIA A LOS CASOS «VALENZUELA CONTRERAS» Y «PRADO BUGALLO», AMBOS CONTRA ESPAÑA) (1), en REVISTA CONSTITUCIÓN Y DERECHO PRIVADO Derecho Privado y Constitución Núm. 17. Enero-Diciembre 2003, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p.383.
68. LORENZO MARTÍN RETORTILLO ofrece una síntesis del caso «Marks c. Bélgica, de 13 de junio de 1979 (hace el número 25 en la lista de sentencias). Se llega a la conclusión de que determinados preceptos del Código civil belga —en concreto, los referentes a los derechos sucesorios de los hijos naturales y a la libre disposición de los bienes por parte de las madres solteras— son discriminatorios y contrarios al Convenio. Se considera normal que los particulares puedan, como víctimas de una violación de sus derechos, impugnar una ley contradictoria con el Convenio (parágrafo 27 de la sentencia, en adelante utilizaré sólo la inicial «p.») y, de hecho, la sentencia condena a Bélgica por dicha regulación (p. 57). Por supuesto, se actúa con precisión y delicadeza jurídica, muy presente la fragilidad de cada ordenamiento jurídico: «Es evidente —se dirá en el p. 58— que la decisión del Tribunal producirá efectos que excedan de los límites de este caso concreto, sobre todo si se tiene en cuenta que las supuestas violaciones de derechos que aquí se plantean derivaron de preceptos jurídicos generales y no de medidas concretas de ejecución»», op. cit. p. 384.
69. Dudgeon c. Irlanda del Norte, de 22 de octubre de 1981, ibíd. op.cit. p. 386.
70. RETORTILLO BAQUER, sintetiza el caso Iglesias Gil y AU.I. contra España, de 29 de abril de 2003: «El Tribunal estima insuficiente la protección del Derecho civil en el caso de acciones del tipo de las que Y. ha sido víctima. Se trata de un caso en el que están en cuestión valores fundamentales y aspectos esenciales de la vida privada. Sólo la legislación penal puede asegurar en este campo, donde es necesaria, una acción eficaz. De hecho, estas materias están normalmente contempladas en la legislación penal», op.cit. p. 387.

También se discutió, aunque de forma indirecta, la actualidad de los actos políticos de confiscación de bienes a la Monarquía en el caso de la República Helénica de Grecia[71]. Lo particular del caso es el enjuiciamiento que se hace de la Ley de confiscación.

En resumen, no se juzga, pero se admite que su contenido no es el idóneo de acuerdo al Tribunal, en conclusión, se condena al Estado[72]. O, en similar sentido, la no menos resonante reforma de la Ley Fundamental de Bonn para dar cabida a un precepto de igualdad de acceso a ambos sexos al servicio del ejercito proscrito inicialmente por ella y de clara base convencional[73].

El camino trazado por el Tribunal dará lugar a dos *leading cases* que, por alguna razón, ocurrieron en España.

El primero, Valenzuela Contreras de 30 de julio de 1998, es un caso de escuchas telefónicas ordenadas judicialmente en un caso penal en contra del señor Valenzuela que amenazaba a una compañera y expareja suya que sostenía una nueva relación. El resultado natural fue la condena del Señor a 4 meses de prisión conforme con la legislación española.

El problema radica en que, ello no habría sido posible sin, *"echar mano de los preceptos de la vieja LECrim referentes, como se recordó, a la «detención de la correspondencia postal y telegráfica», los artículos !579 y siguientes[74]".*

De nuevo, se trata de un caso de obsolescencia de la legislación penal de cara a los estándares de protección. Se prescinde, de alguna manera, de la aparente justicia del caso concentrándose en los medios empleados, siendo el más destacado de ellos la Ley.

> De la exigencia de previsibilidad de la «ley» se deriva que, en el contexto de la interceptación de las comunicaciones telefónicas, las garantías que señalan la extensión y las modalidades del poder de apreciación de las autoridades, deben figurar con todo detalle en el derecho interno, comportando así una fuerza apremiante que circunscribe el poder discrecional del juez

71. Cfr. Ex Rey de Grecia y otros c. Grecia, de 23 de noviembre de 2000, op.cit. p. 388.Del mismo autor, La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes de derecho, Madrid, Civita, 2004, p. 97 y ss.
72. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes de derecho, op.cit. p. 99.
73. Cfr. Caso Kriel del 10 de enero de 2000, op.cit. p. 104.
74. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO, LA CALIDAD DE LA LEY SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (ESPECIAL REFERENCIA A LOS CASOS «VALENZUELA CONTRERAS» Y «PRADO BUGALLO», AMBOS CONTRA ESPAÑA), op.cit. p. 394.

> en aplicación de las citadas medidas. En consecuencia, la «ley» española que el juez de instrucción debía aplicar tendría que prever, con la suficiente previsión, estas garantías» (p. 60).

La conclusión no es difícil de alcanzar [Nos dice Retortillo]:

> «En resumen, el derecho español, escrito o no, no indicaba con la suficiente claridad en el momento de los hechos la extensión y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en el campo considerado. El Sr. Valenzuela Contreras no se ha beneficiado del grado mínimo de protección querido por la preeminencia del derecho en una sociedad democrática (...). Se aprecia por ello violación del artículo 8 del Convenio».[75]

Con un nudo común aparece otro caso que relaciona escuchas telefónicas con alguien cuya honorabilidad ha estado puesta en duda. Se trata del caso Prado Bugallo de 18 de febrero de 2003.

Hay que decir que, para el caso, se trató de ciudadano con antecedentes criminales y condenado por una red criminal. Con todo, para el momento de la condena no se habían producido los ajustes necesarios en la legislación penal sobre escuchas telefónicas[76].

> Sin embargo, el Tribunal considera que las garantías introducidas por la Ley de 1988 no responden a todas las condiciones exigidas por la jurisprudencia del Tribunal, especialmente en las sentencias Kruslig c. Francia y Huvig c. Francia, para evitar abusos. Lo mismo ocurre con la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a las escuchas, con la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, y con las condiciones de establecimiento de las actas de síntesis que consignan las conversaciones intervenidas, tarea que se deja a la competencia exclusiva del Secretario Judicial. Estas insuficiencias se refieren igualmente a las precauciones que hay que tomar para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas, para su control eventual por el Juez y por la defensa. La ley no contiene ninguna disposición a este respecto. (p. 30)[77].

También para el caso, se estiman como insuficientes los avances legales, lo cual conduce a la condena del Estado:

75. Ibíd. p. 397.
76. Ibíd. p. 399.
77. Ibíd. p. 399.

> «Por otro lado, estas lagunas han sido señaladas por las jurisdicciones superiores españolas que han entendido que las modificaciones realizadas por esta Ley eran insuficientes para responder a las garantías que deben rodear las intervenciones telefónicas» Se va a reconocer cómo la interpretación jurisprudencial ha venido a paliar las insuficiencias.[78]

Un resumen apretado sobre la tendencia hacia el reconocimiento de la calidad en un escenario de integración por medio de Derecho Humanos como el europeo deja ver la necesidad de responder a estas exigencias por el Estado visto como un todo y no confiar su garantía a esfuerzos aislados de ciertos poderes públicos. Mucho más cuando, como se verá, ello repercute en el buen desempeño institucional.

## Calidad como derecho y estudio de impacto como su garantía.

Situados en coordenadas donde la calidad normativa se presenta como una tendencia confluyente para las democracias modernas, su impulso final se ha dado gracias procesos de integración y movimientos trasnacionales. Uno de ellos es el llamado para la adopción de decisiones públicas bajo el concepto de better o smart regulation. En este marco, resaltan los estudios de impacto regulatorio o normativo, estos consisten en:

> Una estimación sistemática y obligatoria de cómo la legislación primaria o secundaria puede afectar a ciertas categorías de interesados, a los sectores económicos y al medio ambiente. «Sistemática», significa coherente y no episódica o aleatoria. «Obligatoria» se refiere a que no es una actividad voluntaria. En esencia, la evaluación de impacto regulatorio se traduce en un procedimiento administrativo especial, generalmente utilizado en la fase preliminar de diseño, esto es, de la fase de examen y control de una determinada iniciativa legislativa[79].

De su contenido provisional vale la pena notar varios aspectos: i) la preocupación, ante todo, por la eficacia funcional de las normas jurídicas[80]; la asunción de una concepción cooperativa de la

78. Ibíd. p. 400.
79. CLAUDIO M. RADAELLI Y FABRIZIO DI FRANCESCO, Regulatory Impact Assesment, The Oxford Hanbook of Regulation,2010, pp. 279-301 citados originalmente por citado originalmente por AUBY, JEAN-BERTRAND, PERROUD, THOMAS, INTRODUCCIÒN, a LA EVALUACIÓN DE IMPACTO REGULATORIO (IDEM. EDIT.), Madrid, INAP-GLOBALLAWPRESS, 2014, pp.20-21.
80. ROSE ACKERMAN, SUSAN, Evaluación de impacto y análisis coste-beneficio: ¿qué es lo que implican para la formulación de políticas y reformas del derecho en JEAN-BERTRAND, PERROUD, THOMAS, INTRODUCCIÒN, a LA EVALUACIÓN DE IMPACTO REGULATORIO (IDEM. EDIT.), Madrid, INAP-GLOBALLAWPRESS, 2014, pp. 117-167.

separación de poderes que reduce los procesos de normación a acciones de perfeccionamiento de un orden dado; iii) la asunción de una legitimación de las medidas estatales basada en procedimientos y, sobre todo, administrativos[81].

No se trata, por tanto, solo de medidas de Derecho Administrativo. Más bien, se tratará, de un análisis de política pública con ribetes de análisis económico (con reservas con respecto de ciertas libertades[82]) para la producción de normas; iv) presentan un fundamento jurídico tanto consensual entre los diversos actores comprometidos con una cultura de la evaluación como obligados a su cumplimiento por cumplir con un deber preestablecido.

No es por esto fruto del azar que, siguiendo esta tendencia, un texto mítico y, aparentemente, ligado a la primacía de la Ley, se hubiera visto reformado: la Constitución francesa a partir de 2008 ha dado espacio a los procesos de mejora regulativa para los procedimientos ordinarios de Legislación.

A este respecto importa destacar los de instrumentos de mejora al interior de la Asamblea Nacional y, de paso, la referencia al espacio de integración europea:

> Artículo 88-6: La Asamblea Nacional o el Senado podrán emitir dictamen razonado sobre la conformidad de un proyecto de acto legislativo europeo con el principio de subsidiariedad.
>
> Dicho dictamen, del que se dará cuenta al Gobierno, será remitido por el Presidente de la Cámara correspondiente a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión Europea.
>
> Cualquiera de las Cámaras podrá interponer recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea contra un acto legislativo europeo por violación del principio de subsidiariedad. El recurso será remitido por el Gobierno al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

81. SUBIRATS, JOAN, ANALISIS DE POLÌTICAS PÚBLICAS Y EFICACIA DE LA ADMINISTRACIÓN, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, 1989, p. 24 y ss.
82. ROSE ACKERMAN, SUSAN, op.cit. p. 132 y ss.

> Con este fin se podrán aprobar resoluciones, incluso fuera de los períodos de sesiones, según las modalidades de iniciativa y debate que determine el reglamento de cada Cámara. A petición de sesenta diputados o sesenta senadores, el recurso será de oficio[83].

En un segmento de posterior de la misma reforma se ha noción colaborativa de separación de poderes. Se apela aquí, a las inveteradas funciones consultivas del Consejo de Estado. También le asigna, como era la tradición hasta acá, funciones al Consejo Constitucional para supuestos de desacuerdo entre la Conferencia de Presidentes en la Asamblea Nacional y el Gobierno.

Además, al desempeño adecuado de esta función podría colaborar el hecho de que le sean asignadas al Consejo funciones de control constitucional estrictas a través de la misma reforma:

> Artículo 39: La iniciativa legislativa pertenece conjuntamente al Primer Ministro y a los miembros del Parlamento.
>
> Los proyectos de ley serán deliberados en Consejo de Ministros previo dictamen del Consejo de Estado y presentados ante la Mesa de una de las dos Cámaras. Los proyectos de leyes de presupuestos y leyes de financiación de la seguridad social serán sometidos en primer lugar a la Asamblea Nacional. Sin perjuicio del párrafo 1 del artículo 44, los proyectos de ley cuya finalidad principal sea la organización de las colectividades territoriales serán previamente sometidos al Senado.
>
> La presentación de los proyectos de ley ante la Asamblea Nacional o el Senado cumplirá las condiciones establecidas por una ley orgánica.
>
> Los proyectos de ley no podrán ser incluidos en el orden del día si la Conferencia de Presidentes de la primera Cámara solicitada constata que las normas establecidas por la ley orgánica no se cumplen. En caso de desacuerdo entre la Conferencia de Presidentes y el Gobierno, el Presidente de la Cámara correspondiente o el Primer Ministro podrá solicitar al Consejo Constitucional que se pronuncie, en el plazo de ocho días.

83. Versión actualizada de la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958. Estudio introductorio y traducción a cargo de Marina Cueto Aparicio, Anexo en Revista Cuadernos de Derecho Público, No 32-35 Ejemplar Monográfico dedicado a: La reforma de la Constitución francesa, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, (mayo-diciembre) 2008, p.368.

> En las condiciones previstas por la ley, el Presidente de una Cámara podrá someter al dictamen del Consejo de Estado, antes del examen en comisión, una proposición de ley presentada por uno de los miembros de dicha Cámara, excepto si este último se opone[84].

La anterior no representa, ni mucho menos una tendencia aislada, pues desde hace tiempo ya, las normas de procedimiento administrativo norteamericano se encuentran en perfecta armonía con la nueva orientación francesa. Es así que, desde mucho antes, en el procedimiento administrativo de aquel país se viniera hablando del *adversarial legalism* como una forma especial para adoptar políticas públicas y procedimientos administrativos (relación también allí biunívoca) en situaciones de conflicto y posible litigiosidad, para este propósito se deben involucrar en este proceso a los siguientes factores:

> a) Impugnación jurídica formal: los intereses involucrados involucran derechos subjetivos, obligaciones, impulsados por la amenaza de que se recurra a la revisión judicial o la ejecución;
> b) Activismo litigante: la recopilación y presentación de pruebas y la articulación de y la articulación de demandas que están dominadas o profundamente influenciadas por las partes o intereses en disputa, que actúan principalmente a través de los abogados;
> c) Incertidumbre sustantiva; las decisiones oficiales, en términos relativos o comparativos, son variables, impredecibles y reversibles, por lo tanto, la defensa de lo adversarial o de lo contencioso puede tener un impacto sustancial[85]

Efectuadas las referencias comparadas vistas, importa ubicar el presente análisis en una perspectiva que tome en cuenta los derechos fundamentales. Visto así, el presente el mismo se sitúa en una línea intermedia entre la garantía de los derechos fundamentales rígida y su desarrollo sin mayores limitaciones intrínsecas por los poderes públicos[86].

84. Versión actualizada de la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958, op.cit.p. 345.
85. KAGAN ROBER, Adversarial Legalism:The American Way of Law Harvard University Press, 2009, citado originalmente p
or AUBY, JEAN-BERTRAND, PERROUD, THOMAS, op. cit., p. 37 (nota 45).
86. ZAGREBELSKY, GUSTAVO, EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ITALIANO EN TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES, en AAVV, Madrid, Centros de Estudios Constitucionales, 1984, p. 413 y ss.

Nadie pone en duda las dimensiones de los derechos fundamentales para el Derecho Constitucional y que sin el atributo de su vinculación a la rigidez constitucional y esencialidad los derechos no podrían ser resistentes a la dictadura[87].

No obstante, también debe ponerse de manifiesto que a esta tendencia se opone la densificación prestacional de su contenido. Eso supondrá que su alcance cada vez más se ha visto convertido en derechos a prestaciones y, siguiendo la terminología alemana, a organización y procedimiento. Todo esto se traduce en que la «reserva de ley se convierta en reserva de procedimiento»[88].

A partir de ahí podría fijarse una relación de proporción entre mayor procedimiento y menor regulación rígida de su alcance. Lo cual, a su vez conducirá al procedimiento administrativo como escenario de concreción y de garantía de los derechos fundamentales, sujeto, claro es, a reservas, en principio de legislación ordinaria y su posterior desarrollo mediante actuaciones administrativas.

Ello, como es normal, entraña riesgos y debilidades, un claro ejemplo de esto puede encontrarse en las dinámicas de planeación lideradas desde y para el ejecutivo que se vienen aplicando en Colombia desde 2010. A continuación, se realizará con relación a estas un breve balance de aplicación.

Desde la perspectiva que aquí resulta de interés, ha sido el procedimiento administrativo el punto donde más avances se han dado en materia de mejora de regulación e impacto normativo, pero esto ha sido así sólo de forma parcial, como se verá. No representa ninguna novedad el tema, ya que desde 2010 se ha introducido un rudimento de normas de planeación normativa.

No obstante, los fines perseguidos por una medida semejante chocan con las más tradicionales concepciones de Derecho Administrativo. En tal marco, se ha vinculado a la actividad administrativa con la ejecución y, por esto, la producción normativa se sitúa en la cúspide de la actividad administrativa y su producto natural: los reglamentos se presentan, como una respuesta frente a las demandas sociales presentadas con relación a la acción del ejecutivo.

87. Cfr. Entre muchas voces. Ver, GARCÍA LÓPEZ, ELOY, La irreligibilidad como instrumento de democracia republicana: su recepción en el Estado constitucional de partidos, en Pensamiento Republicano y derecho constitucional. El problema de la irrelegibilidad en las democracias contemporáneas, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, pp. 25-66.
88. HÄBERLE, PETER, PLURALISMO Y CONSTITUCIÓN, op.cit. p. 198.

Vista desde esta perspectiva, la expedición de una norma representa la última instancia de una política pública y su contenido, se presumirá, como el mejor posible.

En líneas sustanciales, hacia esta dirección van las normas que consagran los mecanismos de transparencia proactiva que requieren el máximo de opiniones posibles de los ciudadanos (sean o no afectados o no por la medida) como parte de su procedimiento de adopción.

Al mismo tiempo, el control judicial ha adquirido un lugar novedoso como forma de administrar mejor. Así, hoy por hoy, juzgar la administración no es administrar. Más bien, es administrar mejor [89].

En un escenario de referencias cruzadas en torno a la planeación normativa, se ha hablado de la necesidad de despojar al Derecho Administrativo del cierto acartonamiento que lo caracteriza[90]. Igualmente, como forma de superar esta tendencia, se ha propuesto incluir dentro de su objeto a otras disciplinas como la Economía y la Ciencia Política[91].

Al aterrizar los datos anteriores a las coordenadas colombianas, el primer gran hito de referencia será el Decreto 1345 de 2010 "Por el cual se establecen las directrices de técnica normativa", se introdujo para el caso de la Administración Pública Nacional, un procedimiento de evaluación normativa y planeación previa como condiciones previas para emitir Decretos, figura sin antecedentes en la historia administrativa del País.

A pesar de contar con el aval de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, nada oculta la debilidad de un sistema para la adopción de reglamentos que establece las reglas para su producción mediante una norma de igual jerarquía, lo que le otorga un escaso valor o, simplemente, un rango simbólico a la medida[92].

89. FÉRNANDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS RAMÓN, JUZGAR CONTRIBUYE A ADMINISTRAR MEJOR, EN DE LA ARBITRARIEDAD DE LA ADMINISTRACIÓN, Quinta Edición, Madrid, Thompson-Civitas, 2005, pp.105-129.
90. PONCE, SOLÈ, JULI., Nudging, simplificación procedimental y buen gobierno regulatorio: el derecho administrativo del siglo XXI y sus relaciones con las ciencias sociales. La simplificación de los procesos administrativos, Actas del IX congreso de la Asociación Española De Profesores de Derecho Administrativo. 7 y 8 de febrero de 2014.p. 193.
91. Ibídem.
92. DELLIS, GEORGE ¿Se le puede enseñar al viejo sistema de Derecho Público nuevas técnicas?, en La Evaluación de Impacto Regulatorio, Jean-Bernard Auby y Thomas Perroud (edits.), Madrid, INAP-Globallawpress, 2013, p.243.

A esta dinámica se han unido las dificultades de los llamados Decretos Únicos que parecen más responder a una idea de compilación normativa (sin mayor técnica regulativa) que, al viejo ideal de codificar y ordenar la actividad administrativa, esta ha sido, más para mal que para bien, la forma como se han de ver resumidas las modificaciones normativas con cumplimiento del procedimiento ya establecido desde 2010 hoy en el anexo del Decreto 1081 de 2015 Único del Sector Presidencia de la República. La diferencia entre una y otra norma radica en la mención que hace ésta última de la obligación de adoptar un plan de producción normativa anual, que, como es costumbre, queda apenas insinuado.

A la dinámica avance-retroceso, que ha rodeado la implementación de mecanismos de mejora regulativa se ha vinculado como un claro detonante de su implementación, el compromiso de Colombia con miras a hacer parte de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico-OCDE. A este compromiso ha tenido que responder el sistema regulativo plagado del acartonamiento en el sentido que se ha venido tomando, al punto de solicitar al Consejo de Estado un concepto sobre el tema con estas importantes referencias con relación a los cambios a operar en el ya desgastado Sistema:

> 1. En el año 2013 la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) publicó un estudio sobre política regulatoria en Colombia, a través del cual se realizaron una serie de recomendaciones para la fijación de una política regulatoria formal, explícita, obligatoria y "dentro del gobierno completo", que establezca procedimientos, instituciones y herramientas que permitan contar con una regulación de calidad.
>
> 2. Dentro de las herramientas de buena política regulatoria señalados por la OCDE se encuentra el referente a la consulta pública. En este sentido, se indicó que Colombia debe: "Desarrollar e implementar estándares obligatorios sobre el uso de la consulta pública como medio para hacer partícipes a los ciudadanos, las empresas y la sociedad civil en el proceso regulatorio y obtener mejores resultados de política pública"[93].

93. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil Concepto radicación 11001-03-06-000-2016-00066-00(2291) del 13 de septiembre de 2016 a solicitud del Ministerio de Justicia y del Derecho.

Con aun mayor preocupación se observa el hecho de que esta política normativa se hubiera adoptado de espaldas frente al primer avance significativo en mejora regulativa: el documento CONPES 3816 de 2014 "Mejora normativa anàlisis de impacto", al tratarse con este instrumento de un insumo de simple diagnóstico y al verse ligado a un sistema tan diverso y extenso como la Competitividad, la figura se orienta más hacia la orientación futura que a la propia realidad y a la forma efectiva como se cumple la función de normación en la Administración Pública Nacional.

En consonancia con esto, las responsabilidades de ejecución se verán desligadas de los sectores de producción normativa para, de ahora en adelante, someterlos al de Industria, Comercio y Turismo, a la par, responsable de otros muchos aspectos de importancia como los tratados de libre comercio, la abogacía de la competencia y un largo etcétera.

La tendencia anterior, no se ha visto contestada por la expedición del Decreto 270 de 2017 que buscó ampliar la esfera de participación ciudadana en la expedición de normas, como lo atestigua el concepto citado, expedido por clara orientación previa de la OCDE. Pero para ello ha acudido, nuevamente, a una regulación reglamentaria y a la apelación a las facultades de cada entidad administrativa para deferir la regulación en cuanto a plazos a su criterio último.

Es igualmente perceptible un cambio meramente retórico en su contenido con relación a la adopción de planes de agenda regulativa en lugar de hablar de plan de producción normativa, medida de la que no se espera mayor cambio, salvo por la obligación de acordar anualmente en el mes de octubre la forma como se producirán las medidas del año venidero (bajo una anualidad especial que abarca de octubre a octubre); y la ciertamente novedosa obligación de comunicar los cambios que del plan se hubieran presentado ante el organismo encargado de la adopción final de los Decretos el Departamento Administrativo de Presidencia de la República a través de su Secretaría Jurídica[94].

En un balance provisional de los intentos del Estado colombiano por implementar instrumentos de planeación normativa, pueden ser planteados los siguientes problemas verticales endilgables a un proceso centralizado aplicable, principalmente, a este nivel de

94. Cfr. La web institucional www.presidencia.gov.co

Administración Pública, a saber; a) la adopción de un modelo para normas generales, como si fuera este el único foco posible de medidas con impacto en el patrimonio o la misma gestión pública; b) la apuesta a un modelo jurídico y no de política pública para implementar los procesos de mejora regulativa.

En pocas palabras, la implementación es un requisito a cumplir, sin reparar en la forma como debería cumplirse; ello se traducirá en: c) la ausencia de una cultura de evaluación y la falta de preparación de los responsables políticos para cumplir con el requisito de forma aceptable con la nueva labor que les es encomendada[95]

A ello se unirá, d) la concentración vertical del mecanismo en la Administración Nacional y, más en concreto, para el sector Central. Con lo cual se deja de lado los niveles territoriales del Estado.

Muy de cerca a lo anterior, se tiene a e) el valor simbólico[96] de una norma [Decreto] establecida para regular situaciones idénticas y bajo condicionantes similares a los normados en ella, lo cual hará sumamente sencillo desatender sus dictados, por más que esto pueda invocarse en escenarios judiciales.

Con un balance que exhibe más debilidades que fortalezas, el espacio de las conclusiones dejará un lugar para las propuestas con los cambios a realizar en el sistema colombiano.

## Conclusiones

A lo largo de las líneas previas se ha tratado tanto de denunciar como de proponer la importancia de tomar en serio la calidad como una condición de la Ley en un Estado moderno. A través del recuento previo se ha entendido la necesidad, hoy más que nunca, de incorporar procedimientos de deliberación y revisión de la producción normativa en un doble nivel: legislativo y reglamentario.

Puestas así las cosas, los controles judiciales no resultan ni suficientes ni necesariamente deseados para poner en práctica un sistema de calidad normativa. Ello, antes que nada, por las virtudes democráticas de la discusión normativa que debe conducir a la calidad.

95. DELLIS, GEORGE, op. cit., p.243.
96. Ibíd.., p. 234.

La calidad normativa, es un asunto que ha rondado las mentes modernas y posmodernas en torno a la adopción de mejores normas y, ante todo, normas claras para que sus destinatarios puedan aplicarlas. Traducida la exigencia anterior, a las modernas consignas del Estado regulador se ha concentrado el concepto en los procedimientos y entes encargados de la figura, siendo primordialmente autoridades administrativas.

Ahora, en un contexto de aplicación del concepto para Colombia importa adaptar lo anterior a las exigencias locales. Se impondrá, entonces, en primer lugar, adoptar una técnica de garantía que se condiga con una dimensión objetiva de un derecho a la calidad.

En términos sintéticos, es necesaria la creación de una agenda conjunta Congreso-Rama Ejecutiva para las iniciativas y su proceso de reglamentación, existiendo, al efecto, un tratamiento recíproco con relación a los resultados producidos con las medidas y su reforma.

Para cumplir esta meta es preciso crear un organismo bisagra entre ambas unidades (ejecutivo-legislativo) que antes de responder políticamente ante el segundo, le rinda cuentas sobre los estados de cumplimiento de las medidas. Con esto se evitan las dificultades de presentación excesivamente técnicas desde la Administración Pública que, en ocasiones, tienden a dificultar el control o la fiscalización política sobre estas medidas.

Una cuestión complementaria será la forma primaria de la adopción de un mecanismo de evaluación de impacto normativo. A este respecto convendrá tener en cuenta que es necesario ampliar los mecanismos de procedimiento administrativo existentes bastante débiles, desprovistos de obligatoriedad y de vías de participación en la formación de normas para los ciudadanos.

Al contrario, el modelo colombiano de producción de reglamentos encaja en los moldes del decisionismo cercano a la era siguiente a Weimar[97] y su propósito principal es ser funcional -siguiendo la misma terminología- al soberano de turno. En este punto, es necesario combatir el decisionismo con deliberación atenuando el poder abusivo del Presidente para imponer una única agenda política en las medidas que adopta.

97. ROSANVALLON, PIERRE, EL BUEN GOBIERNO, op. cit. p. 116 y ss.

# Referencias bibliográficas

## Bibliografía Primaria

(1894) REAL Decreto en GACETA DE MADRID. CCXXV.- Núm. 289 Sábado 16 Octubre 1886 Tomo IV.- Pág. 163.

(1912) Ley 13 que ordena hacer una edición completa de las leyes nacionales en DIARIO OFICIAL. AÑO XLVIII. N.14702. 25, SEPTIEMBRE, 1912. PÁG. 3.

(1919) DIARIO OFICIAL Bogotá, Ley 19 de 1919 (septiembre 11), "por la cual se impone ciertas obligaciones a algunas Corporaciones y empleados} público" "sábado 13 de septiembre de 1919 Año LV Número 168S3.

(2009) Versión actualizada de la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958. Estudio introductorio y traducción a cargo de Marina Cueto Aparicio, Anexo en Revista Cuadernos de Derecho Público, No 32-35 Ejemplar Monográfico dedicado a: La reforma de la Constitución francesa, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, (mayo-diciembre) 2008, p.325-377.

(2010) Decreto 1345 de 2010 por el cual se establecen directrices de técnica normativa en Diario Oficial Publicado en el Diario Oficial 47693 de abril 27 de 201

(2014) Corte Constitucional República de Colombia, Sentencia C-313 de 2014 M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO expediente PE-040.

(2014) CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL-CONPES Documento 3816 de 2014 "MEJORA NORMATIVA ANÀLISIS DE IMPACTO", disponible en la web: www.dnp.gov.co.

(2016) Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil Concepto radicación 11001-03-06-000-2016-00066-00(2291) del 13 de septiembre de 2016 a solicitud del Ministerio de Justicia y del Derecho.

(2017) Decreto número 270 de 2017, por el cual se modifica y se adiciona el Decreto número 1081 de 2015, Decreto Único Reglamentario de la Presidencia de la República, en relación con la par-

ticipación de los ciudadanos o grupos de interesados en la elaboración de proyectos específicos de regulación (versión disponible en la web: www.presidencia.gov.co).

## Bibliografía Secundaria

AUBY, JEAN-BERTRAND, PERROUD, THOMAS, INTRODUCCIÒN, a LA EVLUACIÓN DE IMPACTO REGULATORIO (IDEM. EDIT.), Madrid, INAP-GLOBALLAWPRESS, 2014, pp. 11-67.

ARAGÓN REYES, MANUEL, GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN, en Filosofía Política Teoría del Estado Elías Díaz, Alfonso Ruiz Miguel (Editores), Madrid, Trotta-Consejo Superior de Investigaciones Cientìficas,1996, pp. 83-94.

BARRETO ROZO, ANTONIO, LA GENERACIÓN DEL ESTADO DE SITIO. El juicio a la anormalidad institucional en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, Bogotá, UNIANDES, 2011.

BENTHAM, JEREMY, NOMOGRAFÍA O EL ARTE DE REDACTER LEYES, Madrid, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos, 2000.

CALLE MEZA, MELBA LUZ, UNA REVISIÓN DEL SISTEMA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN COLOMBIA DURANTE EL SIGLO XX, Bogotá, Editorial Jurídica Ibáñez, 2014.

CASSAGNE, JUAN CARLOS, LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ Y SU PROYECCIÓN LATINOAMERICANA, en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, Coruña, 2012, 16: 335-356. ISSN: 1138-039X, pp. 335-256.

CIFUENTES MUÑOZ, EDUARDO, El Constitucionalismo de la Pobreza, en Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela, ISSN 1132-9947, Vol. 4, Nº 2, 1995, pp. 53-78.

CHEVALLIER, JACQUES, El Estado de Derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 11. Título Original L´Etat do Droit, Montchretien, Coll. Clefs. 5 ed. 2010 traducción de Oswaldo Pérez.

CRISAFULLI, VEZIO, Disposizione (e norma), in Enciclopedia Diritto, XIII, Milano, 1964.

BÖCKENFORDE, ERNST WOLFGANG, ORIGEN Y CAMBIO DEL ESTADO DE DERECHO, EN ESTUDIOS SOBRE EL ESTADO DE DERECHO Y LA DEMOCRACIA, Madrid, Trotta, 2001, pp.17-47. (Título original Enstehung und Wandel des Rechtsstaatbegriff de la obra Recht,Staat, Freiheit, Suhrkamp, Frankfurt an Main, 1991).

DELLIS, GEORGE, ¿Se le puede enseñar al viejo sistema de Derecho Público nuevas técnicas?, en La Evaluación de Impacto Regulatorio, Jean-Bernard Auby y Thomas Perroud (edits.), Madrid, Globallawpress, 2013, pp. 227-

FORSTHOFF, ERNST, LAS TRANSFORMACIONES METÓDICAS/ METODOLÓGICAS DEL ESTADO DE DERECHO, en ESTADO DE DERECHO EN MUTACIÓN. Trabajos constitucionales 1954-1973, Madrid, Técnos, 2015, pp. 169-192. (Título original Rechstaat in Wandel).

GARCÍA LÓPEZ, ELOY, La irreligibilidad como instrumento de democracia republicana: su recepción en el Estado constitucional de partidos, en Pensamiento Republicano y derecho constitucional. El problema de la irrelegibilidad en las democracias contemporáneas, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, pp. 25-66.

GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, CRÌTICA JURÌDICA EN ARGENTINA, BRASIL Y COLOMBIA, EN SOCIOLOGÌA JURÌDICA CRÌTICA, México D.F., Fontamara, 2010, pp- 319-350.

GAVÍRIA DÍAZ, CARLOS, LA TUTELA COMO INSTRUMENTO DE PAZ, en Pensamiento Jurídico; núm. 7 (1996): La acción de tutela - http://www.bdigital.unal.edu.co/37259/#sthash.naG86gtt.dpuf por última vez el 01/01/2017.

GARGARELLA, ROBERTO, Dramas, Promesas y Conflictos del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, en revista Anacronismo e Irrupción Los derroteros del vínculo entre Felicidad y Política en la Teoría Política Clásica y Moderna ISSN 2250-4982 - Vol. 3 N° 4 - Mayo 2013 a Noviembre 2013 – pp. 245-257 consultada a través de la web revistasiigg.sociales.uba.ar/index.php/anacronismo/article/.../330/288 por última vez el día 1 de agosto de 2016.

GONZÁLEZ JÁCOME, JORGE, ¿Para qué una corte constitucional en la Colombia de 1968?, en AAVV JUSTICIA CONSTITUCIONAL,

El rol de la Corte Constitucional en el Estado Contemporáneo, Ricardo Sanín (Coordinador Académico), Bogotá, 2006, pp. 47-61.

_____, ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y DEMOCRACIA LIBERAL EN AMÉRICA DEL SUR: ARGENTINA, CHILE Y COLOMBIA, (1930-1990), Bogotá Universidad Javeriana, 2015.

HÄBERLE, PETER, PLURALISMO Y CONSTITUCIÓN, Segunda Edición, Madrid, Tecnos, 2013, p.165. (Título original: Die Verfassung des pluralismus, Studiem die Verfassungstheorie der Offenen Gesellshaft, Atenâum-TB Rechswissenchaft, Kôninsteins/Ts. 1980).

IRTI, NATALINO, TÉCNICA DE LEGISLACIÓN CIVIL Y RESPONSABILIDAD DE LA DOCTRINA, EN LA EDAD DE LA DESCODIFICACIÓN, Barcelona, Ediciones José María Bosch, 1992, pp. 172-179.

JESCH, DIETRICH, LA LEY Y LA ADMINISTRACIÓN, UN ESTUDIO SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1978.

LANDAU, DAVID, CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO, en Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado, Bogotá, Universidad Externado, 2015, pp. 15-156.

LUCAS MARTÍN, FRANCISCO JAVIER DE, «Sobre la ley como instrumento de certeza en la Revolución de 1789», en Anuario de Filosofía del Derecho VI, Madrid, Boletín Oficial del Estado,1989, pp. 129-135.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO, LA CALIDAD DE LA LEY SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (ESPECIAL REFERENCIA A LOS CASOS «VALENZUELA CONTRERAS» Y «PRADO BUGALLO», AMBOS CONTRA ESPAÑA) (1), en REVISTA CONSTITUCIÓN Y DERECHO PRIVADO Derecho Privado y Constitución Núm. 17. Enero-Diciembre 2003, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 377-406.

_____, La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes de derecho, Madrid, Cìvita, 2004.

MARQUARDT, BERND, HISTORIA CONSTITUCIONAL COMPARADA DE IBEROAMÉRICA, LAS SEIS FASES DESDE LA REVOLUCIÓN DE 1810 HASTA LA TRASNACIONALIZACIÓN DEL SIGLO XXI, Bogotá, Ediciones Gustavo Ibáñez, 2016, pp. 429 a 518.

MATHIEU, BERTRAND, Génesis y lógica de la reforma de la Constitución francesa por la Ley Constitucional de 23 de julio de 2008, en Revista Cuadernos de Derecho Público, No 32-35 Ejemplar Monográfico dedicado a: La reforma de la Constitución francesa, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, (mayo-diciembre) 2008, pp.35-53.

NIETO GARCÍA, ALEJANDRO, EL DESGOBIERNO JUDICIAL, Madrid, Trotta-Fundación Alfonso Martín Escudero, 2001.

NEVES, MARCELO, (NÃO) SOLUCIONANDO PROBLEMAS CONSTITUCIONAIS: TRANSCONSTITUCIONALISMO ALÉM DE COLISÕES, en Revista Lua Nova, São Paulo, No 93, pp. 201-232.

QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL, ELUSIÓN CONSTITUCIONAL, UNA POLÍTICA DE EVASIÓN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL, Bogotá, Centro Editorial Rosarista, 2009.

PISARRELLO, GERARDO, Un Largo Termidor La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático, Madrid, Trotta, 2011.

PONCE, SOLÈ, JULI., Nudging, simplificación procedimental y buen gobierno regulatorio: el derecho administrativo del siglo XXI y sus relaciones con las ciencias sociales. La simplificación de los procesos administrativos, Actas del IX congreso de la Asociación Española De Profesores de Derecho Administrativo. 7 y 8 de febrero de 2014. Pp. 1-40.

PRIETO SANCHÍS, LUIS, TÉCNICA Y POLÍTICA DE LA CODIFICACIÓN, en El constitucionalismo de los Derechos. Ensayos de filosofía jurídica, Madrid, Trotta, 2013, pp. 175-199.

RAZ, JOSEPH, La política en el Estado de Derecho en La ética en el ámbito de lo público, Barcelona, Gedisa, 2001 pp. 395-404. Título original Ethics in the Politic Domain Claredom Press, Oxford, traducción de María Ruiz Melon.

ROSANVALLON, PIERRE, EL BUEN GOBIERNO, Buenos Aires,

Manantial, 2015, pp. 107-122. Título original le buon gouvernement, París, Editions du Seuil, 2015.

SOSA WAGNER, FRANCISCO, MAESTROS ALEMANES DEL DERECHO PÚBLICO, Madrid, Segunda Edición, Marcial Pons, 2005.

STOETZER, OTTO CARLOS, El influjo del utilitarismo inglés en la América española en Revista de estudios políticos, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, ISSN 0048-7694, Nº 143, 1965, pp.-165-192.

STOLLEIS, MICHAEL, El Ojo de La Ley, Historia de una Metáfora, Traducción de Federico Fernández Cheuet-López, Madrid, 2010.

SUBIRATS, JOAN, ANALISIS DE POLÌCITAS PÚBLICAS Y EFICACIA DE LA ADMINISTRACIÓN, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, 1989.

_____, LA IDEA DEL ESTADO DE DERECHO, en Fundamentos No 8 LA METAMORFOSIS DEL ESTADO Y DEL DERECHO, Ejemplar dedicado a la Metamorfosis del Estado y el Derecho Miguel Ángel Presno Linera (Coordinador), Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 2014, pp.25-56.

URIBE URÁN, VICTOR, COLOMBIA Juristas, sociedad, independencia y Estado en la Nueva Granada, 1790-1830 en LOS ABOGADOS DE LA INDEPENDENCIA JOSÈ MARÍA PÉREZ COLLADOS SAMUEL RODRÌGUEZ BARBOSA (EDS.), Madrid, Marcial Pons sección CÁTEDRA DE CULTURA JURÌDICA, Madrid, 2012, pp, 159-205.

WAHL, RAINER, Los últimos cincuenta años del Derecho administrativo alemán, Madrid, Marcial Pons, 2013.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO, EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ITALIANO EN TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES, en AAVV, Madrid, Centros de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 413 a 467.

# LA CARTA DE DERECHOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 COMO RESULTADO DE UN PROCESO CONSTITUYENTE DELIBERATIVO

Eric Leiva Ramírez

## Introducción

La historia constitucional de Colombia se caracteriza por la inestabilidad de sus ordenamientos constitucionales. Prueba de ello son las múltiples constituciones que se crearon entre 1811 hasta 1886, y la derogatoria de esta última a finales del siglo XX.

Por ello, el proceso constituyente que culminó con la expedición de la Constitución Política de 1991 no debería ser considerado como extraordinario pues lo usual hasta ese momento era resolver los conflictos políticos y sociales con la expedición de cartas políticas.

Sin embargo, los hechos que motivaron a los movimientos sociales que presionaron para la expedición de la actual norma constitucional sí podrían ser considerados diferentes en comparación con los motivos de las anteriores cartas constitucionales (Amador et al, 2005, p. 87).

Esta afirmación se fundamenta en dos presupuestos: el desconocimiento del procedimiento de reforma constitucional y el carácter deliberativo y pluralista que se presentó durante la creación de la Constitución actual.

El primer fundamento consiste en la no aplicación de las reglas de reforma constitucional establecidas previamente en el año de 1957 y que prohibían modificar las disposiciones constitucionales por un mecanismo diferente al acto legislativo tramitado por el Congreso de la República.

En efecto, el movimiento social que culminó con la creación de una Asamblea Nacional Constituyente fue contrario a este impedimento normativo pues este mecanismo de reforma constitucional no era aceptado por las reglas jurídicas vigentes para aquel momento, y tuvo que recurrirse al concepto de constituyente primario para legitimar el proceso constituyente que trajo consigo la Constitución Política de 1991.

Sobre el segundo fundamento, el proceso constituyente se caracterizó por su carácter deliberativo y pluralista pues participaron la mayoría de las fuerzas políticas existentes en aquel momento a través de herramientas electorales (la votación de 1990 y la elección de los delegados a la Asamblea Constituyente) que legitimaron de una forma democrática las decisiones gubernamentales y judiciales que antecedieron a la promulgación de la Constitución actual.

Ahora, la afirmación de proceso deliberativo es que a pesar de la violencia que existió a inicios de la década del 90, el proceso constituyente gozó de la participación de diferentes corrientes ideológicas que se vieron reflejadas en los delegados a la Asamblea Nacional Constituyente.

Por estas razones, afirmar que los hechos que motivaron la creación de la Constitución Política de 1991 son diferentes a otros procesos de reforma constitucional no resulta temeraria aunque el propósito que llevo a su expedición si resulta semejante a los anteriores procesos constituyentes pues con ella se buscó resolver de una forma normativa una compleja situación social , demostrando nuevamente que la forma de resolver los problemas sociales es con la alteración del orden constitucional, cualidad que solo contribuye a continuar con el ciclo de inestabilidad que tanto caracteriza la historia constitucional de Colombia.

No obstante lo anterior, el proceso constituyente que permitió la creación de la actual Constitución, no puede ser considerado como un simple movimiento social. Al contrario, el ordenamiento constitucional regente es producto de la necesidad de un nuevo marco jurídico-político que materializará un nuevo “pacto o contrato social” donde al Estado se le pudiese exigir no sólo la garantía de la seguridad y la prestación de servicios públicos a los ciudadanos, sino la realización de un orden social más justo y equitativo que permitiera la construcción de una convivencia pacífica, cualidad contraria al infortunado estado de violencia que afrontaba la comunidad colombiana de finales del siglo XX.

Si bien, el nuevo pacto social no logró la materialización de una paz social ni acabo con la violencia, si permitió la consagración de presupuestos normativos y acciones procesales que han permitido a lo largo de estos 25 años la materialización de los presupuestos del Estado Social de Derecho , especialmente aquellos dirigidos a

la eficacia de aquellos acuerdos mínimos que están representados en la carta de derechos fundamentales, pues estos han sido una forma de limitar el ejercicio del poder público, evitando que este se desborde y vulneré el nuevo pacto social.

El orden social e institucional que surgió con la Constitución Política de 1991 estaría limitado a la realización de los fines del Estado dentro de un marco de respeto de las garantías y derechos mínimos acordados y consagrados en el nuevo ordenamiento constitucional, es decir, "atado como Ulises al mástil para no sucumbir al canto de sirenas" (Elster, 1989, pp. 67 – 150).

El presente documento aborda los presupuestos fácticos que conllevaron a la expedición de la Constitución Política de 1991 como un proceso democrático deliberativo, y los fundamentos políticos empleados para justificar su creación, especialmente el concepto de "constituyente primario"; y las razones que conllevaron a darle el carácter de normativo a la consagración de una carta de derechos en la norma constitucional. Para ello, se expondrá inicialmente que entiende la doctrina por proceso deliberativo; subsiguientemente, se expondrá sucintamente los hechos que antecedieron a la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente para la modificación y posterior derogación de la Constitución Nacional de 1886 para finalmente, exponer el papel que busco el Constituyente primario de 1991 con la consagración de un mínimo de derechos fundamentales según la jurisprudencia elaborada por la Corte Constitucional.

## Procesos constituyentes en las democracias deliberativas

Existen posturas que privilegian los aspectos formales de las democracias (ejercicio de elecciones libres, libertad para expresarse, rendición de cuentas por parte de las autoridades públicas, etc.) sobre los sustanciales. Prueba de ello son los argumentos de algunos iusfilósofos que conciben la democracia como un conjunto de reglas y procedimientos para someter determinadas decisiones a la mayoría (Sartori, 2009, p. 330).

Sin embargo, la anterior postura, aunque importante y propia de un concepto democrático moderno resulta insuficiente, pues la democracia, más que una forma de gobierno, es una vivencia de la política (Leiva, 2015, p. 3).

En efecto, los conceptualismos generados por la formalidad jurídica y la economía son ajenos a la mayoría de los ciudadanos (Habermas, 1987, p. 100), aspecto que motiva a la elaboración de conceptos que permitan materializar y vivenciar los principios y valores consagrados en las cartas de derechos tan en boga a partir de la segunda década del siglo XX como una forma de materializar los acuerdos políticos que surgen de procesos democráticos (Leiva, 2015, p. 4).

Por ejemplo, el garantismo jurídico propone dos visiones sobre la democracia: una formal —relativa a los procedimientos— y otra sustancial —concerniente a los derechos fundamentales que el Estado tiene el deber de garantizar— (Ferrajoli, 2011, p. 30). Igualmente, un sector del neoconstitucionalismo intenta recuperar el fundamento de las cartas de derechos y superar los modelos formalistas sobre los que se legitimaba el Estado de derecho (Prieto, 2002, p. 38).

Con un enfoque distinto, pero no contradictorio, existen posturas que considera que el proceso deliberativo requiere de un conocimiento sobre qué es la democracia para que exista una democracia activa y no meramente forma. Así, Martí considera que esta es uno de los pilares de las democracias modernas, fundamentadas en procesos deliberativos de ciudadanos conscientes de sus derechos y garantías constitucionales (2006, p. 298).

Por esta razón, la educación cívica se convierte en un derecho de los ciudadanos y en una obligación del Estado, pues como producto del derecho a la educación (Martí, 2006, p. 299) adquiere la connotación de principio normativo fundamental, que contiene un imperativo positivo que debe ser garantizado por el Estado como derecho social o material que es (Ferrajoli, 1995, p. 354; Alexy, 2002, p. 483).

La discusión o deliberación pública democrática no puede tener vedado ningún tema ni ninguna forma de entender el bien social, ni negar espacios de interacción entre los actores pues de esta forma es posible ir vivificando los valores democráticos e ir construyendo parámetros de legitimidad para exigir al Estado la protección de los derechos fundamentales consagrados en las disposiciones constitucionales o aquellos que sin estar expresamente reconocidos por los ordenamientos jurídicos internos sí hacen parte del derecho internacional de los derechos humanos.

Por ello, los espacios para el ejercicio de estos procesos deliberativos son esenciales, y estos a su vez pueden categorizarse en vías institucionales y no institucionales. Los primeros son aquellos que se desarrollan en el marco de un proceso decisorio legalmente establecido y regulado, y que conducirá a tomar algún tipo de decisión jurídica en sentido amplio.

Los segundos son los que se desarrollan amplia, difusa e informalmente en múltiples espacios y contextos de la esfera pública, que no están jurídicamente establecidos y no desencadenan una decisión jurídica.

Las democracias deliberativas requieren de estos espacios no institucionales, pues estos fortalecen el debate público y contribuyen a un cambio de paradigma de democracia representativa a uno de democracia directa (Sauquillo, 2002, p. 285). Por ello, la afirmación consistente en que el proceso constituyente que conllevo a la creación de la Constitución de 1991 no puede ser considerado contrario a una democracia deliberativa, así este no hubiese sido según los parámetros institucionales consagrados en la Constitución Nacional de 1886, aspecto que coincide con el concepto de poder constituyente primario pue este no se somete a los límites del orden institucional establecido aunque sí se encuentra restringido al respeto de los principios de los sistemas democráticos como el respeto de la dignidad y la separación del poder público (Corte Constitucional, sentencia C-141 de 2010). Este asunto y el papel del poder constituyente primario como reflejo de los procesos deliberativos no institucionales serán esbozados a continuación.

## Ejercicio del poder constituyente primario como proceso deliberativo

La teoría de la soberanía popular conduce a la reflexión acerca de la teoría del poder constituyente, como quiera que ésta representa una manifestación de aquella (Corte Constitucional, auto A003 de 1992).

Por ello, la doctrina y la jurisprudencia constitucionales consideran que en Colombia la democracia se ha manifestado de dos formas: directamente o por representación. La primera es el fundamento del concepto de poder constituyente en sentido estricto, o poder constituyente primario u originario, y la segunda es una de las bases del poder de reforma o poder constituyente derivado

o secundario. El primero está radicado en el conjunto de personas que están organizados políticamente y que tiene y conserva la potestad de darse una Constitución.

Este poder constituyente originario no está entonces sujeto a límites jurídicos del orden normativo regente, y comporta un ejercicio pleno del poder político de los asociados.

En otro sentido, el poder de reforma o poder constituyente derivado se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado de modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por esta.

Esto significa que se trata de un poder establecido por la Constitución, y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma como son los criterios de competencia, procedimientos, etc. Se trata por lo tanto, de un poder de reforma de la propia Constitución, y en ese sentido es constituyente, pero con límites y sujeto a controles.

Durante la vigencia de una Constitución, el pueblo como constituyente primario se encuentra en un estado de latencia y sólo se manifiesta directamente cuando se produzca una crisis institucional que ponga en duda la validez o la eficacia de la Constitución.

En tales circunstancias, el pueblo puede reasumir su potestad soberana, caso en el cual se produce una ruptura del orden establecido y hay lugar a un nuevo acto fundacional. *"Pero en condiciones de normalidad, el poder del pueblo se encuentra encauzado por parámetros constitucionales, esto es, constituido por las normas superiores que fijan las condiciones para su ejercicio."* (Leiva y Muñoz, 2011, p. 121).

El anterior argumento demuestra que el acto del constituyente primario trasciende la mera adopción verbal o escrita de una Constitución pues la manifestación de esta voluntad popular incorpora factores determinantes de un orden político-jurídico como la estructura del poder estatal, las relaciones entre el Estado y el resto de la sociedad, los deberes estatales y los derechos y deberes de los particulares, los mecanismos de solución de conflictos, y la manera de proteger dicho esquema adoptado.

Estos factores son lo que delimitan el ejercicio del poder constituido (que incluye el poder de reforma de la Constitución) pues "este únicamente tiene existencia a partir del hecho constituyente y en los términos definidos por las decisiones fundamentales tomadas por el poder constituyente." (Corte Constitucional, sentencia C-551 de 2003).

Por esta razón, el poder constituyente derivado no tiene competencia para destruir la Constitución porque cualquier poder de reforma que el constituyente primario reconozca únicamente se limita a una revisión, es decir, el poder constituido no puede arrogarse funciones propias del poder constituyente originario, pues de ser así estaría realizando una sustitución de la Constitución, no sólo por estar erigiéndose como poder constituyente primario sino porque también estaría minando las bases de su propia competencia.

La anterior afirmación remite a uno de los problemas más complejos de la teoría y práctica constitucionales: ¿cuál es el papel del pueblo, como poder constituyente originario y depositario de la soberanía una vez que éste se ha dictado la Constitución? Una respuesta a este interrogante puede encontrarse en los mecanismos de reforma constitucional consagrados en la norma constitucional.

En efecto, el poder de revisión o modificación constitucional no es obra del poder constituyente originario ni del pueblo soberano, sino que es expresión de una competencia jurídicamente organizada por la propia Constitución y limitado por la imposibilidad de sustituir las disposiciones constitucionales pues de lo contrario, el poder de reforma se erigiría en poder constituyente originario.

La fijación de un cauce al poder constituyente originario es siempre imperfecta, pues el poder constituyente, por sus propias características, es rebelde a una integración total en un sistema de normas y competencias, y por ello no admite una institucionalización total. No obstante, ese direccionamiento existe gracias a la inclusión de presupuesto axiológicos a las sociedades democrática que relativizan la original naturaleza de absoluto que tenía el ejercicio del poder constituyente primario.

De esta forma, la expresión del constituyente originario se somete a estas posturas axiológicas que van a permitir que el ejercicio de esta potestad no ocasione innecesarias rupturas institucionales.

Por lo anterior, cuando una sociedad políticamente organizada escoge un modelo de democracia constitucional esta aceptando que todo ejercicio del poder debe tener límites y, por lo tanto, como pueblo soberano acuerda constituirse y autolimitarse de conformidad con ese modelo democrático e instituye cauces a través de los cuales pueda expresarse en cualquier escenario deliberativo.

Sin embargo, la Corte Constitucional estima que la Constitución de 1991 intenta superar este dilema y la tensión entre la soberanía popular y la supremacía constitucional por medio de una apertura al poder constituyente originario, previendo un procedimiento agravado de reforma. Prueba de ello es lo consagrado en la Sentencia C-1040 de 2005. En esta providencia judicial se estableció que: *"el pueblo puede investir a una Asamblea Constituyente de la competencia para expedir una nueva Constitución, posibilidad expresamente permitida en el artículo 376 de la Carta"*; y que "sólo por medio de este mecanismo puede ser sustituida la Constitución vigente por una opuesta o integralmente diferente".

En esta hipótesis el pueblo, todavía como poder constituido, decide si convoca o no la Asamblea y, al definir su competencia, puede otorgarla para una simple reforma, propia del poder constituido, o concederle facultades tan amplias, cuyo ejercicio conduzca al cambio de la Constitución vigente por otra, siempre que el mismo pueblo, al fijar la respectiva agenda, así lo haya determinado. Este supuesto no hace desaparecer del todo los límites, pues, aunque ya no provendrían de lo dispuesto en la constitución sustituida, tendrían su origen en las normas imperativas de derecho internacional y también en los convenios internacionales de derechos humanos, para citar apenas dos ejemplos.

En consecuencia, la intangibilidad de la Constitución Política no es un golpe de Estado ni una brecha al Estado de Derecho, ya que, si el Constituyente primario es capaz de dar una nueva constitución aún en contra de la anterior, como en efecto ocurrió a fortiori puede en todo momento establecer cláusulas que garanticen la estabilidad del nuevo ordenamiento, máxime cuando éste es democrático y humanista.

Si bien, el texto constitucional colombiano no establece cláusulas pétreas, ni principios intangibles tampoco autoriza expresamente la sustitución integral de la Constitución pues si esto fuese posible la Asamblea Constituyente hubiera incorporado esa posibilidad de cambio total o reforma integral de la Constitución como lo hacen expresamente otros ordenamientos constitucionale.

Por esta razón, el poder de reforma constitucional en el Estado colombiano tiene límites competenciales establecidos por el Constituyente originario en el artículo 374 de la Constitución adoptada en 1991 por la Asamblea Constituyente como comisionada del pueblo soberano, y que consagro para proteger la identidad y continuidad de la Constitución que esta corporación promulgó, sin que esto significara una intención de petrificar el texto constitucional, aprobado, sino una forma de blindar un orden democrático deliberativo y participativo que era contrario al existente antes de la Constitución de 1991, y que se caracterizaba por el carácter intangible y restrictivo del artículo 218 de la Constitución Nacional de 1886, cualidad que motivo la forma deliberativa pero no institucional del nuevo orden constitucional (Corte Constitucional, sentencia C-551 de 2003).

Por ello, se procederá a realizar una descripción de los antecedentes que llevaron a la concretización de la voluntad del constituyente primario en la Constitución Política de 1991.

## La Constitución Política de 1991 como producto de un proceso deliberativo constituyente

Señalar la compleja coyuntura social, económica y política que existió durante el proceso de gestación de la Constitución Política de 1991 es un elemento indispensable para comprender las razones que llevaron al movimiento social de inicios de 1990 a impulsar la creación de una norma constitucional que derogará la regente Constitución Nacional de 1886.

Estas coyunturas pueden ser vistas atendiendo a las transformaciones y/o situaciones que afrontaban las naciones latinoamericanas que vieron en la modificación de sus ordenamientos constitucionales una forma de adaptarse a los cambios surgidos de la globalización, y la patológica violencia y caos institucional que esta generaba en la sociedad colombiana.

Sobre la primera, Latinoamérica se suscribía a un nuevo modelo económico que exigía modificaciones estructurales que permitiesen la inclusión de políticas de apertura económica y la detracción del papel del Estado, es decir, una modificación del modelo intervencionista que se había implementado durante los gobiernos liberales de inicios de 1930 por el estándar económico neoliberal establecido en el Conceso de Washington (Alviar y Villegas, 2012, p. 53).

En lo referente a la coyuntura social colombiana, Valencia Villa considera que el proceso constituyente de 1991 se gestó dentro de coyuntura de crisis, y bajo *"la creencia que con la expedición de una nueva Carta Política era posible conjurarla o quizá al menos paliarla"* (UDEA, 2014). En efecto, los referentes reformistas más próximos al proceso constituyente de 1991 son los actos legislativos 2 de 1977 y 1 de 1979, reformas que resultaron fallidas al ser declarados inexequibles por la Corte Suprema de Justicia, en 1978 y 1981 respectivamente.

Dicha Corte, quien para ese entonces desempeñaba labores de Tribunal Constitucional, cerró las puertas a esas dos iniciativas al encontrar vicios de procedimiento en su trámite parlamentario, a partir de un análisis riguroso y exegético. Si a lo anterior se suman los frustrados intentos de reforma constitucional del Gobierno de Barco (1986-1990), el ambiente de insatisfacción social tenía razones suficientes para que se presentara los movimientos sociales que forzaran la creación de un nuevo orden jurídico-político mediante la fijación de un mecanismo de sondeo popular que Fernando Carrillo, denominó la "séptima papeleta", movimiento estudiantil que contó con la participación aproximada de 20 mil jóvenes de distintas universidades.

El proceso mismo se encargó de retirarle protagonismo a los estudiantes pues una vez el gobierno nacional decide apoyar este movimiento social, la reforma era más un punto de la agenda gubernamental que un trabajo del pueblo. Es así como desde la expedición del Decreto 927 de 1990, el gobierno asume la defensa y reconstrucción de esta iniciativa popular.

El Registrador Nacional manifestó que incluir la séptima papeleta, aunque no se encontraba dentro de los términos de la convocatoria legal a elecciones, no constituía causal de anulación. Sin embargo, existía una batalla jurídica que aún faltaba por lidiar y que había sido perdida en ocasiones anteriores: la revisión constitucional al decreto de estado de sitio por la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, esta Corporación tenía que pronunciarse sobre la constitucionalidad del Decreto 927 de 1990. Esta decisión judicial fue emitida el (nueve) 9 de octubre de 1990 aceptando la ponencia elaborada por los Magistrados Fabio Morón Díaz y Hernando Gómez Otálora. Sin embargo, a diferencia de ocasiones anteriores, la

Corte Suprema de Justicia dejo de lado las razones procesales de validez, y declaró constitucional el decreto legislativo referenciado, aunque de manera parcial Mediante esta sentencia se declaró la constitucionalidad parcial del Decreto porque esta norma jurídica traía un listado taxativo de asuntos, cualidad que restringiría el "ejercicio pleno de la soberanía" al constituyente primario.

Con esto, se abría la posibilidad para que la Asamblea reformara la totalidad del texto constitucional hasta el punto de crear una Constitución nueva y distinta. Desde este momento la Corte Suprema de Justicia empezó a referirse a la Asamblea como "Asamblea Constituyente" y ya no constitucional, pues daba vía libre para generar una nueva carta y no simplemente reformar puntos específicos de la de 1886.

La sociedad política y las instituciones estatales de inicios de los noventa consideraban que una Asamblea Constituyente permitiría reinventar un país mediante la integración de sus actores armados o no armados, y se presentaba como una oportunidad de generar las raíces de un pacto verdadero, donde el modelo económico, el diseño administrativo, la carta de derechos y los mecanismos de participación fueran el producto de un debate incluyente que estuviera basado en la igualdad y del respeto a la dignidad que todas las personas poseen, pero que requeriría un nuevo pacto político que reconociera esas bases como razón de ser del nuevo orden institucional (Leiva y Muñoz, 2010, p. 128).

Por ello, es posible afirmar que la Constitución Política de 1991, surge como manifestación del pueblo en ejercicio de su poder soberano como constituyente primario que buscaba establecer un acuerdo político diferente al regente de aquel momento y que tuviese carácter normativo. Los propósitos de este contrato social se consagraron la actual Norma Fundamental como un reflejo del proceso deliberativo que se afrontó antes y durante del funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, finalidades que se encuentran visualizadas a lo largo del texto constitucional creado por esta Corporación.

## Cláusulas contractuales producto del proceso deliberativo constituyente.

El principal objetivo de toda Constitución y la razón de mantener su condición de norma suprema en la escala del ordenamiento jurídico es el de estructurar para la comunidad el Estado de Derecho, entendido como aquél que procura garantizar a sus coasociados el equilibrio y la armonía en las relaciones políticas, económicas y jurídicas, asegurando un orden justo y autónomo.

Por eso, la mayoría de los textos constitucionales se diseñan bajo el supuesto de orden y normalidad, estableciendo los parámetros generales de la actividad y comportamiento de los organismos estatales, de los gobernantes y gobernados en situaciones de paz con el fin de asegurar que dichas situaciones constituyan el eje central del funcionamiento del Estado y tengan efecto de permanencia (Corte Constitucional, sentencia C- 008 de 2003).

Esto es observable a través del contenido normativo y axiológico de la Constitución Política de 1991, especialmente en lo que concierne al equilibrio entre derechos y deberes que los actores políticos que participaron en el proceso deliberativo acordaron al momento de subscribir el pacto constitucional.

Por esta razón, la Constitución Política de 1991 es un pacto jurídico-político que surge de procesos constituyentes deliberativos que plasman un conjunto de derechos con contenido político y axiológico que obliga a interpretar su contenido más allá de su articulado, sin que ello signifique que la formalidad escrita de la Constitución deba ser desconocida pues estas son las cláusulas contractuales del pacto político.

## La Carta de Derechos como expresión del Nuevo Pacto Político

La Asamblea Nacional Constituyente como órgano representativo del constituyente primario plasmó en la Constitución Política un querer que existía en la sociedad consistente en un corpus mínimo de derechos fundamentales y garantías para su eficacia. De esta manera, la Norma Fundamental no sería exclusivamente acuerdo político sino norma jurídica vinculante para todos los actores sociales y marco de legalidad funcional para las autoridades públicas.

Esta construcción político-normativa fue producto de una amplia y controvertida actividad democrática. Sin embargo, este proceso deliberativo estableció que cualquier otra manifestación democrática y función estatal estaría limitada a respetar y garantizar el cumplimiento de uno de los presupuestos axiológicos fundamentales de las sociedades democráticas actuales y del constitucionalismo moderno: el principio de la dignidad humana.

En efecto, la Constitución Política y demás reglas normativas han establecido que el respeto a la dignidad humana es principio fundante del Estado de Derecho moderno. Esta afirmación surge de la estrecha relación entre la dignidad humana –valor fundante del ordenamiento constitucional colombiano y principio orientador del derecho internacional de los derechos humanos– y la eficacia de los derechos y garantías constitucionales como elemento esencial del Estado social de Derecho (Corte Constitucional, sentencia T-585 de 2008), este último como resultado de los procesos deliberativos que llevaron a la creación de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y cuyas funciones estaban delimitadas a llevar el concepto de dignidad humana a fundamento funcional y ontológico del Estado colombiano (artículo 1º de la Constitución Política).

El argumento anterior permite inferir que los procesos deliberativos y las funciones estatales están determinados por el reconocimiento de la dignidad humana como fundamento del orden constituido y una realización de la democracia pluralista como alternativa de organización política y jurídica.

El reconocimiento de la dignidad humana como piedra angular de los modernos sistemas sociales conduce a la afirmación del carácter personalista del Estado, una concepción en la que la persona humana es el fin que se ha de realizar, valiéndose para ello del Estado y del derecho como instrumentos y no como fines en sí mismos y mucho menos como entidades dotadas de unos atributos que sólo le asisten a ella. La democracia pluralista no es más que una consecuencia desprendida de la dignidad humana que permite la consagración y garantía de los derechos humanos, así como su adecuada interpretación.

Por lo anterior, la relación entre proceso deliberativo, constitución como norma jurídico-política y derechos humanos es directa porque el primero permite una interacción de argumentos que con-

tribuyen darle el carácter que la sociedad requiere para su marco institucional, y este gozar de un marco axiológico, positivo y vinculante para todas las autoridades públicas y las demás personas que participan en la realización de los fines esenciales del Estado. Por ello, el pacto que surge de la reciprocidad de voluntades expresada por los actores sociales se vuelve una obligación para todos los participantes en ese proceso deliberativo –pacta sunt servanda– y que requiere de su materialización a través de un documento que contribuya a formalizar las cláusulas contractuales para que produzca efectos jurídicos –ad substantiam actus– y exigir su cumplimiento en caso de vulneración por parte de los contratantes.

Estas cláusulas son las disposiciones constitucionales y se deberán interpretar según los principios acordados en el proceso deliberativo, especialmente el del respeto de la dignidad. Por ende, la relación entre el proceso deliberativo (etapas previas al contrato social), la Constitución Política (texto normativo ad substantiam actus) y los derechos fundamentales y demás disposiciones constitucionales es directa y el desconocimiento de los acuerdos pactados implica una renuncia del Estado a sus más elementales funciones constitucionales, y constituye un incumplimiento a su misión y razón de ser , pues ello significaría dejar “los derechos constitucionales indefensos y un quiebre del orden jurídico-político pactado y materializado en la Constitución Política” (Corte Constitucional, sentencia T-958 de 2002).

## Conclusiones

La Asamblea Nacional Constituyente que expidió la Constitución Política de 1991 fue un poder comisionado que surgió como consecuencia de las deliberaciones de los actores políticos que vieron en la creación de un nuevo pacto político para hacerle frente a la compleja situación de violencia que afrontaba la sociedad colombiana a finales del S. XX.

Su legitimidad era fáctica pues provino de un hecho político-fundacional que contrarió el régimen jurídico regente en ese momento. En este sentido, el proceso colombiano de reforma se encuentra en el concepto de anormalidad constitucional que sólo puede ser definido políticamente como un acto fundacional –un nuevo pacto político– pues se refiere a un presupuesto del derecho que todavía no es jurídico.

Sin embargo, su validez como norma jurídica y su legitimidad cono acuerdo político no pueden ser cuestionados por el hecho mismo de haber desatendido el procedimiento normativo de reforma constitucional anterior a su creación. La validez de una norma del ordenamiento jurídico puede ser analizada exclusivamente a partir de sus formalidades previas. Pero la validez del ordenamiento es un concepto que depende de un hecho que le precede y convive con él: la eficacia. La norma fundamental ideada por Kelsen (1994, pp. 125-137) no es otra cosa que la eficacia del ordenamiento o la regla de reconocimiento concebida por Hart (2007, pp.125 -137).

Por eso, cuando una constitución es reemplazada por otra que termina siendo eficaz no tiene sentido cuestionar su validez. "En este caso, el análisis de continuidad de las condiciones de lo moral, lo axiológico y lo jurídico resulta inocua pues es obvio que no existirá una continuidad lógico-jurídica entre el derogado ordenamiento constitucional y aquel que lo sustituye." (Leiva, 2011, p. 130).

Por lo anterior, la legitimidad del proceso deliberativo constituyente que conllevo a la expedición de la Constitución Política de 1991 no va estar en el acto jurídico sino en el hecho político que reconocería la sublevación ante un ordenamiento jurídico que no reflejaba los intereses de los actores sociales que interactúan para la construcción de un nuevo pacto social.

Por esta razón, la Constitución Política de 1991 puede ser considerada como una manifestación del poder constituyente primario que decidió darse un nuevo ordenamiento jurídico para obtener, entre otras cosas, una mayor participación en las decisiones políticas del Estado, una eficacia y garantía de los derechos fundamentales de los asociado bien sea como producto de una aplicación inmediata de los mismos o como consecuencia del ejercicio de los mecanismos y acciones consagradas para este propósito, una nueva organización del Estado, y procesos precisos de reforma constitucional.

Sin embargo, la teoría del poder constituyente es necesaria más no suficiente para explicar de manera razonable, democrática y humanista los cambios políticos-jurídicos.

En efecto, las democracias constitucionales actuales no pueden ser entendidas únicamente bajo los argumentos del hecho político, de la fuerza, de la revolución y de la ruptura institucional para

la comprensión íntegra del poder constituyente. Es necesario que los cambios sean democráticos y garanticen la libertad, la justicia, la igualdad y los demás valores indispensables para legitimarlos.

Estos son los límites axiológicos que deben respetar los actores políticos que participan en el proceso deliberativo pues el desconocimiento de estos requisitos de validez axiológica harían del pacto un acuerdo ilícito no por su ilegalidad sino por desconocer los principios democráticos y humanísticos que le darían legitimidad al resultado de esa deliberación. “Aceptar un proceso deliberativo constituyente que desconozca los límites de legitimidad podría justificar regímenes contrarios a la dignidad del hombre.” (Leiva, 2011, p. 131).

En este sentido, la tipificación de los derechos humanos (o fundamentales como los denomina la Constitución Política) es el producto del ejercicio legítimo que tienen los actores sociales de iniciar un proceso deliberativo que acuerdan plasmar estas cláusulas contractuales a través de los mandatarios que les representaron en la Asamblea Nacional Constituyente, Corporación política que como cuerpo político usó su poder soberano para consagrar unos parámetros mínimos en el nuevo pacto social como la paz, la justicia, el trabajo, la convivencia y la igualdad entre los miembros del Estado, y los principios y valores democráticos.

De esta forma, los delegados constituyentes cumplieron el mandato entregado por los actores sociales que participaron en el proceso deliberativo. Por ello, a pesar de las circunstancias que aquejen a la sociedad colombiana, la Constitución Política sigue siendo un pacto jurídico-político que garantiza y protege los derechos humanos de los habitantes del territorio colombiano.

Seguramente de no existir, la situación social sería mucho más grave. Por ejemplo, gracias a mecanismos como la acción de tutela, la Carta Política colombiana es normativa y no meramente nominal, pues ello ha permitido un dinamismo, verdadera aplicación y garantía de los derechos fundamentales.

Así lo quisieron los actores sociales que estuvieron en el proceso deliberativo constituyente y los delegados lo plasmaron en la Constitución en cumplimiento del legítimo mandato entregado por el constituyente primario.

## Referencias Bibliográficas

Arango J. (2000). El Código Civil y la Constitución de 1991, Bogotá. D.C. Temis.

Barreto, A. (2011). La generación del estado de sitio. Bogotá D.C. Universidad de Los Andes.

Colombo, C. (2007). e-Participación: Las TIC al servicio de la innovación democrática. Barcelona: Editorial UOC.

Delgado Oscar. (2006). Ideas políticas, filosofía y derecho: el maestro, Bogotá D.C. Universidad del Rosario.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Auto A003 de marzo tres (3) de 1992. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia T-406 de cinco (5) de junio de 1992, Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-544 de primero (1) de octubre de 1992, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia T-240 de junio 23 1993, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-657 de tres (3) de diciembre de 1997, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia T-702 de cinco (5) de julio de 2001, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-251 de 11 de abril de 2002, Magistrados Ponentes: Doctores Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia T-958 de siete (7) de noviembre de 2002, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C- 008 de 23 de enero de 2003, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia T-299 de once (11) de abril de 2003, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-551 de nueve (9) de julio de 2003. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C- 879 de 30 de septiembre de 2003, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia T-792 de 28 de julio de 2005, Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-180 de 14 de marzo de 2007, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia T-585 de doce (12) de junio de 2008, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-588 de agosto 27 de 2009, Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 26 de febrero de 2010, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

Colomer, A. (2007). Comunidades y ciudades, constituciones y solidaridades, Valencia. Universidad Politécnica de Valencia.

Cortés J. (2009). Itinerario de la Jurisprudencia Colombiana de Control Constitucional Como Mecanismo de Protección de Derechos Humano, Bogotá D.C. Universidad del Rosario.

Elster J. (2002), Ulises desatado: estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones, Barcelona, Gedisa.

Ferrajoli, L. (1995). Derecho y razón – teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta.

_____(2011). Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia, (t. 2), Teoría de la democracia. Madrid: Trotta.

Häberle, P. (2003). El estado constitucional. Lima: Fondo Editorial Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

Habermas, J. (1987). Teoría de la acción comunicativa. Racionalidad de la acción y racionalización social. V I. Madrid: Taurus.

Halviar, H. y Villegas C. (2012). La función social de la propiedad en las constituciones colombianas. Bogotá D.C. Universidad de Los Andes.

Hart, H. (2007). El Concepto del Derecho. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Kalman, J. (2003). El acceso a la cultura escrita: la participación social y la apropiación de conocimientos en eventos cotidianos de lectura y escritura. Revista Mexicana de Investigación Educativa, 17 (VIII).

Hesse, K. (1992). Escritos de derecho constitucional. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Kelsen, H. (1994). La Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires, Eudeba.

Laporta, F. (2000). Entre el derecho y la moral. México D. F.: Editorial Fontamara.

Leiva, E. (2010). La responsabilidad del Estado por el hecho del Legislador, Bogotá D.C. Editorial Ibáñez.

Leiva, E. Muñoz, A. (2011) El poder constituyente y la carta de derechos en la Constitución Política de 1991. Bogotá D.C. Revista Administración & Desarrollo, volumen 39, número 54.

Leiva, E. (2015). La influencia de las TIC y la educación cívica en los procesos deliberativos de las sociedades pluralistas. Bogotá D.C. Revista de Derecho, comunicaciones y nuevas tecnologías, número 14. Universidad de Los Andes.

Lleras de la Fuente, C. y Tangarife, M. (1996). Constitución Política de Colombia: Origen Evolución y Vigencia, Tomo L. Medellín. DIKE - Pontificia Universidad Javeriana.

Martí, J. (2006). La república deliberativa: una teoría de la democracia. Madrid: Marcial Pons.

Moncayo, V. (2004) El Leviatán derrotado. Reflexiones sobre teoría del Estado y el caso colombiano. Bogotá D.C. Editorial Norma.

Nino, C. (1997). La constitución de la democracia deliberativa. Barcelona: Editorial Gedisa.

Pérez, J. (2004). Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá D.C. Temis.

Pérez A. (2007). Trayectorias contemporáneas de la filosofía del derecho. Madrid. Editorial Tebar.
Quintana O. et al (2005). Poder constituyente, conflicto y constitución en Colombia. Bogotá D.C. Universidad de los Andes.

Rodríguez, L. (2013). Derecho Administrativo, General y colombiano, Bogotá D.C. Temis.

Sachica, L. y Vidal J. (1991). La Constituyente de 1991. Bogotá. Cámara de Comercio de Bogotá.

Santos, B. y García, M.(2001). El caleidoscopio de la justicia en Colombia. Bogotá D.C. Universidad de Los Andes, Universidad Nacional.

Universidad de Antioquía, http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/antecedentes.html. Visitado el 30 de noviembre de 2014.

Valencia H (1997) Cartas de batalla Una Crítica al Constitucionalismo Colombiano, Bogotá, CERE.

Verdesoto, L. (2007). Procesos constituyentes y reforma institucional: nociones para comprender y actuar en el caso ecuatoriano. Quito, Editorial Abya Yala,

Younes D. (2004). Panorama de las reformas del Estado y de la administración pública. Bogotá D.C. Universidad del Rosario.

# EL CANON HERMENÉUTICO EN EL ESTADO CONVENCIONAL. LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES

Adrian Zeballosf-Cuathin

## Introducción

El objetivo del presente trabajo es describir algunos paradigmas hermenéuticos del derecho hasta llegar al nuevo canon hermenéutico convencional, canon que nace de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH) y que otorga a las autoridades legislativas, ejecutivas, judiciales y autónomas un papel trascendental en la defensa de los derechos humanos conforme la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la Convención).

Este nuevo canon hermenéutico responde a la necesidad de hacer posibles cada una de las normas convencionales que, frente a modelos interpretativos insuficientes e inadecuados, sucumbían progresivamente en el mero discurso. La inoperancia e ineficacia de los derechos humanos entonces no tenía como causa la ausencia de normas, muy por el contrario, existe un catálogo extenso de derechos y garantías cuya finalidad es su conocimiento, promoción y protección.

Por tanto, la relativa eficacia de los derechos está estrechamente relacionada con la utilización de modelos interpretativos propios de la hermenéutica tradicional, es decir, modelos relacionados con métodos rígidos de aplicación normativa y con modelos teóricos que pragmáticamente no representaban una defensa material de dichos derechos. El problema de los derechos humanos no es entonces un problema de discurso o de debate político, sino de eficacia.

En este sentido, en este trabajo se abordan en primer lugar, de forma muy general, algunas teorías de la interpretación dominantes, para, posteriormente, proceder a identificar y describir el canon hermenéutico convencional: la interpretación conforme y el principio pro persona (pro homine) y su aplicación en Colombia.

El trabajo se presenta en tres temas principales, cada uno con tres ejes temáticos bien definidos. El primer tema: Una aproximación a algunas teorías interpretativas del derecho, se desarrolla siguiendo el siguiente esquema: a) Argumentación y retórica, b) El discurso jurídico y los principios y c) El derecho como integridad. El segundo: La interpretación de los derechos en el Estado convencional, subsume los siguientes contenidos: a) El papel de las autoridades en el Estado Convencional, b) La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona y c) El canon hermenéutico y la garantía de los derechos en Colombia.

Con el anterior repertorio temático, lo que se quiere es mostrar el avance que ha tenido la interpretación y la argumentación del derecho de los derechos humanos. Pero además se quiere señalar que la vigencia material de los derechos humanos y fundamentales sólo llegaría cuando las autoridades convencionales dejan de ser meros instrumentos de la formulación, ejecución y aplicación de la ley, y pasan a convertirse en autoridades activas, si se quiere libertarias, cuya actuación se enmarca en la búsqueda de la justicia material.

## Una aproximación a algunas teorías interpretativas del derecho

Reaccionando frente a posturas radicales que conciben el derecho como una cuestión de rigidez extrema, sustentadas por antonomasia en los principios de la lógica formal, lógica que a la vez se representa en silogismos absolutos o en otros modelos menos esquemáticos pero igual de excluyentes, aparecen en escena nuevas teorías de la interpretación y de la argumentación jurídica, las cuales propusieron una concepción del derecho más flexible, con lo cual necesariamente se reclamaba mayor protagonismo judicial.

Y contrario a lo que podría pensarse, esa pluralidad de métodos no es algo que de entrada pueda ser tachado de negativo, porque acudiendo a esa pluralidad puede encontrarse la regla más adecuada a la voluntad del legislador y al caso especialmente.

## Argumentación y retórica

La argumentación pude clasificarse, según el autor, en argumentación persuasiva y argumentación convincente. La argumentación persuasiva se desarrolla y está dirigida a un auditorio particular; la segunda se realiza en un auditorio cuyos participantes son entes de razón, susceptibles de ser convencidos.

Para Perelman, el auditorio es *"(el) conjunto de aquellos en quienes el orador quiere influir con su argumentación"* (1989, p. 55), y puede presentarse en dos tipos: universal y particular. En el auditorio universal, dice Perelman, la argumentación *"debe convencer al lector del carácter apremiante de las razones aducidas, de su evidencia, de su validez intemporal y absoluta, independientemente de las contingencias locales o históricas"* (1989, p. 72). El orador en el auditorio universal, desde una neutralidad de intereses propios, busca dar argumentos razonables a un público expectante de ser convencido.

En este orden de ideas, de un lado el orador con buenos argumentos busca convencer al auditorio, y en el otro se encuentra un público que está abierto a escuchar y convencerse del alcance de esos argumentos. Recordando la clasificación de la argumentación de Aristóteles, Atienza dice que la argumentación desarrollada en el auditorio universal perelmiano es una Argumentación pragmática retórica, para diferenciarla de la argumentación pragmática dialéctica. Las premisas aquí no son verdades definitivas, solamente son enunciaciones plausibles que pretenden que el auditorio las acepte.

Habermas, en opinión de Alexy, afirma que en toda argumentación de calidad el convencimiento se produce por una situación ideal del habla y del diálogo, escenario muy propio de la argumentación pragmática dialéctica. En efecto, en la Teoría de la Argumentación de Alexy se identifica que, como ya lo había manifestado Perelman y Atienza y en igual sentido Habermas, los argumentos sólo son posibles si el auditorio tiene una posición libre de coacción, es decir es un auditorio espontaneo y asimétrico, espacio en el que se permite y se promueve una situación ideal del habla. (1989, p. 182-184).

La teoría de Alexy no es tanto discursiva como teoría pragmática, porque tiene en cuenta, además de los argumentos y las reglas

del discurso, el comportamiento de los hablantes. Las reglas del discurso en este escenario son reglas para la estructuración de los argumentos, pero también para la participación de los hablantes.

En cambio, el auditorio particular, como un escenario opuesto o por lo menos diferente al derecho universal, se caracteriza porque el orador tiene intereses en los que involucra su subjetividad. En este caso es un auditorio que carece de neutralidad. Por esa razón el auditorio particular no involucra su razón en esa interrelación, lo que quiere decir que la aceptación de los argumentos puede producirse por cuestiones distintas a su ser racional, por ejemplo, la sensibilidad y las emociones. En consecuencia, no hay tal de lograr un profundo convencimiento de la existencia de argumentos bien estructurados por parte del auditorio particular, éste solamente llega a adherirse a los argumentos por simple persuasión.

En cuanto a los esquemas de la argumentación, Perelman los clasifica en procedimientos de enlace y disociación. Los primeros enlazan distintas dimensiones, en principio antagónicas, que con ese tipo de acercamiento logran formular argumentos en términos positivos o negativos y derivar una conclusión. En palabras del autor, por procedimientos de enlace "entendemos esquemas que unen elementos distintos y permiten establecer entre estos elementos una solidaridad que pretenda, bien estructurarlos, bien valorarlos positiva o negativamente".

En el segundo la situación corre en contravía del primero, es decir en los argumentos de disociación se escinden los elementos que integran el argumento en función de construir una sólida argumentación, es decir, son "técnicas de ruptura cuyo objetivo es disociar, separar, desolidarizar" (1989, p. 299). La confrontación de argumentos que inicialmente se encuentran en posiciones distintas, hasta antagónicas, abre el espacio para derivar de ellos una consecuencia íntegra.

Pero en la teoría de Perelman no sólo interesan los argumentos y las clasificaciones que él hace de ellos, también es importante en opinión del autor la relación de los argumentos con otros, opuestos o similares, centrales o periféricos. La interrelación de argumentos se realiza de varias formas:

> "interacción entre varios argumentos enunciados, interacción entre éstos y el conjunto de la situación argumentativa, entre

> éstos y su conclusión y, por último, interacción entre los argumentos contenidos en el discurso y los que tienen a éste último por objeto". (1989, p. 699).

Tanto el contenido de los argumentos como las relaciones que inevitablemente se producen en el escenario discursivo deben medirse en cuanto la determinación de la fuerza que despliegan. Estas interacciones son las que el orador, en el auditorio, debe apreciar con el objeto de lograr la adhesión y estructurar su discurso metódicamente.

No son pocas las críticas que ha recibido la teoría de Perelman. Alexy, como el mismo lo afirma, se apoya en Atienza para realizar algunas objeciones a dicha teoría. Entre estas objeciones el autor indica:

> (...) cabría destacar la relativa a la noción de positivismo jurídico, que es caracterizada erróneamente por Perelman y la atribución excesiva del discurso jurídico en el discurso judicial, a pesar de que reconoce el pluralismo en el Estado Moderno. El acento de la crítica es, sin embargo, fundamentalmente ideológico, al reprochar a Perelman su conservadurismo en la idea del derecho y la sociedad.
>
> De otro lado Hans Kelsen en su obra póstuma, La Teoría de las Normas, rechaza el punto de vista de Perelman sobre existencia de una específica lógica "jurídica". Para él se trata de la lógica general o formal, que se aplica tanto a las proposiciones descriptivas de la ciencia del derecho como también –en tanto sea la lógica aplicable- a las normas prescriptivas del derecho. (Alexy, 1995, pp. 27-28).

Sin embargo, hay que reconocer el aporte del autor al derecho, en el sentido de rescatar la razón práctica y la razón jurídica en los debates jurídicos. Cuestiones como la moral, la política, la sociedad, el lenguaje, el auditorio, los argumentos, el diálogo, entre otros, son objeto de su teoría.

De su parte Atienza opina que una teoría de la argumentación jurídica debe construirse *"considerando cuál sea el método, el objeto y la función de la misma"* (2005, pp. 203-204). Esas categorías pueden perfectamente acogerse en el tema de derechos humanos, ya que la adopción de un método (técnica jurídica), la identifica-

ción del objeto (Constitución y Convención) y la función de la argumentación (Convencimiento y justificación de la interpretación), giran alrededor de lograr la eficacia de los derechos humanos.

Al mismo tiempo, el autor afirma que la argumentación jurídica debe abarcar nuevos escenarios que la lógica formal y algunas teorías de la argumentación habían olvidado: la moral, la norma y la sociología entran a jugar en la argumentación. El resultado de dicha extensión es la apertura al cambio y la conciliación con la realidad práctica y jurídica de la que hablaba Perelman.

En este contexto, la argumentación además de dar buenas razones sobre la interpretación realizada debe construir un ambiente de plena satisfacción, que lleve a sus lectores al convencimiento de que ese discurso sirve y que es adecuado para la protección de los derechos humanos.

La adjudicación de la que habla la teoría estándar de la argumentación en este nivel es limitada, pues en el derecho de los derechos humanos no es suficiente conocer cuál es la autoridad que tienen que dirimir conflictos, también es necesario conocer *"el tipo de razonamiento que tiene lugar en el contexto de esos razonamientos –jurídicos- de la resolución de conflictos". (Atienza, 2005, p. 206).*

En efecto, no es una cuestión de mera aplicación normativa la que asegura el goce de los derechos -de la forma que lo propone la Escuela Exegética o la Jurisprudencia de Conceptos-, aquí el requerimiento es mayor, pues se deben valorar otros factores que están inmersos y que son necesarios para una decisión razonable. Desde esa valoración la decisión se justifica, y de forma concomitante debe justificarse el procedimiento que llevó a la decisión. En otras palabras, la argumentación no sólo debe ser prescriptiva, sino también descriptiva.

## El discurso jurídico y los principios

El discurso jurídico expresa el discurso práctico general, señala Alexy. En efecto, el discurso jurídico aborda contenidos del discurso práctico general y a la vez tiene una pretensión de corrección, es decir de hacer posible la justicia (contenido moral).

Atienza dice al respecto que el discurso jurídico se desarrolla en unos límites precisos, lo que impone ciertas condiciones que pro-

vienen de la actividad del legislador y en general de todo el ordenamiento jurídico.

> "El procedimiento del discurso jurídico se define pues, por un lado, por las reglas y formas del discurso práctico general y, por el otro, por las reglas y formas específicas del discurso jurídico que, sintéticamente, expresan la sujeción a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática. (Atienza, 2005, pp. 164-165).

El discurso contenido en la decisión judicial debe, en opinión de Alexy, justificarse. Dicha justificación debe hacerse teniendo en cuenta dos modos: i) la justificación interna y ii) la justificación externa. La primera indica que para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal. De su lado, la justificación externa tiene que ver con la justificación de las premisas, que según Alexy son de tres tipos: 1) normativas, 2) enunciados empíricos y 3) enunciados en forma de reformulaciones normativas (exigen una fundamentación que referencia la argumentación jurídica). Aclara, sin embargo, que esta justificación puede ser insuficiente para los casos difíciles, los cuales exigen otro tipo de argumentación.

Asimismo, Atienza (1996) expone que para Alexy existen varios tipos de reglas y formas de justificación externa: la interpretación, la argumentación dogmática, el uso de los precedentes, la argumentación práctica general y la argumentación empírica o las formas especiales de argumentos jurídicos. En relación a la interpretación, lo que le sirve de fundamento es el canon interpretativo, canon que posee un problema y que lo transporta inmediatamente a la interpretación: la consecución de resultados disímiles. El autor señala también que la interpretación no es susceptible de ser jerarquizada, pero si admite injerencia por parte de algunas reglas:

(J.7) Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse otros motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos.

(J.8) La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según reglas de ponderación.

(J.9) Hay que tomar en consideración todos los argumentos que

sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de la interpretación. (Atienza, 2005, p. 169).

La ponderación de la que se habla en la regla (J.8) se realiza en virtud de la presencia de principios. Al ser mandatos de optimización, los principios se caracterizan porque su cumplimiento depende de unas condiciones específicas (posibilidades): reales y jurídicas. Los principios, además, se guían por la siguiente ley de ponderación en caso de conflicto o colisión: *"Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro"*. (Alexy, 2005, p. 147).

Pero esto no quiere decir que la prevalencia de un principio prive de validez a otro que en esa batalla tuvo que ceder, ni que, de algún modo, se establezca un criterio o cláusula de excepción, porque, en un nuevo escenario, que reúna las mismas circunstancias, la solución puede hacer prevalecer al principio que anteriormente cedió.

Desde la perspectiva de Alexy, el principio de proporcionalidad se caracteriza por ser un mecanismo procedimental, un método para resolver la confrontación que se produce por el choque entre dos principios o derechos fundamentales, o entre principios y derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad se apoya en tres subprincipios para desarrollarse en el ámbito de la necesidad de encontrar una solución: idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta. El principio de idoneidad se traduce en que la intervención a un derecho fundamental tienen justificación en la obtención de un fin constitucional; el principio de necesidad se refiere a que la intervención que se haga a los derechos fundamentales debe ser la menos maligna entre todas las posibilidades de intervención y; tercero, el de proporcionalidad estricta señala que la injerencia o intervención es admisible si con ella se quiere garantizar la vigencia de otro principio o derecho de alcance significativo.

Estas formas jurídicas en consecuencia se comportan en su naturaleza y contenido de modo distinto al comportamiento de las normas o las reglas, empezando porque, como lo explica Alexy y lo reitera Atienza, no es posible establecer una jerarquización rígida entre ellos y su cumplimiento se realiza en términos de todo o nada; lo mínimo que permiten los principios es el establecimiento de un orden "débil", con lo cual se pretende una aplicación pon-

derada de los mismos. Tal orden débil consta de tres elementos:

> 1) Un sistema de condiciones de prioridad, que hacen que la resolución de las colisiones entre principios en un caso concreto tenga también importancia para nuevos casos (...); ello quiere decir que también aquí rige el principio de universalidad. 2) Un sistema de estructuras de ponderación que derivan de la consideración de los principios como mandatos de optimización en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas (...). 3) Un sistema de prioridades prima facie: la prioridad establecida de un principio sobre otro puede ceder en el futuro, pero quien pretenda modificar esa prioridad corre con la carga de prueba. (Atienza, 2005, p. 175).

De otro lado, el autor, contrariando a Dworkin en lo que se refiere a la tesis de la única respuesta correcta, afirma que los principios en el terreno de la proporcionalidad no culminan en una única respuesta correcta, pero el efecto de ese modelo interpretativo es irradiar de razonabilidad práctica y de razonabilidad jurídica al derecho en el Estado Constitucional de Derecho.

Ahora bien, no hay duda que los principios acuden a la ponderación para resolver sus contradicciones; pero ¿pasa lo mismo con los derechos fundamentales? La respuesta es positiva; ya que los derechos fundamentales están ligados estrechamente a los principios. Los derechos fundamentales en la teoría de la argumentación de Alexy deben ser interpretados como principios, no como normas o reglas, pues de no ser así no se podría resolver la tensión que se genera entre ellos por medio del "principio de proporcionalidad".

En seguida, desde otra perspectiva, pero con los mismos supuestos, Dworkin señala la presencia de un contenido moral en el derecho. Dicho contenido moral se presenta en forma de principios. Los principios en ese marco tienen una finalidad y una razón de ser: llenar los vacíos del ordenamiento jurídico. De allí su teoría del derecho como integridad.

## El derecho como integridad

En la perspectiva de Dworkin, el derecho es un derecho determinado, por el hecho de que, si bien, las normas o reglas pueden gozar de ambigüedad, vaguedad, insuficiencia o contradicción,

esas falencias son superadas por otros elementos que positivistas habían negado con firmeza, los principios. En ese sentido el autor admite en cierto modo que al derecho le es inherente un contenido valorativo, aceptando de esa forma una relación entre derecho y moral. *"De allí que para Dworkin, en su polémica con Hart, los principios jurídicos contemplen ya valores morales pues en efecto han surtido ya el proceso de constitucionalización y juridización".* (Mejía, 2009, p. 132).

La constitucionalización del derecho supone, en primer lugar, la conjugación de contenidos morales, normativos y políticos y; en segundo lugar, confluyen, con el mismo alcance, derechos humanos y fundamentales y la visión institucional del juez y los anhelos de la sociedad.

Así lo concibe Mejía cuando reafirma la idea Dworkiniana de la *"relación estructural"* entre derecho y moral, especialmente cuando señala que *"los principios máximos del sistema jurídico resumían, necesariamente también, los principios morales de esa sociedad"* (2009, p. 37). Los principios son estándares que han de ser observados, *"no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad".* (Dworkin, 1997, p. 72).

La característica de los principios es su peso (importancia), característica que las normas no poseen. Como la participación de los principios no es para nada pacífica en el ordenamiento jurídico, pues éstos pueden entrar en conflicto, frente a lo cual solamente queda determinar su peso y decidir acudiendo a la ponderación.

En opinión de Atienza, la ponderación requiere de dos etapas: en la primera se pasa de los principios a las reglas; en la segunda se realiza la subsunción. Lo que se quiere hacer a partir de allí es identificar y determinar el peso de cada principio, para ello es necesario tener en cuenta varios factores, como el grado de afectación del principio, la ubicación de ese principio en el ordenamiento y las reglas sobre la carga de la argumentación. Para lograr ese propósito puede hacerse sobre los principios en colisión una ponderación o balanceo.

Ese modelo principalista requiere así de una reformulación del papel del juez en la práctica judicial. De ahí que la tesis de la única

repuesta correcta cierra al campo a la discrecionalidad, capacidad potestativa que otras corrientes le otorgaban al juez en ejercicio de la decisión judicial.

Para Dworkin, el juez es capaz de identificar la única respuesta correcta en los casos difíciles y la justifica teniendo como referente la teoría más pertinente, el punto de vista interno del sistema jurídico (coherencia interna) y la práctica jurídica de la sociedad. Dicha justificación puede abordarse en dos dimensiones: la adecuación jurídica y la moralidad política.

La primera indica que una teoría que justifique los elementos jurídicos de los que se dispone, debe dar cuenta de la historicidad legislativa y judicial de un ordenamiento específico. La segunda –moralidad política-, señala que la justificación dada por la teoría debe corresponder a los derechos que las personas han legitimado. Estas dimensiones ratifican que la decisión judicial encontrará una única respuesta correcta.

Rodolfo Arango sobre esta cuestión revela que hay una pretensión de fondo y que la tesis de la única respuesta correcta en realidad significa una injerencia a la capacidad interpretativa del juez, es decir, es una restricción a una eventual discrecionalidad. La interpretación para Dworkin (de ahí la crítica), no es descubrir el sentido de la norma buscando la voluntad del legislador (espíritu del legislador), la interpretación en su lugar es buscar sentido y recrear la práctica social de acuerdo a unos valores constitucionales, carácter creativo que culmina en la única respuesta correcta.

En cambio, Nino, en línea de Dworkin, parece apoyar la idea de la objetivización de la moral, cuando insiste en que los discursos morales se derivan de contenidos sustantivos cuya forma es la autonomía, inviolabilidad personal, y dignidad humana.

La discrecionalidad a la que se hizo alusión inmediatamente atrás, en la teoría de Dworkin no es posible, sencillamente porque el derecho es completo gracias a los principios. Eso mismo responde a sus críticos, cuando en primer lugar hace énfasis en la confusión conceptual entre incertidumbre y la indeterminación; y en segundo lugar el reduccionismo del derecho que predican sus detractores cierra la posibilidad de observar un contenido moral que está presente en el derecho pero que no quieren aceptarlo.

Los principios permiten superar la indeterminación del derecho, por ende, la discrecionalidad judicial queda eliminada. Aquí se afirma que en los casos difíciles una sola es la respuesta correcta.

El trabajo del juez, su decisión y la justificación de ésta, permiten asimismo catalogar el derecho como interpretativo. En efecto, el derecho no consiste solamente en la aplicación de las normas o reglas a través de un silogismo jurídico, donde la conclusión es el resultado de la relación de las premisas que la anteceden.

No se niega de ninguna manera que dicha forma de adoptar decisiones sea pertinente tratándose de casos fáciles, pero la situación es insuficiente en los casos que Dworkin llama difíciles. En estos casos el derecho necesita de un erudito, de un Juez Hércules. Esta metáfora sirve para explicar que la decisión del juez es una reconstrucción del derecho en el marco de dar solución a controversias judiciales.

La decisión entonces está sujeta a una práctica social del derecho y a una actividad interpretativa, práctica que versa sobre dos supuestos: el primero considera que la práctica social se dirige y están en función de unos valores sociales, y éstos, en el marco del segundo supuesto, poseen una categoría superior a las normas y reglas, fenómeno que flexibiliza la aplicación de tales.

En cuanto a la interpretación, en el marco de "El imperio de la justicia" Dworkin la temporaliza en tres etapas: (i) preinterpretativa, (ii) interpretativa y (iii) postinterpretativa. En la etapa preinterpretativa se identifican las normas y las reglas, como objeto de interpretación.

En la segunda se busca el sentido o significado (muchas veces contradictorio) de las normas y reglas en función de la práctica social. En la etapa postinterpretativa se precisa o determina una adecuación de la práctica social a la justificación dada en la etapa interpretativa, y ello se hace con la teoría que más se ajuste a los valores sociales (en esta etapa es donde actúa con todo su poder el juez Hércules).

En resumen, la reconstrucción del derecho o de los materiales jurídicos no se puede iniciar en concepciones normativistas radicales, tampoco en las concepciones realistas o pragmáticas o argumentativas, el impulso lo determina el derecho como integridad que, según Dworkin, ofrece la interpretación más idónea en la práctica jurídica.

## La interpretación de los derechos en el Estado convencional

El papel de las autoridades estatales con la ampliación del contenido del derecho por interpretar, es decir, con la armonización del derecho internacional y el derecho nacional en el bloque de constitucionalidad, tuvo mayor protagonismo; ya que no sólo debía tener en cuenta las normas que el derecho interno le ofrecía, sino que ahora el reto es también decidir con base en un sustento más amplio (normas convencionales), lo que supone al mismo tiempo tener en cuenta un nuevo catálogo para la labor legislativa y un canon hermenéutico en la aplicación de las formas jurídicas, cualquiera que ellas sean (normas, reglas, principios, valores, etc.).

## El papel de las autoridades en el Estado Convencional

La tradición positivista más radical en términos de aplicación del derecho negaba en absoluto la posibilidad volitiva del juez al momento de adoptar una decisión, pues el derecho se concebía en términos de perfección y seguridad jurídica, por lo que era innecesario buscar significados distintos a los que ya se establecían en la estructura formal de la ley.

Este formalismo otorgaba una soberanía suprema al producto de la razón legislativa (ley), en consecuencia, el juez inevitablemente se encontraba en una situación de sometimiento incontestable a su imperio. Recasens Siches precisa su crítica frente a este absolutismo formal diciendo:

> La lógica tradicional o físico-matemática no es adecuada para tratar la vida humana ni sus problemas prácticos, por consiguiente, tampoco para los menesteres jurídicos, entre los cuales figura la interpretación el Derecho. Para todo cuanto pertenezca a nuestra humana existencia (...) hay que emplear un tipo diferente de logos, que tiene tanta dignidad como la lógica tradicional, si es que no superior a la de ésta: hay que manejar el logos de lo humano, la lógica de lo razonable, la cual es razón, tan razón como la lógica de lo racional, pero diferente de ésta. La lógica de lo humano o de lo razonable es una razón impregnada de puntos de vista estimativos, de criterios de valoración, de pautas axiológicas, que, además, lleva a sus espaldas como

> aleccionamiento las enseñanzas recibidas de la experiencia, de la experiencia propia y de la experiencia del prójimo a través de la historia. (1986, p. 642).

En esta medida, la lógica de lo razonable plantea que el derecho no debe concebirse solamente en términos de la lógica formal, sino como un asunto de diversas realidades jurídicas. "La jurisprudencia en ese momento deberá ponerse al servicio de dos señores: la ley y la realidad. Sólo a través de la tensión entre estas dos vertientes de la actividad judicial se podrá respetar esta concepción práctica del derecho" (Zagrebelsky, 1995, p. 132).

En esta concepción, el derecho y la realidad se referencian recíprocamente. Uno sin el otro carece de sentido, y posiblemente terminan en formas radicales que no sirven a la justicia.

Tomar en consideración exclusivamente los casos, daría lugar a una pura y simple "casuística", incompatible con la existencia del derecho como ordenamiento; tomar en consideración exclusivamente el ordenamiento conduciría a una ciencia teorética, inútil para la finalidad el derecho. Exceso de concreción en un caso; exceso de abstracción en el otro. En cualquier caso, malentendimiento de la naturaleza del derecho y malentendimiento de la "interpretación" misma (Zagrebelsky, 1995, p. 132).

Cada uno de esos riesgos corresponde a una visión del derecho exageradamente sesgada, el primero –en la casuística- el juez crea derecho de forma aislada, débilmente conectada a la norma o, en otros casos, desconectada del ordenamiento jurídico; en el segundo caso la importancia discursiva del derecho no está en sintonía con el caso, mucho menos con la sociedad.

Por esa razón es necesario dar un giro en la comprensión de la necesidad de formular una estrategia tanto discursiva como pragmática en la interpretación jurídica, en la que la interpretación tenga como propósito buscar la adecuación de la norma al caso como al ordenamiento jurídico.

Ese doble propósito unifica la pretensión y saca al juez de la esclavitud que por separado cada una pretendía frente a él. *"Consideramos un hecho indiscutible que en todos los sistemas con jurisdicción constitucional el intérprete judicial crea y formula normas derivadas de la Constitución (y la convención), bien expresa, bien*

*explícitamente"* (García, 1984, p. 4).

Pero la actividad judicial y la búsqueda de una justicia material en la ley y en el caso concreto podría ser más ágil si, por ejemplo, el legislador, haciendo uso de su potestad legislativa, en el proceso de formación de la ley fuera consciente de que también tienen una responsabilidad frente a los derechos humanos, y que, por tanto, le corresponde desde ese mismo momento poner en sintonía su producto con las normas convencionales de derechos humanos.

Si eso fuera así, -si el legislador actuara convencionalmente-, seguramente facilitaría la labor del juez convencional, en el sentido de que le entregaría un insumo acabado y consistente con las exigencias del derecho y la realidad social.

Pero mientras tanto esto no suceda, el juez adquiere en ese espacio independencia y autonomía para interpretar la norma y la realidad, y en ese juego interpretativo encontrar la decisión más ajustada a la verdad normativa y a la verdad práctica. Zagrebelsky dice que en este "círculo interpretativo" la realidad es el "motor" que impulsa y marca la dirección del intérprete, y, por otro lado, el derecho contiene la respuesta que el caso interroga. En este juego es inevitable dejar pasar la importancia de los métodos de interpretación, sobre todo porque es a través de ellos que el juez y el legislador pueden encontrar un camino confiable pero no infalible a la repuesta frente a la demanda judicial.

Como dice Zagrebelsky, es imperativo insistir en *"la posición dual que necesariamente corresponde a la magistratura en el Estado constitucional"*. Por una parte, la magistratura establece una posición de intermediario entre el Estado y la sociedad (en sus palabras dificilísima y especialísima); y por otra, al mismo tiempo los jueces son independientes y dependientes, tanto de la organización que la ley establece como de las pretensiones sociales. En esta sujeción dual se desarrolla la labor del juez constitucional.

Para este autor, los métodos de interpretación, cualquiera que ellos sean, son expedientes argumentativos que sirven para mostrar que la regla extraída del ordenamiento es una regla posible, o, en otros términos, es una regla justificable a la luz del ordenamiento jurídico.

En seguida Zagrebelsky aclara que esta afirmación es válida siem-

pre y cuando se entienda que no existe un sólo método de interpretación ni un solo intérprete, y que entre esa gama extensa de métodos no existe tampoco ninguna jerarquía. En ese orden, la pluralidad de métodos de interpretación da cuenta, de algún modo, de la indeterminación del derecho; pues si ello no fuera así, si el derecho fuera determinado, no cabría tal pluralidad.

## La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona

Los métodos tradicionales son métodos que, si bien no pueden ser desechados absolutamente, carecen de idoneidad respecto al avance que han tenido los derechos humanos en cuanto a su reconocimiento y garantías de protección. A partir de esa nueva realidad, la interpretación del derecho debe adecuarse a nuevas demandas de derechos y a su aplicación, hecho que exige una reformulación de los métodos hasta ahora utilizados.

Aparece en escena un nuevo catálogo de derechos que exige con la misma fuerza un nuevo canon hermenéutico: la interpretación conforme y el principio pro homine.

## La cláusula de interpretación conforme

Una nueva forma de ver y abordar el derecho es la que impulsa la interpretación conforme. Ello debe ser así, porque, sencillamente, el derecho utiliza formas abiertas, interdisciplinarias y a la vez complejas, y no solamente descriptivas en el proceso de justificación de las decisiones. En consecuencia, la interpretación conforme está dirigida a la concreción de la eficacia interpretativa y de la eficacia material en cuanto a la vigencia de la Convención y el goce de los derechos humanos y fundamentales.

La cláusula de interpretación conforme opera, de acuerdo con la anterior afirmación, como un canon hermenéutico para interpretar derechos ya reconocidos en las normas convencionales. La naturaleza de este canon hermenéutico hace que las garantías de protección se extiendan y se concilien mejor con la interpretación de los derechos humanos.

Esta nueva forma de interpretación tiene justificación en la ratificación de tratados, solemnidad que la constitución permite por-

que ella ha autorizado en sus disposiciones el reenvío a contenidos normativos del derecho internacional. El efecto del reenvío es la integración de esas disposiciones a la Constitución.

Y de forma inherente, si las normas internacionales de derechos humanos hacen parte de la Constitución vía bloque de constitucionalidad, los significados de las disposiciones convencionales también hacen parte de él, es decir, la jurisprudencia del intérprete último de la Convención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH).

El carácter vinculante de las sentencias de la CrIDH no se limita solamente a una parte de la providencia, o a la parte resolutiva o dispositiva de la misma, el efecto se extiende tanto a las obiter dicta, la ratio decidendi y la decisum. Es decir, la sentencia es vinculante en su integridad. Y no es de extrañar al respecto, ya que quien dice que es y que significa cada una de las disposiciones de la Convención es la CrIDH.

Este órgano colegiado reitera que cuando un Estado ratifica un tratado o convenio internacional relacionado con temas de derechos humanos, la sujeción al imperio de la ley no es óbice para desatender sus obligaciones internacionales; por tanto, dichas autoridades deben actuar conforme la eficacia interpretativa de la Convención.

De tal manera que, en ocasiones, no es necesario retirar del ordenamiento jurídico normas cuya literalidad aparentemente se encuentre en contravía de la Convención, en su lugar, y más conveniente es, que las interpretaciones judiciales y de autoridad se adecuen a los estándares y criterios establecidos por la jurisprudencia CrIDH.

Hay que recordar que la cláusula de interpretación conforme se vincula estrechamente al control de convencionalidad, control que la doctrina de la CrIDH profesa insistentemente y que vincula a los Estados Parte en la tarea de vigilar la vigencia de la Convención y la eficacia de los derechos humanos.

El examen de conformidad de las disposiciones constituciones y legales (o de otra índole) a la Convención lo deben realizar en primer lugar las autoridades legislativas en el proceso de formación de la ley y, de forma concomitante, el ejecutivo y los jueces en el

momento de aplicación de la norma (control concentrado o difuso de convencionalidad).

Así, el legislador crea derecho teniendo en cuenta no solo las normas constitucionales (Constitución formal), sino, además, las disposiciones convencionales. La norma así creada seguramente gozará de validez, legitimidad y eficacia, requisitos indispensables para la plena garantía de los derechos humanos.

Por su parte el juez, ejerciendo el control de convencionalidad, crea normas subconvencionales de la misma forma que el juez constitucional crea normas subconstitucionales. (García, 1984). En otras palabras, el juez concreta las normas convencionales en la decisión.

Bajo la misma fórmula, la interpretación conforme está directamente relacionada con el principio pro persona, principio que, como se verá en seguida, ordena adoptar la interpretación más favorable a la persona en caso de presentarse dos o más tendencias interpretativas sobre la misma cuestión.

## El principio pro persona

Sobre el principio pro homine, o principio pro persona (se prefiere el segundo enunciado para efectos del presente trabajo), es necesario recordar el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención, disposiciones que indican que siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en los tratados de derechos humanos.

El principio pro persona es un criterio fundamental para el reenvío interpretativo de las normas sobre derechos humanos. Para Pinto, el principio pro persona es:

> (...) un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria (Citada por Castañeda, 2015, p. 16).

Sin embargo, dice Castañeda, la definición de Pinto adolece de problemas de complejidad, en el sentido de que aborda supuestos diversos –escogencia de normas e interpretación de las mismas- en dos direcciones: amplitud y restricción de los derechos humanos, dualidad que de por sí ya es problemática por cuanto contiene una carga conceptual difícil de integrar en una sola estructura semántica.

El principio pro persona, como parte de la interpretación jurídica pero distinta de los modelos anteriores, resalta la importancia del derecho internacional de los derechos humanos en su definición. Ahora el canon hermenéutico sitúa al ser humano en el podio más alto, queriendo significar con ello que el método o métodos tradicionales con los que se interpretaba el derecho perdieron exclusividad. El auge que han tenido los derechos humanos en el discurso global sugiere la adopción de nuevas herramientas jurídicas que hagan más humana la interpretación y la aplicación del derecho.

En el ámbito internacional, Castañeda afirma que el principio pro persona se deriva del objeto y fin del derecho internacional de los derechos humanos. Textualmente señala:

> (...) se ha considerado que el principio pro persona emana justamente del objeto y fin de los tratados internacionales de derechos humanos, que es la protección de derechos de los seres humanos. Lo anterior, se puede identificar con la variante de preferencia interpretativa, es decir, la que optimice los derechos. En segundo lugar, se puede identificar al principio más favorecedor de la persona en disposiciones de diversos tratados internacionales de derechos humanos, tanto en la Sistema Interamericano, como en el de Naciones Unidas (2015, pp. 18-19).

Según Rodríguez, el objetivo del principio pro persona es dual: i) definir estándares de integración normativa, es decir, construir el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y, ii) señalar la norma aplicable en caso de antinomias, respetando el contenido mínimo esencial del derecho que debe registrarse si se trata de dos normas constitucionales.

El primer objetivo persigue la identificación e integración de normas de diferentes contextos y niveles que sean aún más beneficiosas que las que se encuentran en el orden interno; el segundo señala la ruta para hacer prevalecer una norma frente a otra sin

tener en cuenta su jerarquía cuando entren en colisión o conflicto, de tal manera que la escogencia de uno (que es el que se considera más beneficioso) no lesione el contenido del otro que en el caso cede frente al prevalente.

> (...) el estándar de protección de un derecho fundamental (...) será de aplicación por los operadores jurídicos españoles siempre que el mismo sea más protector que el estándar definido por el derecho interno. Como excepción a esta regla general deberá aplicarse un estándar convencional menos protector cuando el mismo se haya definido así para dispensar una mayor protección a otro derecho fundamental, y siempre y cuando su menor protección no implique una vulneración del contenido esencial del derecho menos protegido (Rodríguez, 2001, p. 331).

La regla en cuanto a la ponderación de derechos teniendo presente el principio pro persona, inicialmente tiende a hacer prevalecer los derechos consagrados en textos internacionales sobre derechos humanos en detrimento de los derechos consagrados en el orden interno. La justificación para adoptar esa ponderación previa se debe a la creencia de que aquellos son más protectores, y porque consagran principios generales que cobijan a todos los Estados, lo que les da una aparente ventaja frente a los derechos locales.

Pero esta ponderación puede cambiar cuando, por ejemplo, las normas o la interpretación de ellas en el derecho interno son más ventajosas para la persona, evitando así realizar un reenvío a las normas internacionales. En este caso la CrIDH u otros organismos internacionales apelan a normas de derecho interno para interpretar la Convención, sea para verificar la amplitud del derecho sea para restringirlo (interpretación consensual).

De acuerdo con lo anterior, el principio pro persona pude ser analizado desde dos alternativas: i) la interpretación más ventajosa siempre ceñida a la Convención y ii) la preferencia normativa en razón a su capacidad de satisfacer el derecho. En este sentido el numeral 29 de la Convención establece que ninguna disposición puede interpretarse en forma que limite el goce y ejercicio de cualquier derecho reconocido en leyes o en otra convención.

En este orden de ideas se desprende que en el control de convencionalidad ex oficio que realice el juez interno, también debe aplicar el principio pro persona, dando una interpretación extensiva,

conforme al objeto y fin del Pacto de San José o acudiendo a la norma más amplia, la cual puede ser interna o internacional. Lo anterior, es de la mayor relevancia, porque implica que la aplicación del principio pro persona, es una obligación internacional, cuyo cumplimiento no está al arbitrio de los juzgadores internos, porque su incumplimiento podría derivar en la omisión de realizar un control de convencionalidad (Castañeda, 2015, p. 108).

De forma extensiva, esta interpretación permite igualmente que quién tenga a cargo la resolución de una demanda de derechos en el ámbito del control de convencionalidad puede, con amplitud interpretativa, identificar la normatividad que aun estando fuera del sistema interamericano puede ser más ventajosa y aplicarla, alternativa que según el principio pro persona es totalmente admisible. En esta actuación claro está se requiere de un esfuerzo interpretativo mucho mayor que el que se exige para las normas del sistema, precisamente porque requiere de una alta carga argumentativa que explique su mayor bondad.

Según Castañeda, a partir de lo anterior se puede llegar a las siguientes conclusiones:

> (...) 1) la aplicación del principio pro persona en sus dos variantes, preferencia interpretativa y preferencia de normas, esta ceñido o es parte del control de convencionalidad que los juzgadores nacionales deben realizar de la Convención Americana; y 2) el juzgador nacional es el que puede aplicar la protección más amplia de las personas, conforme a la gama de tratados internacionales que su Estado sea parte y a su legislación nacional. (Castañeda, 2015, p. 109).

A partir de lo comentado, el principio pro persona se adopta en los sistemas constitucionales y convencionales como una forma de humanizar la actividad del juez y de dar un tratamiento igualmente digno a los sujetos que reclaman el goce de sus derechos humanos. Este principio ordena aplicar la norma menos restrictiva y la más favorable a la persona, no importa si la norma hace parte o no del derecho internacional, pues lo que importa es su dignidad. En el mismo sentido el principio pro persona establece que en caso de dos interpretaciones posibles deberá escogerse la interpretación que mejor desarrolle la Convención y, en caso de existir otra norma más favorable que la misma Convención, deberá preferirse la norma no convencional.

## El canon hermenéutico y la garantía de los derechos en Colombia

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, el juez constitucional adquiere un papel protagónico en la defensa de los derechos, tarea que poco a poco fue tomando un matiz liberal y alejándose de un dogmatismo legalista absolutamente arraigado. La Corte Constitucional propició dicho cambio de paradigma y consolidó un sistema de precedentes, lo cual le permitía justificar las facultades que el nuevo juez había adquirido.

Ese papel activo fue criticado desde diferentes orillas, pero la Corte Constitucional respondió a ellas de forma mesurada, actitud que apaciguó los ánimos en ese sentido. La independencia judicial, la visión del interés general, la eficacia de los derechos humanos y fundamentales, eran su escudo.

A la vez, las normas constitucionales remisorias a los tratados y convenios internacionales de derechos humanos impulsaron aún más ese carácter libertario de los jueces, pues abrían el espacio sustantivo y hermenéutico para su actuación. "Así, en muchas ocasiones, la Corte Constitucional colombiana ha sido crítica porque, en vez de limitarse a interpretar estrictamente la norma constitucional, se habría dedicado a legislar" (Uprimny, 2001, p. 456)

Una de esas normas remisorias es el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, el cual reza:

> Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de excepción, prevalecen en el orden interno.
>
> Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

A partir de esta disposición, se puede establecer que: i) los tratados y convenios internacionales que aborden derechos humanos tienen una prevalencia especial en el orden interno, esto es lo que la doctrina constitucional ha denominado el núcleo duro de los derechos y, ii) fija un canon hermenéutico, el cual ordena interpretar de conformidad con dichos tratados. Pero el único sentido

razonable, dice Uprimny, refiriéndose a la prevalencia de los derechos humanos en el orden interno, es que estos forman con el resto del texto constitucional el denominado "bloque de constitucionalidad".

Sólo de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución (C.P. art. 4) con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (C.P. art. 93)

Es precisamente el criterio de prevalencia y el mandato de interpretación conforme con los tratados internacionales sobre derechos humanos el que faculta al juez para interpretar y decidir en perspectiva de esos derechos. Su obligación principal es velar por mantener la vigencia y la integridad del sistema constitucional y garantizar el goce efectivo de los derechos.

Con esa integración normativa podría pensarse que lo que realmente está en riesgo es la soberanía jurídica del Estado colombiano, más aun cuando la Constitución Política consagra en el artículo 230 que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la Ley; pero no debe entenderse de esa manera, pues el mecanismo mediante el cual se introduce esta figura es el bloque de constitucionalidad, figura que no simplemente hace una remisión a normas de derecho internacional de los derechos humanos sino que las integra al ordenamiento jurídico nacional previa autorización de la Constitución.

Recordando la Sentencia C- 225 de 1995 (Corte constitucional colombiana), el bloque de constitucionalidad:

> (...) está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.

Más adelante, la misma Corte señaló que los derechos y deberes consagrados en la Carta y en las demás formas jurídicas deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

La interpretación conforme establece en ese sentido: i) la adecuación o a la actualización de las normas constitucionales según los tratados de derechos humanos; ii) la complementariedad de los sistemas y; iii), la observancia del principio pro persona (pro homine o de favorabilidad).

La primera exigencia está vinculada a la necesidad de mantener una coherencia y una consistencia constante entre los órdenes internos y el derecho internacional, lo que en la práctica podría significar tanto la exclusión como la creación de normas en el ordenamiento jurídico interno del Estado Colombiano.

La segunda exigencia indica una constante colaboración entre los sistemas vía complementariedad, es decir, esa colaboración es recíproca, y en esa perspectiva, el sistema internacional y el sistema interno se necesitan mutuamente, tanto desde el nivel sustantivo como desde el nivel interpretativo. Finalmente, cualquier interpretación que se haga en función de los derechos humanos debe estar orientada a la que mejor desarrolle y garantice los derechos de la persona humana.

Respecto a la última exigencia, la Corte señaló que entre dos interpretaciones posibles de una norma debe preferirse aquella que mejor desarrolle o armonice con el derecho internacional de los derechos humanos, así como con el derecho interno si éste se ajusta a aquél; además precisó que dicha interpretación debía realizarse dentro del respeto del principio pro homine. De la misma forma, en sentencia T - 284 de 2006, definiendo el principio pro homine, la Corte expresó:

El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.

Nueve años antes, en Sentencia C-251 de 1997, ya la Corte había establecido dicho criterio hermenéutico con el siguiente tenor:

> Esta regla interpretativa ha sido denominada por la doctrina como la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan estos derechos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. Esta regla, cuya constitucionalidad y carácter vinculante en el ordenamiento colombiano ya ha sido reconocida por esta Corte en relación con otros convenios de derechos humanos, muestra además que el objeto del presente Protocolo no es disminuir sino aumentar las protecciones brindadas a los derechos económicos, sociales y culturales.

La Corte ha hecho referencia a la necesidad de dicha cláusula de favorabilidad en la interpretación de los tratados y convenios de derechos humanos ratificados por Colombia y su aplicación frente a los mandatos constitucionales y frente al goce efectivo de los derechos. Ha señalado igualmente que frente a dichos instrumentos pueden prevalecer las normas constitucionales si estas ofrecen mayores garantías de protección.

Uprimny reitera los problemas de interpretación que surgen en ese contexto de integración normativa, sobre todo si la cuestión versa sobre un tema de derechos humanos y principios constitucionales. Lo anterior puede presentarse, por ejemplo, entre la pretendida universalidad de los derechos humanos y el principio de diversidad étnica y cultural (en palabras de Uprimny: entre el "universalismo axiológico y el relativismo cultural").

La Corte Constitucional de Colombia, en el reto de proteger la riqueza cultural de la Nación, ha insistido en la necesidad de observar el principio pro persona en la protección de los derechos de los pueblos étnicos (indígenas y afrodescendientes), lo cual es digno de resaltar porque, como se ha venido expresando a lo largo de este trabajo, los derechos humanos exigen apremiantemente la incorporación de mecanismos orgánicos, procedimentales y hermenéuticos con el fin de lograr su vigencia. Las minorías étnicas encuentran así un enfoque colectivo amplio, que en cierta medida ayuda a contener la fuerza del individualismo ilustrado que los amenaza.

La especial protección que la Constitución consagra en relación con las minorías étnicas permite la realización de otros derechos, algunos de ellos fundamentales, como por ejemplo el derecho a la participación, y por esa vía la consulta previa, libre e informada. La protección de estos derechos se activa cuando las comunidades étnicas se sienten amenazadas por la intervención o injerencia del Estado (injerencia con pretensiones económicas, sobre todo).

El peligro de afectar a esas colectividades puede concretarse a tal punto de desaparecerlas, por lo que se hace imperativa la necesidad de establecer previamente la alternativa menos lesiva en aquellos eventos que:

> "(i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros". (Sentencia T-129 de 2011).

Ahora bien, ¿pude suceder que una vez garantizada la participación de una forma consciente y libre de las comunidades, y una vez identificada la injerencia menos lesiva, siga persistiendo un peligro para la existencia de las mismas? La respuesta es afirmativa. Aun estando seguros que la alternativa escogida es la menos lesiva, esta puede ser de tal grado que sea inviable su materialización por los efectos negativos que tendría para la subsistencia de dichas colectividades.

En este escenario, con la seguridad de que la intervención conllevaría al aniquilamiento del grupo o de sus formas de existencia, *"prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine".*

En lo relativo a este punto, el principio de interpretación pro homine impone la aplicación de las normas jurídicas que sean más favorables al ser humano y sus derechos; en otras palabras, la imposición de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución. Este principio está contemplado en los artículos 1° y 2° Superiores, puesto que

en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado Social y Democrático de Derecho.

Así mismo, es un fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, por parte de todas las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades. (Sentencia T-129 de 2011).

Recientemente, en Auto 073/14, sobre medidas de prevención, protección y atención de comunidades afrodescendientes de la región pacífica de Nariño, la Corte Constitucional señala que en cada caso concreto y de acuerdo al contexto de cada pueblo, en aquellas comunidades, pueblos o nacionalidades en que se presenten las siguientes situaciones, será necesario buscar el consentimiento previo, libre e informado:

> (i) el traslado o desplazamiento de la población por la obra o proyecto; (ii) esté relacionada con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos, o (iii) represente un alto impacto social, cultural o ambiental para la comunidad étnica que conlleve a poner en riesgo su existencia, será obligatoria la búsqueda del consentimiento previo, libre e informado para explorar alternativas menos lesivas.

Y continúa diciendo la Corte:

> "en caso de probarse que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento del grupo, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine".

Los anteriores pronunciamientos reflejan la adopción por parte de la Corte de un nuevo canon hermenéutico, representado en la interpretación conforme y en el principio pro persona, alrededor de la pretensión de garantizar los derechos de los pueblos étnicos. En efecto, cuando el Estado decide intervenir los territorios, las colectividades étnicas deben ser consultadas buscando su consentimiento libre, y buscando al mismo tiempo la alternativa menos lesiva. Si la amenaza sigue persistiendo, se privilegiará la interpretación bajo el principio pro persona.

## Conclusiones

La adopción y la integración de instrumentos sustantivos (Convención), procedimentales y hermenéuticos (jurisprudencia) al derecho de la Constitución, fue el primer paso para la protección de los derechos humanos y fundamentales. En este orden de ideas, las autoridades legislativas, ejecutivas, judiciales y autónomas, alrededor del tema de los derechos apelan a nuevas normas y a nuevas formas de interpretación.

Así, las autoridades replantean su actuación en pro de la defensa de la integridad de las normas convencionales y de la misma Constitución, y con ello el logro de la vigencia y eficacia de los derechos humanos y fundamentales.

En el contexto de los derechos humanos aparece, como se dijo líneas atrás, un nuevo canon hermenéutico para interpretar los derechos. La cláusula de interpretación conforme hace parte de ese nuevo canon. Esta nueva forma de interpretar los derechos ordena que la interpretación de las normas del derecho interno debe realizare de conformidad con las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos.

Con ese alcance, la interpretación conforme no tiene otra pretensión que la eficacia de los derechos y la vigencia de la Convención. En efecto, en el tema de los derechos humanos la interpretación debe estar sujeta a las disposiciones internacionales que establecen garantías plenas para la vigencia de los derechos humanos.

La Constitución de 1991 establece esa posibilidad de apertura sustantiva y a la vez hermenéutica, presupuesto que faculta a las autoridades convencionales para interpretar y decidir en perspectiva de la persona humana.

La interpretación conforme está dirigida a la concreción de la eficacia interpretativa y material de los derechos humanos y fundamentales. En esa perspectiva, la Corte Constitucional colombiana señaló que los derechos y deberes reconocidos en la Constitución deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos.

La interpretación conforme puede ordenar tres cosas principalmente: 1. La adecuación o a la actualización de las normas cons-

titucionales al derecho internacional de los derechos humanos. 2. La función no excluyente y complementaria de los sistemas y 3. La observancia del principio pro persona (pro homine o de favorabiliad) en la aplicación o interpretación de la norma.

De conformidad con el punto tres, el principio pro persona orienta una interpretación menos restrictiva de los derechos y más favorable a los derechos humanos. Establece a la vez que en caso de existir dos o más normas que orienten interpretaciones distintas, se deberá hacer prevalecer la que mejor desarrolle el principio en mención.

Este principio emana justamente del objeto y fin de los tratados internacionales de derechos humanos, es decir, del ser humano. Lo anterior significa que el ser humano retoma una posición que el formalismo le había arrebatado. Ahora el ser humano es el centro de atención de los Estados y del derecho internacional, por lo que, con justificación, la interpretación debe realizarse teniendo presente esa nueva situación.

El principio pro persona en este sentido pude desarrollarse en la interpretación ceñida a los tratados y convenios internacionales de derechos humanos o, en su defecto, en la preferencia de otros instrumentos que no necesariamente se encuentra fuera del ámbito nacional; puede ser que la disposición más favorable o la interpretación más razonable se encuentre en el orden interno. En realidad, no importa a que sistema pertenezca la norma, lo que interesa de verdad es que ésta sea la más favorable para la persona.

## Referencias Bibliográficas

Alexy, R. (1989). Teoría de la Argumentación Jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Alexy R, (1995). Teoría del Discurso y Derechos Humanos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Alexy, R. (2012). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Arango, R. (1999). ¿Hay respuestas correctas en el derecho? Bogotá: Siglo de Hombre editores.

Atienza, M. (1996) Derecho y Argumentación. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Atienza, M. (2005). Las razones del derecho. Teoría de la Argumentación Jurídica. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Serie Doctrina Jurídica No. 134.

Atienza, M. (2013). Curso de Argumentación jurídica. Madrid: Trota.

Castañeda, M. (2015). El principio pro persona. Experiencias y expectativas. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Corte Constitucional de Colombia Auto 005 de 2009

_____ Auto 073 de 2014.

_____ Sentencia C-251/97.

_____ Sentencia C-582 de 1999.

_____ Sentencia C-551 de 2003.

_____ Sentencia T-025 de 2004.

_____ Sentencia T-725/04

_____ Sentencia C-187/06

_____ Sentencia T-284/06.

_____ Sentencia C-376/10.

_____ Sentencia T-129 de 2011).

_____ Sentencia T-236/12.

Dworkin, R. (1992). El Imperio de la Justicia. Barcelona: Gedisa.

Dworkin, R. (1997). Los Derechos en Serio. Barcelona: Ariel.

García, A. (1991). Teoría de los Derechos Humanos. México: Universidad Autónoma de Sinaloa.

Hart, H.L.A. (1995). El Concepto de Derecho. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.

Mejía, O. (2009). El Estatuto Epistemológico de la Filosofía del Derecho Contemporáneo. Bogotá: Editorial Ibáñez.

Moreso, J. (1997). La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Nino, C. (1994). Derecho, moral y política. Una revisión general de la teoría general del derecho. Barcelona: Ariel.

Perelman, Ch., y Obrechts -Tyteca, L. (1989). Tratado de la Argumentación. Madrid: Editorial Gredos.

Recasens Siches, L. (1986). Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. México: Porrúa.

Rodríguez, A. (2001). Integración europea y derechos fundamentales. Madrid: Civitas.

Rodríguez, M. (2005). Minorías, Acción Pública de Inconstitucionalidad y Democracia
Deliberativa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Uprimny, R. (1991). El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. En: Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional. Bogotá: Oficina del Alto comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Uprimny, R. (1998). La Universalidad de los Derechos Humanos: Conflictos de derechos, conceptos de democracia e interpretación jurídica. En Pensamiento Jurídico Nro. 9. Bogotá: Universidad Nacional.

Uprimny, R. (2001). El Dilema de la Interpretación Constitucional. En: Jurisdicción constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas. Bogotá: Fundanción Konrad Adenauer y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Uprimny, R. (2008). Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatu-

ra, Sala Administrativa. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Uprimny, R. (2004), Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal, en Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

Zagrebelsky, G. (1995). El derecho dúctil. Madrid: Trotta.

# POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EL BUEN GOBIERNO Y LUCHA ANTICORRUPCIÓN.

Ronald Edgardo Cuenca Tovar

## Introducción.

Dentro de la sociedad actual mucho se ha dicho en cuanto a los problemas que aquejan al gobierno y se esgrima la idea que este debe ser un "buen gobierno", y allí surge una pregunta ¿ qué se debe entender por un buen gobierno?, esta cuestión no se ha estudiado mucho, por ello el objetivo central del presente artículo va a ser dar respuesta o por lo menos luces al interrogante planteado y una vez respondido o aclarado se abordará el tema de la lucha contra la corrupción como pilar fundante de un buen gobierno.

Este escrito pretende precisar y aclarar el concepto de "buen gobierno" utilizado frecuentemente por organismos internacionales como nacionales, sin conocer las implicaciones y elementos de este; y una vez aclarado el concepto de "buen gobierno" se entrará a establecer su relación con las políticas de lucha contra la corrupción, como medio para alcanzar finalmente un buen gobierno.

Es por ello que se abordará esta cuestión desde un punto de vista teórico y conceptual, lo que permitiría un entendimiento holístico de la cuestión, para que de esta manera se pueda estructurar un análisis completo tanto desde el punto de vista conceptual como de sus efectos en cuento al buen gobierno, las características de este y los elementos que deben existir para que este surja de manera adecuada. Por ello para iniciar el presente análisis lo fundamental seria aclarar el concepto y alcance de "buen gobierno", tal y como se verá a continuación.

## ¿Qué es y que constituye un buen gobierno?

Alrededor del mundo los ciudadanos de todos los países poseen características comunes en cuanto a las expectativas que poseen de sus respectivos Gobiernos, como lo sería la procura de más y mejores servicios y a la par la exigencia de eficiencia en la gestión del gasto público en inversión social (Desarrollo, 2014); lo que

implica la existencia de transparencia en sus actuaciones lo que significaría la existencia de valores éticos al interior del buen gobierno; por ello al hablar de ética se debe de justicia, debido a que se debe decidir entre lo que está bien y lo que está mal, es definir cómo aplicar reglas que fomenten un comportamiento responsable tanto individual como grupal (Connock, 1995).

Lo que se puede entender como la capacidad que tiene cada persona dentro de sus valores, para tomar en cuenta al momento de tomar las decisiones que afectan diferentes ámbitos del grupo social como desde el punto de vista individual.

Es así como un hombre con principios éticos en lo público debe ser considerado un "hombre institución", lo que significa la mejora de la credibilidad y transparencia de una institución pública como lo sería el gobierno, que estaría inexorablemente relacionada con la conducta ética y moral de los individuos que lo integran (Bautista, 2007), de lo que se puede entender que las instituciones públicas como el Gobierno son el vivo reflejo de las personas que lo componen, por lo tanto la credibilidad del Gobierno dependerá de sus miembros.

Una vez se logre este cambio al interior de las personas que componen el Gobierno ya se puede ir construyendo un buen Gobierno, entendido este como el único capaz de construir paz, prosperidad y una sociedad verdaderamente democrática (United Nations Online Network in Public Administration and finance, 2007), pero uno de los problemas que entorpece este fin es la existencia de la corrupción al interior del Gobierno debido a la ausencia de tanto principios éticos como morales de sus funcionarios tal y como se explicó en el anterior aparte.

Esta situación afecta la confianza y credibilidad en el Gobierno, lo que deriva en la incapacidad del Gobierno en Cumplir las expectativas de sus ciudadanos, con miembros del Gobierno que actuaran en interés público de forma eficiente para así lograr la consecución de objetivos comunes. Y si se cumplieren estas expectativas ciudadanas el efecto sería inmediato en el aumento en participación ciudadana en la toma de decisiones gubernamentales.

La problemática de la existencia de la corrupción política como obstáculo para la consecución de un "buen Gobierno" se ve en los orígenes del mismo concepto; que nació a raíz de un estudio reali-

zado por el Banco mundial sobre la crisis y el crecimiento sostenido en el África Subsahariana y la importancia del buen Gobierno en el desarrollo económico.

Del estudio realizado se determinó que la causa del fracaso de las políticas públicas era el mal gobierno, que dificultó las necesarias inversiones extranjeras; dentro de este informe además se determinaron características de un mal gobierno como lo son:

> "a). la falta de responsabilidad y de una rendición de cuentas de los poderes públicos;
> b). la falta de transparencia;
> c). la escaza capacidad de previsión de los políticos y funcionarios y
> d). la ausencia del Estado de derecho". (Alberdi, 2016).

Después de haber establecido las características de un mal gobierno, mediante una interpretación opuesta a estas se pueden encontrar las características fundamentales de lo que es un buen gobierno así:

**a)Participación:** cuando se habla de participación como parte fundamental del buen gobierno, se habla tanto de participación directa e indirecta en la cual no exista ningún tipo de discriminación. Pero esta participación debe ir acompañada de la adecuada información a los ciudadanos de los mecanismos existentes para que esta será organizada y efectiva.

**b)Legalidad:** Tal y como se señaló anteriormente con la simple participación no basta, sino que esta debe constar con la legalidad, lo que significa la existencia de un compendio de leyes las cuales deben ser la máxima interpretación de lo justo dentro de la sociedad a la cual se va a aplicar, para que sea efectiva esta legalidad es necesaria que exista un poder judicial independiente e imparcial y de una fuerza pública incorruptible.

**c)Transparencia:** Este principio se hace referencia a que las decisiones que se tomen al interior del Gobierno sigan las leyes establecidas y las normas, para lo cual la ciudadanía sería la propia veedora de las decisiones controlando la actuación del Gobierno, lo que impone la necesidad de mecanismos tecnológicos que permitan a la ciudadanía el acceso a la información y esta sea fácil de comprender y analizar; con el fin de ejercer el control deseado garantizando así la transparencia.

**d)Responsabilidad:** cualquier interpretación de buen gobierno debe estar acompañado por la responsabilidad; entendiendo responsabilidad como la atención a todos los grupos culturales, étnicos, raciales o de cualquier tipo de manera oportuna y pronta atendiendo sus peticiones y necesidades, dentro de unos parámetros mínimos de calidad y prevención de la acusación de daños con su actuar, que conllevaran a una reparación.

**e)Consenso:** Un buen gobierno nunca debe tomar decisiones sin tener en cuenta los diferentes puntos de vista existentes en la sociedad. Por su puesto no se está hablando que todos los grupos deben estar de acuerdo plenamente con las decisiones, pero sí que tengan la posibilidad de emitir su opinión y esta sea tenida en cuenta y que estos diversos grupos posean diferentes herramientas jurídicas para poder controvertir las decisiones en caso de desacuerdo. Garantizando de esta manera un conceso o por lo menos armonía en las decisiones adoptadas por el Gobierno.

**f)Equidad:** una sociedad acorde con los principios de buen gobierno debe asegurar a todos sus miembros sin importar distinción alguna una adecuada participación dentro del Gobierno y dentro de la toma de decisiones, para garantizar que no exista ningún tipo de exclusión, dando prioridad a los grupos minoritarios por ser estos generalmente los más vulnerables, garantizando así paulatinamente el tránsito desde un Estado Social de Derecho a uno de Bienestar.

**g)Eficiencia y Eficacia:** esta característica va a ser el medio para garantizar el cumplimiento de las demás características ya mencionadas, porque a través de la eficiencia y eficacia el Gobierno y las instituciones aseguran que los resultados esperados por la comunidad se lleven a cabo sin demora o incertidumbre en cuanto a su ejecución, utilizando de la mejor forma posible los recursos disponibles. Igualmente, esta característica asegura la protección y la utilización de forma sostenible los recursos.

**h)Sensibilidad:** esta característica es fundamental para la existencia de un buen gobierno, porque todas las decisiones gubernamentales deben ser sensibles a las demandas del público y a sus grupos de interés. Un Gobierno es sensible en la medida que conozca los efectos que la decisión tomada sobre la población a la que se aplicará, por ello la sensibilidad deberá existir de la mano con la transparencia y el seguimiento de la Ley. (United Nations Economic and Social Commission for Asia and the pacific, 2009).

De lo anterior se puede lograr una definición de "buen Gobierno", como el Gobierno en el cual la corrupción es mínima, en el que, durante el proceso de toma de decisiones, tiene en cuenta a las minorías y sus peticiones, así como la voz de los más desfavorecidos y que trabaja por las necesidades presentes y futuras de la sociedad. (United Nations Economic and Social Commission for Asia and the pacific, 2009).

Pero es necesario tener claro que no se puede confundir el concepto de "buen Gobierno", con el de "Gobernanza", este último concepto es tan antiguo como la civilización misma, se entiende por gobernanza como:

> "el proceso de toma de decisiones y el proceso por el que las decisiones son implementadas, o no. El término gobernanza puede ser utilizado en diferentes contextos, como por ejemplo gobernanza corporativa, gobernanza internaciones, gobernanza nacional y gobernanza local" (United Nations Economic and Social Commission for Asia and the pacific, 2009).

Es así como la gobernanza se debe entender como el proceso de toma de decisiones y el proceso por el que estas decisiones son implementadas o llevadas a cabo. El análisis de la gobernanza se centra en los actores, formales e informales, que van a estar involucrados en cada una de los procedimientos para tomar estas decisiones.

En cambio, el buen gobierno son los estándares de transparencia, participación, eficiencia y equidad, los cuales deben acompañar dichas decisiones; para mejor comprensión la gobernanza seria meramente el conjunto de los factores procesales de la decisión, y en cambio cuando se habla de buen gobierno se hace relación a los factores sustanciales de la toma de esa decisión, los cuales deben poseer las características mínimas ya señaladas anteriormente para ser consideradas propias de un buen gobierno.

Por lo tanto, el buen Gobierno implica como fin superior u objetivo general, la transparencia lo que significa la participación ciudadana, es brindar confianza a los gobernados de sus gobernantes (T.A, 2004).

Es así como el ciudadano debe ser protagonista por excelencia

de la vida política, este ideal solo se puede ver entorpecido por la corrupción en todos sus niveles, este mal puede hacer que los servidores públicos olviden que la prioridad de un buen Gobierno es la transparencia y la participación ciudadana entendida esta no solamente como la posibilidad que tiene los ciudadanos para elegir a sus gobernantes, sino también en sentido más extenso a la capacidad que tienen para ejercer un control fiscalizador sobre la actuación del mismo Gobierno (Rodriguez Arana, 2006).

Si se desea la consecución de un Buen gobierno, es necesario luchar contra su principal enemigo la corrupción, no basta con socializar los problemas que trae consigo la corrupción tanto en la ciudadanía, sector privado y público, sino que se debe ir más allá y empezar a entrenar a los funcionarios públicos en el comportamiento ético a todos los niveles, en la elaboración de leyes actividad propia del órgano legislativo, en el desarrollo de políticas públicas adecuadas para combatir y educar a la ciudadanía de esta grave problemática e instruir a los funcionarios en la toma de decisiones. Se trataría de integrar el bien, la norma y la virtud según el "realismo ético" (Guillen Parra, 2005).

Para recuperar la confianza de la ciudadanía en las instituciones gubernamentales no es a través de la implementación y creación de controles desmedidos de los funcionarios, debido a que aparte que no son muy eficientes en la lucha contra la corrupción volverían el sistema gubernamental aún más burocrático y tedioso en sus procedimientos, por ese motivo este incremento de controles no sería el mecanismo idóneo de lucha por que no impedirían la comisión del delito.

En cambio, si se logra la sensibilización de la conducta censurable como lo es la corrupción, se llegaría al establecimiento de principios internos para impedir que los funcionarios realicen conductas contrarias a la ética (Bautista, 2007, (Pág. 1), por que pretender imponer a la fuerza una determinada conducta mediante la amenaza constante de un castigo no sería la solución porque *"el derecho puede imponerse desde fuera, no así la moral"* (Cortina, 1998, Pág. 197).

La salida al problema siempre va a ser la concientización y sensibilización del hecho punible al actor de la conducta, hacerle conocer los efectos tanto para él y la sociedad de su actuar y establecer el porqué de su actuar si es un problema de valores éticos o un problema social.

Porque al ser el Gobierno el garante de los derechos de los ciudadanos es el responsable máximo de su salva guarda y recae sobre la la obligación de contar con unos funcionarios con formación ética idónea para la tarea, lo que significa que todos los funcionarios gubernamentales tendrían la capacidad de juicio para entrar a establecer sin duda la diferencia entre el bien y el mal.

La formación ética es vital para los funcionarios del Gobierno debido a que son los componentes que hacen un todo que el Gobierno y si ellos poseen una formación y educación ética por ende el propio organismo al cual hacen parte la tendrá al ser estos funcionarios el motor que pone en marcha los organismos (Bautista, 2007).

Justamente la ausencia de estos valores éticos es la causa de la desconfianza y falta de credibilidad que existe actualmente en los Gobiernos, lo que deriva en falta de interés de los ciudadanos en esta, lo que a su vez propicia la presentación de comportamientos antiéticos como lo es la corrupción, creando la percepción de un mal Gobierno, problema que se hace extensivo a los dos tipos de personas que participan dentro del Gobierno como lo son políticos y funcionarios, los cuales tienen por objetivo servir a la sociedad que deposita una finalidad como lo es el bien común.

Para cumplir con esta función depositada por la sociedad se necesita contar con funcionarios y políticos responsables en la toma de decisiones y en su actuar para con la comunidad.

La ética al interior de los funcionarios del Gobierno se refleja diariamente cuando se encuentra frente a dilemas éticos los cuales dependiendo de su grado de complejidad serán resultas en pocos instantes o requerirán de una profunda reflexión y análisis, en estos momento de profundo análisis acude a ayudar al funcionario el sentido común que contiene los principios básicos que permiten discernir cual sería la decisión correcta en determinado momento (Bautista, 2007, Pág.2), dependiendo de la escala de valores que posea cada persona lo que permite interpretar la situación independientemente y de la manera más objetiva posible llegando así a las soluciones más adecuadas.

De esta manera la ética pública se tendría que inculcar desde un primer momento al servidor público con la finalidad de brindarle un conocimiento que le permita actuar correctamente.

De esta manera resulta claro afirmar que sería imposible que las penas o acciones externas al individuo, como lo serían sanciones más severas en casos de corrupción o penas más elevadas no ayudaran o no serían el mecanismo idóneo para combatir las actuaciones antiéticas, la mejor y más efectiva forma sería que los mismo funcionarios públicos cultivaran y se esforzaran con la comprensión y asimilación interna de los principios éticos que conllevarían a un buen gobierno, así el pensamiento de buen gobierno surgiría del individuo sin necesidad de presión alguna como fruto de la educación recibida, lo que derivaría en autocontrol mediante el uso correcto de la razón con una idea de bien común y ética pública entendida como:

> "la Ética que señala principios y normas para ser aplicados en la conducta del hombre que desempeña una función pública. Se concibe como un área de conocimiento de contenido universal que agrupa valores y virtudes orientadas por el espíritu del servicio público y tiene como fuente básica la evolución humana (Bautista, 2007, Pág.3)".

Así la ética pública se centra en la formación ética de los funcionarios públicos, inculcándole valores y principios propios de la función pública, limitando las aspiraciones propios o individualistas, y reorientando estas inclinaciones a un servicio público ideal, pero este comportamiento ético debe partir desde los gobernantes e ir extendiéndose hasta el último funcionario del gobierno, si los gobernantes desvían su actuar a comportamientos antiéticos, les resultaría imposible exigirle a sus subalternos o demás funcionarios públicos un comportamiento ético, por este motivo la ética pública debe enseñarse y concientizarse para lograr su adecuada interiorización desde los gobernantes en adelante, con el fin de lograr la existencia de un servidor público que no actué en aras de lograr intereses particulares sino por el contrario actué en aras de lograr el tan ansiado bien común y así lograr un beneficio para toda la sociedad y por fin se presente un "buen Gobierno", generando confianza y tranquilidad en sus instituciones públicas a la ciudadanía.

## Códigos de buen gobierno desde el punto de vista internacional.

El auge de las políticas para asegurar el buen Gobierno fue impulsado inicialmente por parte de las Naciones Unidas a través de la

UNPAN (United Nations Online Network in Public Administration and Finance), debido a la pérdida de confianza que en los últimos años se ha presentado de la ciudadanía hacia los Gobiernos.

El principal reto con que pretende abordar los Códigos de Buen Gobierno es recuperar la confianza de los ciudadanos en la capacidad de los Gobiernos para asegurar la estabilidad económica, el acceso al trabajo y la prestación de los servicios públicos, ya que en la medida en que no se afrente el problema de pérdida de confianza en las instituciones públicas puede producir estructuras socioeconómicas débiles e instituciones democráticas ineficaces (XV Congreso Nacional de etica de la economia y de las organizaciones, 2007).

Para conseguir la restauración de la confianza social en las instituciones públicas es necesario lograr un consenso social sobre los valores colectivos y de que las expectativas de los ciudadanos se cumplan (XV Congreso Nacional de etica de la economia y de las organizaciones, 2007).

Dichas expectativas como la seguridad pública, bienestar social, políticas anticorrupción, trasparencia y eficacia en la actuación pública, todo orientado a la consecución del bien común. Cuando los ciudadanos perciben una situación de zozobra e inestabilidad y falta de trasparencia en el Gobierno, provocan falta de iniciativa y voluntad participativa en las decisiones públicas, lo que debilita el progreso y la voluntad de conseguir los objetivos sociales.

Para que se presente un buen gobierno no sólo basta con hacer ajustes desde el punto de vista estatal, sino que es necesario la presencia de estas políticas en diferentes niveles de la sociedad como en la organización administrativa del Estado, en lo público que tiende a unir intereses compartidos tanto de los ciudadanos como del sector privado armonizando los intereses individuales para que no interfieran dentro de las esferas personales de otros ciudadanos y así evitar el conflicto (Benavides Delgado, 2006).

Los anteriores tres aspectos deben operar en perfecto equilibrio porque en el evento de romper este delicado balance generaría pérdida de la confianza, todos deben actuar conjuntamente sin obstáculo o interferencia alguna. En la medida que se presenta un buen gobierno se fortalece la democracia y los derechos humanos, asegurando la prosperidad y la cohesión social, es por ello que es-

tos principios fundantes del buen gobierno se diseminaron alrededor del mundo en las expresiones que se exponen a continuación.

## Estados Unidos

Desde los años 70, más exactamente en 1978, se empezó a hablar del "Buen Gobierno" mediante la Ley de ética en el Gobierno, posteriormente en 1989 mediante la orden ejecutiva 12674, la cual fue reformada en el año de 2002, se incluyeron principios de conducta ética para los funcionarios y empleados del Gobierno de Estados Unidos las cuales son muy precisas y extensas (XV Congreso Nacional de ética de la economía y de las organizaciones, 2007).

Adicionalmente a las normas de conducta Federal se encuentran las estatales propias de cada estado, pero siempre teniendo como punto de partida o fundamento las Nacionales.

## Rusia.

En el año 2002 Rusia, promulgo un Código de Conducta el cual tiene como destinatarios los funcionarios de la Federación Rusa, tal y como sucede en Estados Unidos este código nacional sirve como punto de partida para redactar y ser complementado por las disposiciones que puedan emanar de cada Estado Federal (XV Congreso Nacional de etica de la economia y de las organizaciones, 2007).

Este Código tiene como finalidad incentivar la confianza ciudadana en las instituciones gubernamentales, a través de prevenir la corrupción en cualquier nivel, por ser este fenómeno la causa de atraso de cualquier país. Esta ley promulgada en el 2002 fue objeto de modificación en el año 2004 en relación con los conflictos de intereses y el control a través de una Comisión especial para prevenir la corrupción.

## Países de Oriente y Oceanía.

En Japón, Nueva Zelanda y Australia no existe un código general de Buen Gobierno tal y como ocurre en Estados Unidos y Rusia, sino que existen diferentes códigos de Buen Gobierno diseminado al interior de cada una de las Agencias gubernamentales, Ministerios y Dependencias del Gobierno (XV Congreso Nacional de ética de la economía y de las organizaciones, 2007) como un mecanismo de descentralización de dichas políticas.

## Europa.

A nivel europeo el Consejo de Europa estableció en el año 2002 un modelo de Código de Conducta para empleados Públicos, brindando unos principios generales de comportamiento imponiendo unos estándares mínimos exigidos para todo funcionario público. A nivel europeo el país pionero de las políticas para el Buen Gobierno fue Reino Unido con la aprobación en 1996 un Código de Gestión para funcionarios públicos que fue reformado en 2006, además ha potenciado la elaboración de su "libro Blanco", el cual es una guía de formación de funcionarios públicos, motivación e implicación en la gestión gubernamental (XV Congreso Nacional de ética de la economía y de las organizaciones, 2007).

En España a través del boletín oficial del Estado se publicó el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprobaba el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado (AGE). Este Código fue complementado con la Ley 5/2006, de 10 de abril, que trata acerca de la regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y los altos cargos del (AGE).

El 12 de abril de 2007, se aprobó mediante la Ley 7/2007 el Estatuto del Empleado Público que en su capítulo VI (artículos 52 a 54), establece la necesidad de ir elaborando Códigos de conducta para todos los empleados públicos que incluyan una serie de principios éticos y de conducta. (XV Congreso Nacional de ética de la economía y de las organizaciones, 2007) Todo en procura de la realización de los principios básicos del Buen Gobierno.

## Iberoamérica.

A nivel Iberoamericano el Centro Latinoamericano de Administración para el desarrollo, elaboró el Código Iberoamericano de Buen Gobierno, y en el preámbulo manifiesta que el objetivo central de este Código en dignificar la practica publica dotándola de principios y valores, previniendo de esta manera el abuso de los recursos públicos para fines de interés partidista o particular; para que de esta manera se promueva el espíritu de pluralismo democrático y participación ciudadana.

Igualmente señala, las actuaciones consideradas inaceptables para todos los suscribientes como lo son:

> "1. Un Gobierno que ampare y facilite la corrupción.
> 2. Un Gobierno que dificulte el escrudiño público sobre su toma de decisiones.
> 3. Un Gobierno que no tome en cuenta las necesidades de sus ciudadanos.
> 4. Un Gobierno irresponsable que no rinda cuentas".

El objetivo central es salvaguardar los suscribientes ante las anteriores señas o características de mal Gobierno, a través de la promoción de las características de un Buen Gobierno, tal y como se encuentran consignadas en el Numeral 2 de los principios, así:

> "1. El respeto y reconocimiento de la dignidad de la persona humana.
> 2. La búsqueda permanente del interés General.
> 3. La aceptación explicita del gobierno del pueblo y la igualdad política de todos los ciudadanos y los pueblos.
> 4. El respeto y promoción de las instituciones del Estado de Derecho y la Justicia social."

De estas características el Código de Buen Gobierno llega a una definición de Buen Gobierno dentro del numeral 4 de los principios, como *"aquel que busca y promueve el interés general, la participación ciudadana, la equidad, la inclusión social y la lucha contra la pobreza, respetando todos los derechos humanos, los valores y procedimientos de la democracia y el Estado de Derecho*".

De esta manera se puede ver un avance importante a nivel Iberoamericano de las políticas públicas para el "Buen Gobierno", pero dicho Código es meramente enunciativo no estipula compromisos expresos de los firmantes, ni estable ningún tipo de sanciones en contra de los países que incumplan dichos presupuestos, ni tampoco establece mecanismos de control de la gestión. Lo que convierte al Código de "Buen Gobierno" en un compendio de meros valores o preceptos sin eficacia alguna.

## Colombia.

Las políticas públicas para el "Buen Gobierno" no son indiferentes dentro de las políticas públicas colombianas, reflejo de ellas a modo de ejemplo podemos encontrar parámetros de políticas públicas para el buen gobierno dentro de cada estamento del go-

bierno colombiano, como se encuentra dentro del Departamento Nacional de Planeación, Ministerios de Educación o la Superintendencia de Sociedades entre otras, pero como muestra de la existencia de políticas de buen gobierno se tomarán estas tres instituciones.

Tal y como ocurre en casos ya analizados de Japón, Australia y Nueva Zelanda, no existe un compendio o un solo cuerpo normativo que contenga todos los parámetros de políticas públicas, sino que se encuentra disperso al interior de cada una de las entidades, lo que implica ciertas modificaciones de objetivos y metas dentro de cada una de estas instituciones, lo que en ciertos casos podría ir en contra de la existencia de coherencia dentro de las políticas públicas para lograr un Buen Gobierno.

La falta de coherencia dentro de la orientación y consecución de los fines de un buen gobierno se puede ver dentro de cada uno de los entes que poseen diferentes versiones o entendimientos de buen gobierno. Como ejemplo de esta problemática se puede ver que dentro del Departamento Nacional de Planeación se habla muy someramente del buen gobierno como:

> "Uno de los mecanismos más efectivos para alcanzar la prosperidad democrática es el fortalecimiento institucional por medio del Buen Gobierno. El Buen Gobierno requiere de acciones concretas en el mejoramiento de la justicia, la lucha contra la corrupción, la observancia de los derechos humanos, la preservación del medio ambiente y la protección a la ciudadanía. Incluyendo el sector público y el privado por medio de la participación ciudadana y el sector empresarial con las manifestaciones de capital social e iniciativas de responsabilidad.
>
> Tiene como uno de sus objetivos implantar prácticas de transparencia por medio de: rendición de cuentas, un trabajo colectivo interinstitucional estatal, implementando y ejecutando esquemas de medición y seguimiento con resultados cuantificables para poder gobernar en una urna de cristal, con requisitos centrales tales como una buena gestión y pulcritud en el manejo de los recursos públicos, adicionalmente promover la participación privada en la financiación de los proyectos, promoviendo la participación ciudadana en el proceso de control de la ejecución de las políticas públicas" (Departamento Nacional de Planeación , 2016).

La anterior cita refleja los objetivos básicos del buen gobierno y expone las medidas o principios básicos que debe desarrollar el gobierno colombiano para conseguir la finalidad de crear una política pública sólida de Buen Gobierno, pero estos principios son meramente enunciativos no se encuentran desarrollados dentro de un cuerpo legal o normativo claro y específico.

Situación contraria ocurre dentro de la Súper Intendencia de Sociedades y el Ministerio de Educación, en los cuales en tema de normatividad o parámetros para la consecución de un Buen Gobierno se encuentra más desarrollado, tal y como se ve dentro del Código de Buen Gobierno de la Súper Intendencia de Sociedades del 25 de enero de 2013, dentro de este se encuentra mucho más desarrollado con la exposición de principios éticos, valores institucionales, directrices para los grupos de interés y políticas para la dirección de la entidad.

Igualmente, el Ministerio de Educación posee un Código de Ética y Buen Gobierno del año 2011 en el cual consagra las políticas para la dirección del Ministerio de Educación, políticas administrativas y de gestión, establece un comité de buen gobierno, resolución de controversias, indicadores de Buen Gobierno, promotor del Código de Ética y Buen Gobierno y los métodos de divulgación de dicho Código. Lo que demuestra un desarrollo aún mayor en la estructuración de una guía efectiva para lograr un Buen Gobierno, ya con órganos de vigilancia y control del Buen Gobierno.

El principal inconveniente en Colombia no es la inexistencia de políticas orientadas al Buen Gobierno sino es su dispersión dentro de diferentes organismos institucionales, lo ideal sería seguir y continuar con el espíritu unificador y compilador del Código Iberoamericano del Buen Gobierno, pero de una manera más específica y sistematizada, estableciendo principios generales, objetivos, metas, instrumentos de control y sistemas de verificación de su cumplimiento, y no sólo de manera enunciativa.

Haciéndolo obligatorio para todas las entidades de la administración pública con el fin de crear una unificación en cuanto a parámetros y procedimientos generales aplicados al Buen Gobierno, y así fomentar la participación ciudadana, la confianza en el Gobierno y la lucha contra la corrupción; tal y como lo establece también a nivel Europeo el Libro Blanco sobre la Gobernanza expedido por la Comisión Europea el 25 de julio de 2001, dentro del cual se establece los siguientes parámetros generales:

> "una buena gobernanza se basa en cinco principios acumulativos:
>
> Apertura: las instituciones europeas deben otorgar más importancia a la trasparencia y a la comunicación de sus decisiones;
> Participación: conviene implicar de forma más sistemática a los ciudadanos en la elaboración y aplicación de las políticas;
> Responsabilidad: es necesario clarificar el papel de cada uno en el proceso de toma de decisiones para que cada agente concernido asuma la responsabilidad del papel que se le ha atribuido;
> Eficacia: deben tomarse las decisiones a la escala y el momento apropiados, y estas deben producir los resultados buscados;
> Coherencia: las políticas que la Unión Europea lleva a cabo son extremadamente diversas y necesitan un esfuerzo continuo de coherencia".

De lo anterior se puede concluir que en Colombia se necesita la existencia de un código de Buen Gobierno aplicado a todos los estamentos gubernamentales, y no una serie de códigos o en ciertos casos de meros principios un poco difusos de Buen Gobierno, y que este Código no solo sea una mera enunciación de principios y objetivos generales sino que al igual que el Código de Buen Gobierno existente dentro del Ministerio de Educación, contenga instrumentos o herramientas que permitan ejercer la vigilancia y control no solo interno sino por parte de la propia ciudadanía con el fin de recuperar la confianza perdida en el Gobierno ya hace muchos años atrás, dichos mecanismos de control ciudadano deben ser electrónicos a través de la publicidad de todas las decisiones que adopte el Gobierno para su correspondiente socialización garantizando así la transparencia, y la paulatina disminución de la corrupción, tal y como más adelante se estudiará en profundidad.

## Lucha contra la corrupción y la consecución de un "Buen Gobierno".

Alrededor del mundo siempre la corrupción se ha manifestado como el principal obstáculo para la obtención de los fines del Estado impidiendo el adecuado desarrollo de los pueblos, impidiendo la construcción de un buen gobierno en favor de las diferentes colectividades, lo que ha derivado en la pérdida de confianza de los ciudadanos en sus gobiernos.

Por lo anterior es fundamental encontrar fórmulas institucionales que permitan luchar contra este terrible proceder que empobrece y sumerge en la desconfianza pueblos enteros, al favorecer la pobreza y el sentimiento de pérdida de confianza de los gobernados en los gobernantes, lo que significa un directo problema a la democracia y la estabilidad institucional.

Con el fin de abordar esta problemática a continuación se estudiará a profundidad los aspectos básicos de la corrupción y las herramientas que se pueden implementar para combatirla exitosamente, esto comprendido como una herramienta para la formación de un buen gobierno y la recuperación de la confianza en las instituciones gubernamentales.

## ¿Qué es la corrupción?

Antes de entrar a hablar de las medidas para prevenir la corrupción es necesario entrar a definirla, con el fin de tener plena claridad conceptual para lograr formular las medidas de prevención.

La definición más clásica de corrupción es dada por la Agencia Suiza para el desarrollo y la Cooperación (COSUDE) que la define como *"el abuso del poder público en beneficio propio"* (Agencia Suiza para el desarrollo y la Cooperación (COSUDE), 2006).

La Organización transparencia Internacional brinda una definición más completa, la define como el mal uso del poder encomendado para obtener beneficios particulares, de esta definición se puede extraer varios elementos como los son:

- El mal uso del poder
- Un poder encomendado que puede estar en el sector privado tanto como en el público.
- Un beneficio particular, referido a beneficios personales para la persona que hace mal uso del poder, incluyendo también a miembros de su familia inmediata y a sus amigos. (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2013).

Diferentes autores elaboran diferentes definiciones de corrupción dependiendo del aspecto en el que centran su estudio, por ejemplo, Josep Nye centra su atención en el cargo público y considera a la corrupción como un comportamiento que se aparta de las obligaciones normales de la función pública por motivos privados

(familia, entorno cercano, etc.); pecuniarios o de incremento del status (Moreno Ocampo, 1993).

Otros autores centran sus definiciones en aspectos como el interés público y la definen según lo afecten o no tal y como sucede con Carl Friedric que dice *"la corrupción es un comportamiento desviado asociado con una motivación particular, que es la del beneficio privado a costa del público"* (Moreno Ocampo, 1993) (Pág. 103).

De ahí las diferentes interpretaciones sobre la definición de corrupción, pero el común denominador de todas ellas está en el provecho propio ilícito lo que deriva en las características ya mencionadas, las cuales son constantes en todas las definiciones.

Una vez establecida la definición general de corrupción como "el abuso del poder público en beneficio propio" entendido como beneficio propio no sólo el beneficio para sí mismo sino también el beneficio extendido a su círculo familiar como personal. Es necesario aclarar que la corrupción puede tomar diferentes formas según el contexto cultural y local que se presente.

Nadie es inmune a este fenómeno, por eso es uno de los mayores problemas de los países en desarrollo como Colombia, que debido a esta problemática no es posible lograr objetivos del Estado Social de Derecho como lo es el bienestar común, la disminución de la pobreza y el desarrollo sostenible.

La gran parte de la corrupción se refiere, por regla general, a los funcionarios públicos de más alto grado que desvían recursos públicos o saquean recursos naturales en beneficio propio. La corrupción política hace referencia a la captura del Estado y el aprovechamiento ilegal por parte de movimientos políticos (Agencia Suiza para el desarrollo y la Cooperación (COSUDE), 2006).

Es así como la corrupción se convierte en un problema de gobernabilidad que se traduce en el fracaso de las instituciones públicas y en la incapacidad para manejar la sociedad con base en un sistema de control y equilibrio de orden social, jurídico, político y económico (Agencia Suiza para el desarrollo y la Cooperación (COSUDE), 2006).

Cuando se afectan estos sistemas formales e informales, es todavía más difícil aplicar y hacer cumplir las leyes y las políticas

que tiene como finalidad garantizar la trasparencia y el espíritu responsable de quienes ostentan el poder público, afectado la confianza pública en el Gobierno y entorpeciendo la consecución de los fines del Estado Social de Derecho.

Al interior del fenómeno de la corrupción existen diferentes escenarios de corrupción que se denomina la corrupción marginal y la corrupción estructural, cuando se habla de corrupción marginal se refieren a la forma más leve de corrupción en la cual los casos de corrupción son asilados y por regla general la ciudadanía respeta y acata la Ley y los organismos de control actúan con eficacia.

En contraposición a este tipo de corrupción se encuentra la corrupción estructural que es la más grave de los dos tipos y lastimosamente es la que más se presenta dentro de nuestra sociedad esta consiste en que la corrupción es culturalmente aceptada y permitida, los sobornos son una forma generalizada de resolver conflictos y los organismos de control no son efectivos y no muestran los resultados esperados (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2013) (Pág. 22).

La gravedad de la corrupción estructural se puede ver dentro de sus consecuencias como en la perdida de legitimidad del Gobierno, la equivocada asignación de recursos y que los recursos adecuadamente asignados no llegan a cumplir sus finalidades, los mejores negocios no dependen de las capacidades de las personas, sino de la influencia que se puede ejercer sobre los responsables de tomar las decisiones en los diferentes procesos de elección, se destruye el profesionalismo: el interés por el soborno reemplaza los criterios profesionales, las personas honestas quedan segregadas, marginadas y desanimadas y se pierde la previsibilidad sobre el futuro de la organización o del sistema (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2013).

## Mecanismos para prevenir la corrupción.

El fenómeno de la corrupción, no es un problema fácil de abordar ni de tratar por ende como se ha venido diciendo a los largo del presente escrito es necesario tratarlo y afrontarlo para así lograr un “Buen Gobierno”, pero para ello es necesario comprender la complejidad de este problema, debido a que la corrupción abarca tanto aspectos sociales, culturales, penales y políticos; por lo que la solución debe ser igual de compleja que el problema, logrando

de esta manera la integración y armonización de políticas que integran tanto políticas como prácticas punitivas con políticas y prácticas preventivas que contemplen todas las diferentes aristas del fenómeno de la corrupción.

## El impacto social de la corrupción.

En tiempos anteriores se entendía la corrupción como un delito sin víctimas que solo afectaba al Gobierno, pero que no tocaba ningún aspecto fundamental de la sociedad. Este pensamiento ha venido en tiempos recientes cambiando, dando una perspectiva más realista del grave problema que ello conlleva, como lo sería el incremento de la desigualdad social con el empobrecimiento de las clases menos favorecidas, alejándose cada más del ideal del Estado Social de Derecho, incrementando el descontento de la población y dando una imagen de la existencia de un mal gobierno.

Los efectos o consecuencias de la corrupción no se presentan de forma inmediata al igual que la mayoría de delitos, sino que generalmente vienen acompañados de otros hechos o situaciones que reflejan la falta de transparencia o la indebida desviación de recursos públicos y generalmente no suele existir una víctima directa sino muchas víctimas indirectas, como los usuarios de servicios públicos deficientes o la falta de servicios sanitarios, falta de recursos para educación contaminación etc. (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2013) (Pág. 44).

Esta situación afecta la percepción de los ciudadanos en la legitimidad que posee el gobierno lo que produce falta de confianza y de credibilidad en las instituciones, las que los ciudadanos las perciben como ineficientes y excesivamente costosas de las cuales no ven ninguna función efectiva.

## La transparencia como una solución.

La sanción penal como la única herramienta en contra de la corrupción no es efectiva debido a la complejidad del fenómeno de la corrupción; es necesario que la pena venga a acompañada de otras medidas para garantizar unos resultados efectivos en contra de la corrupción. Una de estas medidas es limitar para casos graves como la desviación de fondos, enriquecimiento ilícito etc.

Las sanciones penales como última ratio o medida ante los hechos más censurables. Pero también es necesario endurecer las sanciones disciplinarias en caso de actuaciones de los funcionarios públicos en aspectos más pequeños que afecten la ética pública como la recepción de cualquier tipo de obsequio por pequeño que esto sea por ejemplo una invitación a cenar; por este simple hecho ya se debería considerar una falta ética y tener las consecuencias disciplinarias correspondientes (PNUD, 2013, Pág.46).

Es necesario incentivar a la ciudadanía con el fin que denuncie cualquier tipo de falta ética por menor que sea, para que de esta manera la propia ciudadanía se convierta en garante de la trasparencia de los funcionarios públicos, para lograr una efectividad en la lucha en contra de la corrupción estructural, y se empiece a atacar la corrupción desde el punto de vista social y punitiva.

## La participación ciudadana.

Las prácticas disuasivas de tipo penal no son suficientes para combatir la corrupción son necesarias medidas que no sólo se limiten a castigar sino a prevenir la comisión del delito. Las medidas de prevención de la corrupción se elaboran desde la capacitación del personal, en cuanto a la sensibilización del delito que los funcionarios comprendan las implicaciones de su conducta y las consecuencias de ella a través de cursos o programas de capacitación, otra medida es la implementación de mecanismos de publicidad de las actuaciones públicas con el fin de garantizar la trasparencia, lo que a la larga servirá para impedir la acusación del delito y a su vez garantizar la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones de la Administración como en su control y mejorar la efectividad de las entidades.

La libre circulación de la información sobre el funcionamiento del gobierno es el pilar indispensable para la trasparencia y la rendición de cuentas, condiciones esenciales para la existencia de un “Buen Gobierno”, por ese motivo es necesaria la expedición de leyes que garanticen el acceso de la información y la implementación de mecanismos que garanticen a los ciudadanos la posibilidad de contar con la información del funcionamiento de la Administración pública de forma clara y concreta (Cano Blandon, 2008).

Lo que se traduce en el ejercicio efectivo del control ciudadano del aspecto más sensible de la corrupción que es la contratación pública, porque la adquisición pública de bienes o servicios en donde se concentra la mayor parte de casos de corrupción, por esa razón es necesario establecer medidas preventivas en contrataciones públicas que definan los marcos normativos y operativos y que a la vez incentiven las buenas prácticas y la eficiencia en la gestión pública (PNUD, 2013, Pág. 54).

## Elaboración de Códigos de ética.

Es necesario la elaboración de un Código de ética unificado aplicable a toda la Administración Pública en el cual se dispongan los principios, valores, procedimientos y exponga las buenas prácticas de la Función Pública. Con el fin que este sea una guía general para evitar conductas irregulares, y también sirva como guía de orientación a los funcionarios públicos para que las decisiones que tomen sean las más idóneas al bien común (PNUD, 2013, Pág. 62).

El Código de Ética de la Administración pública deberá contener las prescripciones sobre casos específicos que se encuentren orientados desde el punto de vista de los principios éticos públicos, en relación a las conductas permitidas o sancionadas por el buen proceder de la función pública.

## Conclusiones.

Resulta claro de lo anteriormente expresado que el buen gobierno no es meramente una expresión abstracta o una idea vaga, sino por el contrario es un concepto estructurado, con características y elementos propios, como los serian la trasparencia y la necesidad de la participación ciudadana, lo que conllevaría a la existencia del buen gobierno, lo que produciría paralelamente en incremento de la confianza de los gobernados hacia sus instituciones públicas, lo que significaría la legitimación del gobierno mismo.

Es de tal la importancia la transparencia dentro del buen gobierno, que uno sus principales pilares sería la lucha anticorrupción, como un medio para llegar al buen gobierno. Es necesario erradicar la corrupción dentro del gobierno con el fin que se presente

un desarrollo adecuado y sostenible de la sociedad misma, pero la erradicación de la corrupción debe ir acompañada por la sociedad y la ciudadanía en las decisiones de la administración pública, pero el cambio más importante no se daría solamente en la ciudadanía sino dentro de los propios funcionarios públicos.

Como se expuso en apartes anteriores, el problema de la corrupción, se ve como un problema complejo debido a que su origen se encuentra dentro de la estructura misma de la sociedad, la cual brinda una visión permisiva de los actos de corrupción.

Esta situación afecta hasta los aspectos más pequeños de la sociedad lo que generaliza la práctica de la corrupción y da una ilusión de aceptación de la conducta; para cambiar esta situación dentro de los funcionarios públicos, es necesario empezar a brindarles los fundamentos tanto éticos como morales, con el fin que paulatinamente se modifique esa percepción de permisividad de la corrupción, a través de fundamentos y códigos de ética para evaluar los actos de los funcionarios públicos; de esta manera aproximándonos a la existencia de un buen gobierno, en el cual se respalde y se defienda la diversidad, la participación ciudadana, la trasparencia y confianza en la administración pública.

## Referencias bibliográficas

Agencia Suiza para el desarrollo y la Cooperación (COSUDE). (2006). Lucha contra la corrupción estrategia de la COSUDE. Berna: COSUDE.

Alberdi, J. (20 de 12 de 2016). Diccionario de Acción Humanitaria y cooperación al desarrollo definición de buen gobierno. Obtenido de Diccionario de Acción Humanitaria y cooperación al desarrollo definición de buen gobierno: http://dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/24.

Arana, J. R. (s.f.). El Buen Gobierno y la Buena Administración Publica.

Bautista, O. (2007). Ética y política: valores para un buen gobierno. Encuentros multidisciplinares IX, 22-37.

Benavides Delgado, J. (2006). La ética lo tiene difícil en la empresa. En N. V. García, La ética y la responsabilidad social de las em-

presas y organizaciones. (págs. 277-298). Universidad Pontificia de Comillas.

Cano Blandón, L. F. (2008). La participación ciudadana en las políticas públicas de lucha contra la corrupción: respondiendo a la lógica de gobernanza. estudios políticos de la Universidad de Antioquia, 147-177.

Connock, P. &. (1995). Ethical Leadership. Londres: Institute of personnel and Development.
Cortina, A. (1998). Hasta un Pueblo de demonios. Madrid: Taurus.

Departamento Nacional de Planeación. (16 de diciembre de 2016). www.dnp.gov.co. Obtenido de www.dnp.gov.co: https://www.dnp.gov.co/DNP/gestion/buen-gobierno/Paginas/Buen-Gobierno.aspx

Desarrollo, B. I. (2014). Gobernarte: el arte del buen gobierno. México DF: BID.

Guillen Parra, M. (2005). Ética en las organizaciones: construyendo confianza. Madrid: Person Educación.

Moreno Ocampo, L. (1993). En defensa propia. Como salir de la corrupción. Bogotá: Sudamericana.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (2013). Ética, transparencia y lucha contra la corrupción en la Administración Publica. Buenos Aires: PNUD.

Rodríguez Arana, J. (2006). El Buen Gobierno y la Buena Administración de instituciones publicas. Madrid: Thomson- Aranzadi.

T.A, G. A. (2004). Introducing e-GOV: history, defincitions and issues. Communicatios of the association for information systems 5, 713-729.

United Nations Economic and Social Commission for Asia and the pacific. (10 de julio de 2009). www.unescap.org. Obtenido de www.unescap.org: http://www.unescap.org/sites/default/files/good-governance.pdf

United Nations Online Network in Public Administration and fi-

nance. (2007). Special Report on the Sixth Global Forum on Reinventing Govermment. Viena: United Nations.

XV Congreso Nacional de ética de la economía y de las organizaciones. (2007). El buen gobierno en la Administración Pública española: principios incluidos y excluidos (págs. 1-11). Barcelona: IESE Bussiness School.

3

# EL PAPEL DEL LEGISLADOR EN EL DESARROLLO SOCIAL

# EL DERECHO A LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN LA LEY 1306 DE 2009 Y LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD[98].

Edmer Leandro López Peña[99]
Gina Yuleisi Guerrero Vallejo[100]

## Introducción

La discapacidad en los últimos años se ha convertido en el tema central de las políticas públicas implementadas por los Estados por cuanto esta población ha sufrido la discriminación en la sociedad siendo ignoradas y minusvaloradas.

El Estado Colombiano en su esfuerzo por generar estrategias que reconocieran los derechos de las personas en situación de discapacidad promulgó una serie de regulaciones que se encargaron de generar un marco de acción frente al trato de estas personas y en general el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en los artículos 3 y 4 de la Convención. Ante esta situación, las reformas normativas han sido la respuesta para las personas que buscan el reconocimiento de sus derechos.

El Estado Colombiano en cumplimiento de estas obligaciones promulgó la Ley 1306 de 2009 que estableció nuevos criterios frente al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas en situación de Discapacidad con nuevas directrices para el reconocimiento de la Nulidad Absoluta y Relativa en casos específicos para incapaces relativos e incapaces absolutos que determinan su inhabilidad negocial o no, atendiendo factores como la lucidez y la capacidad mental. Sin embargo, son muchos los ajustes que aún quedan por realizar como es el caso de la implementación del Protocolo Facultativo de la Convención y el desarrollo de la legislación y la jurisprudencia en referencia a lo señalado por el Comité so-

99. Universidad Santo Tomás Tunja - Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio Jurídicas, Facultad de Derecho. Grupo Jurídicas y Socio Jurídicas (Categoría A Colciencias 2017)
99. Abogado Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia-UPTC. Especialista en Derecho Administrativo Universidad Libre-Bogotá, Magister en Derecho Administrativo Universidad Libre-Bogotá, Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano de la Universidad de la Coruña, España. Director Centro de Investigaciones Jurídicas y socio jurídicas. Líder Grupo jurídicas y socio jurídicas, Categoría A.
100. Abogada Universidad Santo Tomás Seccional Tunja. Joven Investigadora de la Facultad de Derecho y el Centro de Investigaciones Jurídicas y socio jurídicas, Universidad Santo Tomás Tunja. Miembro activo del grupo jurídicas y socio jurídicas categoría A de Colciencias.

bre los Derechos de las personas con discapacidad respecto de la "institucionalización por motivo de discapacidad, la esterilización forzada y los regímenes que limitan la capacidad jurídica que no se han armonizado con la Convención".

Respecto a este último tema, como lo han señalado las instituciones internacionales no es posible que en las normativas que regulan temas de discapacidad se confundan términos para restringir el pleno reconocimiento de la personalidad jurídica como lo hace la Ley mencionada generando a su paso grandes problemáticas.

Por esta razón en la presente investigación a través de la metodología descriptivo analítica, en un primer momento se identificarán los modelos de reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad en el Estado Colombiano y los regímenes de incapacidad establecidos por la Ley 1306 de 2009 en relación con las directrices internacionales.

En un segundo momento se tornará analítica, por cuanto, se hará un estudio de los instrumentos normativos frente a documentos como la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad a fin de resolver el siguiente interrogante: ¿Cuál es el impacto de la implementación de la Ley 1306 de 2009 frente al reconocimiento de la personalidad jurídica en relación a lo señalado por la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad en su artículo 12?

## Modelos de Reconocimiento de la Discapacidad

La atención en materia de rehabilitación de las personas con discapacidad se ha convertido en un elemento integrador de las actuaciones sociales y políticas públicas implementadas por el Estado con el fin de garantizar la igualdad de oportunidades en el contexto social, político y cultural.

Para poder analizar el contexto social de desarrollo de las políticas de discapacidad es preciso señalar que se ha venido presentando una evolución significativa en la manera en que la sociedad ha enfrentado esta situación transformando diferentes aspectos de la vida cotidiana con el fin de brindar vida digna y equitativa a estas personas.

El proceso de rehabilitación tiene como fin último la inclusión so-

cial de las personas con discapacidad y como fenómeno cultural han aparecido modelos que de una u otra forma han estructurado un marco conceptual de la situación de discapacidad que se analizaran a la luz de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

## Modelo Médico

En Colombia hasta hace unos años imperaba e modelo médico en el cual la persona con discapacidad debía asumir y aceptar su rol de enfermo en la sociedad, *"sin tener en cuenta sus derechos, pero tampoco sus deberes en los contextos más cercanos –familia, comunidad, trabajo etc".* (Casado D, 1998).

Junto a este modelo se encontraba el de prescindencia, mediante el cual la discapacidad se entendía como un castigo de los dioses a los seres humanos. Sin embargo, es modelos desaparecieron con el nacimiento de una corriente filosófica denominada "vida independiente", la cual proponía el abandono del marco rehabilitador, pues intenta demostrar que toda persona con discapacidad puede gestionar su vida (Lorenzo, 2014, Pág. 50). Esto conllevó a la materialización de y reconocimiento del principio de igualdad de oportunidades, no discriminación, mínimo vital, integración social (política, económica, cultural etc.)

En este sentido en Colombia se reconoció el modelo de la prescindencia, desarrollado por la Constitucional en sentencia T-933-13 el cual indicaba que:

> (...) el modelo de la prescindencia va ligado a una visión de carácter religioso, que observa la discapacidad como un castigo divino, y tiende a la eliminación de las personas que se encuentren en dicha circunstancia, la sustracción total de su capacidad jurídica, así como el aislamiento social en instituciones destinadas a preservar sus potenciales, en vez de desarrollarlos.
>
> En segundo lugar, relataron que el modelo rehabilitador tiende a la prevención de la discapacidad y su recuperación, situación que preserva a las personas con discapacidad dentro del ámbito de la salud, lo que genera una actitud proteccionista que entiende que estas personas no tienen capacidad para comprender el mundo que los rodea.

> Debido a lo anterior, sostuvieron que tanto el modelo de la prescindencia como el modelo rehabilitador entienden la discapacidad como una característica de la persona, que se define en términos de su déficit, establecido por un tercero experto. (MP: Jorge Ignacio Pretel)

La discapacidad en este modelo implica un fenómeno de carácter personal y las causas de esto están relacionadas directamente con el individuo lo que lo excluye totalmente de la sociedad. Se imponen restricciones a las personas a través de un modelo rehabilitador delimitando la discapacidad solo en el ámbito de la salud y no en el de la inclusión social.

## Modelo Social

Una vez superadas estas etapas surge el modelo social que:

> "centra el problema de la discapacidad en la sociedad y no en el individuo. Así, la discapacidad no es un atributo de la persona, sino un complejo conjunto de condiciones creadas por el entorno. En tal sentido, plantea que las actuaciones se deben dar bajo un enfoque social, y estar dirigidas a modificar el entorno para garantizar la participación de las Personas con discapacidad en la vida social" (Conpes 166 de 2013).

En esa misma tendencia surge el corriente político activista que reconoció la importancia del reconocimiento de los Derechos Humanos, de esta forma la participación política de las personas con discapacidad y sus organizaciones abren un nuevo frente en el área de los derechos civiles y la legislación antidiscriminatoria. (Palacios Agustina, 2008, pág. 107).

Oliver M, en su texto "Understanding disability: from theory to practice", hace hincapié en la idea de que las personas con discapacidad son un grupo oprimido en la sociedad y bajo el modelo social deben dejarse de lado los paradigmas creados frente a la concepción del impedimento físico y la discapacidad, pues esta clase de argumentos son los que han hecho que sean un grupo excluido de la sociedad.

De esta forma se debe en primer lugar, eliminar cualquier estrategia política que implique la creación de barreras y, en segundo lugar, se debe eliminar la concepción tradicional de la discapa-

cidad dejando el modelo medico donde el problema es individual cambiándolo al modelo social en el cual la es la sociedad la que debe cambiar y reconocer sus derechos fundamentales.

Partiendo de lo anterior, este enfoque hace una distinción entre lo que comúnmente se denomina deficiencia y lo que se entiende por discapacidad, para señalar que la noción de persona con discapacidad, se basa más allá de la diversidad funcional, en las limitaciones o restricciones que experimentan y que les impide llevar una vida en sociedad, constituyendo está en una forma de opresión social (ibíd., Palacios Agustina, 2008).

De esta forma las personas con discapacidad son reconocidas como sujetos de derechos que tienen todas las facultades para aportar a la sociedad que pertenecen. Por esto, desde el modelo social de la discapacidad, se cree que para garantizar el respeto de esta minoría es necesario brindar políticas que transformen esas estructuras sociales que impiden la participación plena en la sociedad (Ferreira, 2008), pese a ello este modelo solo se centró en algunos aspectos específicos dejando de lado otros aspectos que la sociedad debía mejorar.

Este modelo se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos y aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social, y sentándose sobre la base de determinados principios: autonomía personal, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno, diálogo civil, entre otros.

Parte de la premisa de que la discapacidad es una construcción y un modo de opresión social y resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad. De igual manera, apunta a la autonomía personal de la persona con discapacidad para decidir respecto de su propio proyecto de vida. (Victoria Maldonado, 2013).

## Modelo Biopsicosocial

Como respuesta a las exigencias de la sociedad nace el modelo biopsicosocial que se originó hacia los años 50 y se caracteriza principalmente por dejar de lado la concepción individualista del hombre desarrollando una visión integradora a partir de tres fac-

tores: Biológico (se concibe al ser humano como un sistema), psicológico (analiza la conducta del ser humano) y el individuo como ser social, cada uno de estos en constante interacción. Lo que implica el reconocimiento de la responsabilidad social sobre la individual a través del análisis de diferentes factores.

Engel propuso el modelo biopsicosocial, derivado de la teoría de sistemas, que intenta integrar las variables biológicas, psicológicas y socioculturales en situaciones de salud o de enfermedad. El mismo enfoque se ha aplicado al estudio de la conducta humana, tanto de la conducta adaptativa cuanto de la patológica o inadaptada, tratando de integrar los factores de influencia del entorno social macro y micro, así como aquellos que tienen que ver con las propias fragilidades personales (Corral Corral, 1994, pág. 23).

La discapacidad se concibe como un fenómeno multidimensional lo que obliga a examinar la situación de cada persona con discapacidad, no de forma genérica, sino en el contexto personal, social y cultural de cada comunidad, atendiendo los rasgos singulares de la persona y del entorno (Seoane Rodríguez, 2012, pág. 18)

Ahora bien, se ha visto un cambio de paradigmas como lo señaló la Sentencia c-066 de 2013 en los siguientes términos:

> "Las normas actuales sobre los derechos humanos de las personas en situación de discapacidad, en especial las contenidas en la CDPD, modifican el paradigma expuesto y adoptan el que se ha denominado como modelo social de la discapacidad. Esta concepción se basa en admitir que la discapacidad no es un asunto que se derive exclusivamente de las particularidades físicas o mentales del individuo, sino que también tiene un importante concurso en la misma las barreras que impone el entorno, de diferente índole, las cuales impiden que la persona con discapacidad pueda ejercer adecuadamente sus derechos y posiciones jurídicas. El cambio de paradigma en este escenario está basado en considerar a la persona en situación como discapacidad desde el reconocimiento y respeto de su diferencia. Si bien se mantiene en el modelo social el deber estatal de rehabilitación y tratamiento de la discapacidad, en modo alguno estos toman la forma de requisitos para la inclusión social. En contrario, la mayoría de las obligaciones del Estado frente a las personas con discapacidad se concentran en la remoción de barreras que impidan su plena inclusión social, ámbito don-

> de cobran especial relevancia deberes de promoción del diseño universal y de ajustes razonables, explicados en el fundamento jurídico 8 de esta sentencia. Entonces, el modelo social se basa en que la discapacidad no debe comprenderse como una condición anormal que debe superarse para el acceso a los derechos y bienes sociales, sino como una particularidad del individuo, intensamente mediada por las barreras físicas, sociológicas y jurídicas que impone el entorno, generalmente construido sin considerar las exigencias de la población con discapacidad" (MP: Luis Ernesto Vargas Silva)

A partir de allí se reconoce la importancia de instrumentos internacionales como la convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad –PcD- de las Naciones Unidas la cual señala que en virtud del reconocimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y reconociendo que la discapacidad conceptualmente evoluciona con el pasar del tiempo deben ser incluidos de forma plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones.

Define la Convención PcD a las personas con discapacidad como *"aquellas que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, a largo plazo, que, al interactuar con diferentes barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"* (Artículo 1).

Así mismo se establecen principios fundamentales en el reconocimiento de las personas con discapacidad entre los que se destacan:

> "Los principios de la presente Convención serán:
> a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
> b) La no discriminación;
> c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
> d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
> e) La igualdad de oportunidades;
> f) La accesibilidad;
> g) La igualdad entre el hombre y la mujer;
> h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las

> niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad…" (Art. 3, Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad)

Y al respecto del reconocimiento de la personalidad jurídica señala que:

> "Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley.
> 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
> 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
> 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
> 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
> 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria." (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad)

El panorama legal de la Convención puede resumirse en los siguientes puntos según Salas Murillo:

> a.La proclamación, como principios generales, del respeto a la autonomía individual de las personas con discapacidad mental o intelectual implica la libertad para tomar sus decisiones y la participación plena y efectiva en la sociedad.
>
> b.El reconocimiento de que las personas con discapacidad tienen "capacidad jurídica", en tal medida los Estados deben garantizar las medidas pertinentes a quienes necesiten apoyo para el ejercicio de esta.
>
> c.Los Estados tienen la obligación de asegurar todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica proporcionado las salvaguardas adecuadas y efectivos para impedir el abuso respetando la voluntad y circunstancias de las personas. (2006, pag. 17)

Como lo señala Sánchez Martínez y Solar Cañón la Convención supone, pues, el cambio de paradigma de las políticas sobre la discapacidad y supera definitivamente el tradicional modelo asistencial, sustituyéndolo por el basado en los Derechos Humanos de toda persona. (2015, pág. 9). Es en este momento que la persona con discapacidad se convierte en sujeto de derechos asegurando el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos y libertades fundamentales, incluyendo atributos como la capacidad.

Con todo esto, se impone a los Estados por parte de la Convención la obligación de a. Adoptar medidas legislativas en el ámbito social, educativo, cultural entre otros; b. Realizar campañas de sensibilización a la población encaminadas a la eliminación de barreras que atenten contras los derechos de las personas fomentando el respeto, la igualdad y la convivencia de las personas con discapacidad.

## Régimen de la Capacidad Jurídica en Colombia

La capacidad jurídica es entendida como una aptitud dual, es decir, que permite a quien se le reconoce ser sujeto de las relaciones jurídicas y ejercer sus derechos subjetivos, por otro lado, se entiende que en virtud a este atributo de la personalidad el sujeto puede obrar jurídicamente creando o modificando relaciones jurídicas en las que interviene, de ahí que sea de gran relevancia su estudio y reconocimiento como es el caso de las personas en situación de discapacidad.

Sin duda, fue Savigny el primero en establecer la doctrina de la capacidad como aptitud para ser sujeto de derecho o aptitud para ejercerlos, así, por ejemplo, planteó el interrogante "quien puede ser sujeto de una relación jurídica", el cual hace referencia a la posesión posible de los derechos, o sea, a la capacidad de derecho; pero otra cosa, es la posibilidad de su ejercicio, o sea la facultad de obrar. (Valencia Zea, Ortiz Monsalve, 1997) Según Planiol, "la capacidad es la aptitud para actuar válidamente por sí mismo, esa facultad de obrar sobre el bien ajeno…" (1997, pág. 249)

## Generalidades

La capacidad jurídica se refiere a la aptitud de una persona para ser titular de derechos y obligaciones; de ejercer o exigir los primeros y contraer los segundos en forma personal y comparecer a juicio. La capacidad jurídica permite crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas de forma voluntaria y autónoma. La capacidad jurídica "denota la medida de la idoneidad del sujeto para ser titular de las relacione jurídicas" (Barbero, 1967, pag.190); lo que le permite ser sujeto activo o pasivo de las relaciones jurídicas. La capacidad jurídica es atributo inseparable de la persona humana, le permite ser titular de derechos y obligaciones y se adquiere por el hecho mismo de la existencia como lo señala el código civil, esto es, por el nacimiento y desde ese momento acompaña al sujeto hasta la muerte.

La capacidad jurídica puede entenderse desde dos puntos de vista: una que se concreta en la aptitud para adquirir derechos y obligaciones, lo cual hace referencia a la "capacidad del derecho o de goce", y por otro lado la que le permite ejercer, por sí mismo, sus derechos para actuar válidamente en derecho, la anterior también llamada capacidad de ejercicio o legal. La ausencia de esta segunda clase de capacidad implica la nulidad de los actos jurídicos realizados por el incapaz. (Cañón Ramírez, 2002, págs. 452-469)

Siguiendo la clasificación planteada por cañón Ramírez las incapacidades se clasifican según su naturaleza:

1. Incapacidad legal o de derecho: La ley prevé que toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley, expresamente considera o declara incapaces. (Código civil, Art., 1503).

2. Incapacidad absoluta: se impone para todos los actos jurídicos

del afectado, caso tal del demente declarado interdicto, afirmación muy debatida por los doctrinantes ya que tanto los infantes como los dementes realizan actos que jurídicamente reciben validez; "el único es el concebido y no nacido". Otros factores que pueden determinar a qué clase de incapacidad se refiere es la edad, ya que toda persona natural en razón de esta es poseedora de un grado de inmadurez tal que habilita o inhabilita, por sí, para ejercer sus derechos en forma plena o restringida.

## Capacidad jurídica y discapacidad

Respecto a este caso han sido enfáticas las organizaciones internacionales en especial la ONU al señalar que los países miembros deben desarrollar estrategias que se armonicen con los contenidos internacionales como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que todas las personas somos iguales ante la ley por lo que los Estados en el cumplimiento de sus deberes deben garantizar el reconocimiento de la personalidad jurídica.

Sin embargo, la integración de los diferentes modelos de la discapacidad y los avances normativos ha generado un amplio debate en torno a este tema ya que, con la adopción de Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, las normas deben ser pertinentes y coherentes con estas. Tres propuestas han sido desarrolladas por Seoane en torno a este tema:

**a. Enfoque de las capacidades:** Las políticas del Estado deben ser capaces de proporcionar a los ciudadanos diferentes herramientas mediante las cuales puedan realizar su propia vida. Es decir, que estas normas deben reconocer igualdad de recursos para que las personas en situación de discapacidad puedan desarrollar su programa vital, sin que sus capacidades sean limitadas por tales normas en el sentido de que pueden hacer y que no, pues se estaría limitando su autonomía y autodeterminación.

**b. Enfoque de oportunidades o "Funcionamientos seguros":** Siguiendo los lineamientos del modelo social las estrategias o políticas publicas planteadas frente al reconocimiento de la discapacidad deben atender factores internos –capacidades- y externos –recursos y marco estructural social- con el fin de generar mejoras en la calidad de vida de las personas a largo plazo y no centrarse únicamente en políticas de compensación o mejora de los recursos.

**c. Enfoque de Inclusión:** Hace referencia al reconocimiento, participación y representación de las personas en situación de discapacidad. La preocupación por la justicia sitúa en un plano de equidad a todos los individuos y permite actuar con independencia de la opinión o valoración del sujeto: las condiciones que nieguen la equidad en la participación social, aun aceptadas, son injustas y han de ser eliminadas. (Fraser N, págs. 36-39, 51)

Ahora bien, la discapacidad es una construcción social que requiere el estudio de diferentes enfoques de tratamiento a través de políticas públicas donde se eliminen las barreras que excluyen a estas personas de la sociedad y se le reconozca como sujeto de derechos. Es decir, debe producirse el tránsito de ciudadanos invisibles, debido a las enormes barreras a las que se enfrentan continuamente, a ciudadanos iguales y participativos, por su integración en la vida de la comunidad. (Martínez, 2005, pág. 123)

## El Estado Colombiano y la ONU

Las Naciones Unidas han desarrollado un marco internacional basado en el reconocimiento y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad a través de diferentes instrumentos normativos entre los que se destaca la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad lo cual ha hecho que muchos países que la han incluido hayan planteado estrategias para responder jurídicamente al fenómeno de la discapacidad.

De igual forma, se adoptó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad la cual significó un cambio en la percepción que se tenía de las personas con discapacidad atribuyéndole una serie de obligaciones al Estado Colombiano en pro del reconocimiento de sus derechos y la inclusión plena en la sociedad. Lo que implica el cumplimiento de una serie de obligaciones por parte del Estado para el reconocimiento de los derechos humanos de las personas en situación de discapacidad desde el punto de vista social, político y cultural.

El Estado Colombiano en el desarrollo de políticas inclusivas para las personas con discapacidad ha generado varias herramientas que son de gran relevancia en el reconocimiento de derechos a nivel jurisprudencial y legal. En este último grupo se destacan la Creación del Sistema Nacional de Discapacidad que se encuen-

tra en el orden departamental, distrital y municipal (Ley 1145 de 2007), la Ley 1448 de 2011 "Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones", la Ley 1618 de 2013 "Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad".

En materia de capacidad y validez jurídica en Colombia se promulgó la ley 1306 de 2009 la cual significó una nueva etapa en el reconocimiento de derechos de las personas en situación discapacidad. La reforma incluida en la ley 1306 de 2009 modifico las directrices de la nulidad absoluta y relativa señalando en su artículo 32 que

> "Las personas que padezcan deficiencias de comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial" conlleva nulidad relativa y una vez se emite sentencia judicial la persona sobre la cual recae la medida se llamará "inhábil negocial" –antes interdicto- y se limitará únicamente a los actos que señale la sentencia.

Esta última se encargó de modificar las directrices de la Nulidad absoluta y relativa a partir de la *"protección e inclusión social de toda persona natural con discapacidad mental o que adopte conductas que la inhabiliten para su normal desempeño en la sociedad."* (art.1, Ley 1306 de 2009).

En este evento la persona es totalmente capaz de realizar sus actos y negocios, puede administrar sus gastos personales en una suma no mayor al cincuenta por ciento de los ingresos reales netos (art. 34, Ley 1306 de 2009, parágrafo).

Así mismo, respecto del "Incapaz mental absoluto", la sentencia de interdicción conlleva que a partir de esta los actos serán absolutamente nulos, aunque se alegue haberlos ejecutado en un estado de lucidez temporal. Sin embargo, el artículo 49 señala excepciones en su inciso tercero cuando señala que.

> "No habrá rescisión de los contratos bilaterales onerosos celebrados por personas con discapacidad mental absoluta que les sean útiles, pero el representante legal o la misma persona, una vez rehabilitada, tendrá derecho a que se fije justa contraprestación. Esta acción no pasa a terceros y prescribe en diez (10) años." (Ley 1306 de 2009)

Esto evidencia el cambio radical que incluye esta ley, al permitir el reconocimiento de los actos que generen utilidad para la persona en situación de discapacidad.

En junio de 2013 el Estado Colombiano presentó ante el comité sobre los derechos de las personas con discapacidad el "Informe inicial sobre la implementación de la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad en Colombia" en el cual se señala que la terminología a usar para este grupo es "personas con discapacidad" y se reguló en la normativa el enfoque diferencial en la formulación de las políticas públicas.

Así mismo, se elaboró variada jurisprudencia en la que se desarrolló un modelo social y doctrinalmente está tomando auge el modelo de la diversidad o biopsicosocial. Señala el mismo documento que:

> "Desde el SND se orienta sobre la importancia de formular e implementar programas y proyectos cuyo objetivo principal sea la inclusión social de las PcD" y "El Estado reconoce la necesidad de integrar las familias de esta población e implementar el modelo de rehabilitación integral inclusiva"

como algunas de las estrategias implementadas.

El comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad emitió el 31 de Agosto de 2016 durante el 16 período de sesiones del comité las "Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia "señalando que el Estado Colombiano realizó una excelente labor con las disposiciones normativas que se han promulgado para la el cumplimiento de sus obligaciones. Así mismo, señaló una serie de recomendaciones así:

> (...) 5. El Comité alienta al Estado parte a que ratifique el Protocolo Facultativo de la Convención.
> 7. El Comité recomienda al Estado parte que adopte un plan para la revisión y modificación de toda la
> legislación, que incluya la derogación inmediata de disposiciones que restrinjan el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, incluyendo la ley 1306 (2009), No. 1412 (2010) del Código Civil, el Código Penal y leyes adjetivas.
> 9. El Comité recomienda al Estado parte que elimine toda terminología peyorativa en contra de los derechos y la dignidad de las

> personas con discapacidad.
> 11. El Comité recomienda al Estado Parte que:
> a) Cree y fortalezca mecanismos de consulta amplios y democráticos, sistemáticos y significativos con organizaciones de personas con discapacidad, incluyendo las que representan a mujeres y niños con discapacidad, personas indígenas y afrocolombianas con discapacidad y personas mayores con discapacidad, en la adopción de políticas y todos los asuntos que les afectan, que se tomen en cuenta los resultados de dichas consultas y se vean reflejados en las decisiones adoptadas;
> b) Haga accesibles, sencillos y expeditos los procedimientos para acreditar a los distintos representantes de las organizaciones de personas con discapacidad a todos los niveles del SND;
> (...)

La convención tuvo un gran impacto señalando que al ser una condición esencial para ser sujeto derechos y obligaciones los Estados deben reconocerla en igualdad de condiciones en todos los aspectos de su vida y en este sentido la sociedad no puede dividirse en capaces e incapaces, sino que en virtud del modelo biopsicosocial se debe reconocer que todos los sujetos tienen capacidades diversas.

Así mismo, no es aceptable a la luz de la convención las confusiones en el reconocimiento de capacidad jurídica a través el reconocimiento de la personalidad jurídica cuando se supedita a la capacidad mental, tema que es totalmente separado y que involucra la creación de barreras abiertamente discriminatorias como es el caso de la Ley 1306 de 2009.

En definitiva, las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que los ciudadanos a quienes se les debe reconocer de forma plena su capacidad jurídica y el Estado deben garantizarles que la podrán ejercer en igualdad de condiciones. En virtud de este modelo son las estructuras sociales las que deben adaptarse a través de modelos de accesibilidad e inclusión universal.

## Conclusiones

El reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad se ha convertido en el centro de los debates de las políticas públicas alrededor del mundo siendo el punto de partida la igualdad y la inclusión en la sociedad. Se ha dejado de lado el modelo

medico de reconocimiento de la discapacidad y se ha optado por un modelo biopsicosocial en el cual además del enfoque social se han reconocido otras esferas de protección como lo son el biológico y psicológico.

De esta forma se ha entendido que la discapacidad es un fenómeno que traspasa la esfera individual y pertenece a la sociedad, donde se deben crear herramientas que les permita desarrollar su programa de vida.

El Estado Colombiano no ha sido la excepción y en su camino a la dignificación de las personas con discapacidad suscribió la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad mediante la cual adquirió una serie de obligaciones a nivel social, político y cultural. En este sentido se creó el Sistema Nacional de Discapacidad (Ley 1145 de 2007), se dictaron directrices en torno a la atención, asistencia y reparación de victimas en situación de discapacidad (art. 13, Ley 1448 de 2011) y se modificaron los lineamientos entorno al reconocimiento de la capacidad jurídica en el margen de la Ley 1306 de 2009 y se estableció un nuevo régimen en Nulidad Absoluta y Relativa.

Sin embargo, esta última no cumplió los estándares internacionales propuestos en la Convención en la medida que estableció un enfoque que implicaba el desarrollo de estándares discriminatorios y restrictivos del reconocimiento de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad toda vez que supeditaba este atributo a la capacidad mental, lo cual es abiertamente discriminatorio. Así mismo, establecer regímenes diferentes en relación con la población en general vulneraba el derecho a la igualdad sin garantizar adecuadamente la inclusión plena en la sociedad, dejando de lado la autonomía y autodeterminación de la persona.

Debe entenderse que el ideal normativo en los enfoques actuales que reconocen a la persona con discapacidad como un sujeto de derechos además del reconocimiento de la igualdad debe reconocerles autonomía. Es a través de este reconocimiento que la persona puede incluirse plenamente en la sociedad, en este sentido la igualdad de condiciones exige la promoción de sus capacidades y, por ende, se garantizan los procedimientos sistemas que les permiten ejercer sus derechos de forma íntegra y sin barreras.

Restaurar el equilibrio y proporcionar el reconocimiento debido representa un deber de justicia, sin embargo, la desigualdad frente al tratamiento de las personas con discapacidad es muy marcada en la sociedad. La autonomía e interdependencia debe entenderse como el reconocimiento de la igualdad ante la ley, el respeto de la privacidad, el derecho a la familia, el derecho a vivir de forma independiente y ser incluido en sociedad.

## Referencias Bibliográficas

Barbero, Domenico. (1967) Sistema de Derecho Privado, traducción de Santiago Sentis Melendo, edicioes jurídicas Europa América, Buenos Aires, Tomo 1, pág. 150, citado en Contribucio al estudio de la relación jurídica-intersubjetiva.

Biel Portero, Israel (2012). La regulación jurídica de la discapacidad: la perspectiva de los derechos humanos. En La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad – Blázquez Peinado, María; Biel Portero, Israel. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch. Pág. 51.

Bonnecase, Julie. (1997) Tratado Elemental de derecho civil. Editorial Mexicana: México DF. pg. 163 y ss.

Cañón Ramírez, Pedro Alejandro. Derecho civil: parte general y personas. Editorial ABC: Bogotá, Colombia. (2002). Pg. 450- 492.

Casado D (1998). Panorámica de la discapacidad. Barcelona: Ed. Intress.

Corral Corral, Carlos. (1994). El razonamiento lógico. Los Fundamentos lógicos del pensamiento clínico. Ediciones Díaz de Santos S.A.

Ferreira Vázquez, Miguel Ángel (2008), “Una aproximación sociológica a la discapacidad desde el modelo social: apuntes caracteriológicos”, en Revista Española de Investigaciones Sociológicas (reis), núm. 124, España: cis.

Lorenzo, R. D. (2014). Discapacidad, sistemas de protección y trabajo social. Madrid, ES: Larousse Alianza Editorial.

Martínez, J. L. (2005). Exclusión social y discapacidad, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas. Pág. 123.

Oliver, M. (1996). Understanding disability: from theory to practice. Basingstoke: Macmillan.

Planiol, Marcel. (1997) Derecho civil- tomo 8. Editorial México: México DF. Pg. 249 y ss.

Salas, M. S. D. L. (2006). Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la convención de Naciones Unidas. Madrid, ES: Dykinson. Pág. 17

Sánchez, M. M. O., & Solar, C. J. I. (2015). La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en la legislación autonómica de Cantabria: propuestas de reforma legislativa. Madrid, ES: Dykinson. Pág. 9.

Seoane Rodríguez, José Antonio (2012). La respuesta a la discapacidad: el modelo de los derechos. En La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad – Blázquez Peinado, María; Biel Portero, Israel. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch.

Valencia Zea, Arturo; Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho civil. Editorial Temis S.A.: Bogotá, Colombia. Pg. 434 y 445.

**FUENTES DE INTERNET**

ONU. (2016) Colombia se raja en informe presentado sobre aplicación de la convención de derechos de personas con discapacidad. Recomendaciones del comité a Colombia: http://www.discapacidadcolombia.com/index.php/colombia-se-raja-en-informe-presentado-a-la-onu

ONU. (2016) Observación General No.1 de 2014: http://www.villaverde.com.ar/es/assets/investigacion/discapacidad/Comite-ONU/CRPD-og1-castellano.pdf

Palacios Agustina. El Modelo Social de la Discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las PcD. Madrid, Ediciones Cinca. Pág. 107

Victoria Maldonado, Jorge A. (2013) El modelo social de la discapacidad: Una cuestión de derechos humanos. Bol. Mex. Der. Comp. vol.46 no.138 México sep./dic. 2013.

## OTRAS REFERENCIAS

Código Civil Colombiano. (2014) Editorial Legis.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

CONPES No. 166 de 2013 “Discapacidad e inclusión social”.

Corte Constitucional. Sentencia C-066 de 2013. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia T-933 de 2013. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Ley 1145 de 2007. “Por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad y se dictan otras disposiciones.” Diario Oficial 46685 de julio 10 de 2007.

Ley 1346 de 2009. “Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.” Diario Oficial 47427 de julio 3.

Ley 1309 de 2009. Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados. Diario Oficial No. 47.371 de 5 de junio de 2009.

Ley 1618 de 2013. “Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”.

# MEJORAMIENTO INTEGRAL DE BARRIOS Y MACROPROYECTOS DE INTERES SOCIAL NACIONAL: ¿ALTERNATIVAS PARA ENFRENTAR LA INFORMALIDAD HABITACIONAL EN COLOMBIA?

Vivian Andrea Cantor Ávila
Luz Adriana Castiblanco Martínez
Jeison Andrés Hincapie Rodriguez

## Introducción

Los programas de Mejoramiento Integral de Barrios y Macroproyecto de Interés Social Nacional buscan optimizar las condiciones de habitabilidad sobre los asentamientos informales y déficit cuantitativo de vivienda.

En tal sentido el propósito de este escrito es el de analizar el impacto de los programas de MIB y MISN como alternativas frente a la informalidad habitacional, a través de la observación de los efectos de la implementación de estos programas sobre la configuración espacial de la ciudad y sus implicaciones sociales, en aras de advertir sí lograron evitar reproducir las problemáticas de los asentamientos informales.

De este modo, al vincular el análisis territorial al saber legislativo, se pretende orientar a las administraciones municipales en la definición e implementación de proyectos y acciones integrales, que transformen y consoliden urbanísticamente sectores vulnerables, mejorando la calidad de vida de sus habitantes e impulsando el desarrollo económico de los municipios.

Entonces, la implementación de programas se aborda, de una parte, planteando una propuesta de intervención a las deficiencias urbanísticas, de saneamiento básico y de titulación de predios, consecuencia de su origen ilegal, y por otra parte, caracterizando social y económicamente a la población allí asentada.

Bajo este contexto los actuales procesos de urbanización, ya sea desde el sector privado y de programas realizados por partes del Estado, tienden a producir ciudades dispersas, marcadas por la exclusión. Ello genera situaciones de exclusión, carencia de servicios públicos, dificultad de acceso a servicios dotacionales y administrativos, inconsistencias en la vivienda, equipamientos e infraestructura, entre otros.

La formalidad y la informalidad no son sinónimos de lo bueno y lo malo, y tampoco ninguno de los dos puede encerrar el concepto de vivienda digna, ni mucho menos de bienestar. En ese sentido, en la ciudad conviven dos modelos de urbanización que interactúan en los diferentes espacios como respuesta al desarrollo y homeostasis que brinda la individualidad, ya que una falla de la formalidad es olvidar las particularidades de cada familia y del sentido de lo estético para cada individuo. Entonces, las viviendas informales generan una afectación en el uso del suelo y una expansión urbana descontrolada, a pesar de que se conciban como una manera de satisfacer las necesidades vitales.

Por tanto, es importante relacionar identidades culturales, formas de apropiación e informalidad, lo que ha generado sobre los habitantes roles y concepciones, ya que el incremento de la población, sumado a los errores de planificación se ha constituido en un problema crítico para las ciudades.

No obstante, aún no hay una intervención acorde a las dinámicas de las ubicaciones geográficas y las especificidades del territorio, dado que el crecimiento urbano trae consigo el cambio en la morfología, densificación, aumento del gasto público, saturación del suelo y otras externalidades que dificultan aún más el actuar del Estado y que condicionan la vivienda digna y el desarrollo a las subjetividades de los actores, a partir de la academia, la economía urbana y los habitantes de los barrios en condición de informalidad, quienes pueden concebir el bienestar a partir de sus vivencias, comodidades, relaciones con sus próximos y con la ciudad.

Entonces, la construcción y puesta en marcha de los programas de MISN y MIB fragmento la cohesión social, dificulto la asequibilidad vivienda con adecuadas condiciones de habitabilidad, género desconexión espacial con la ciudad y fomenta prácticas de especulación sobre el suelo, lo cual redundo en segregación espacial y

desequilibrios territoriales, por lo tanto, estos proyectos no logran constituirse en verdaderas alternativas frente a la informalidad habitacional en la medida que generaron los mismos efectos negativos de tales asentamientos; para lo cual se analiza el impacto de los programas de MIB y MISN, a través de la observación de los efectos de la implementación de estos programas sobre la configuración espacial de la ciudad y sus implicaciones socio-espaciales.

Con el fin de tratar el Mejoramiento Integral de Barrios y Macroproyectos de Interés Nacional como alternativas frente a la informalidad presente en ciudades de todas las escalas colombianas, se propone, la siguiente estructura, primero, una aproximación al devenir de la política de vivienda y urbana a partir de la segunda mitad del siglo XX la cual permitirá identificar las principales transformaciones de la producción de la vivienda en cuanto a su dotación y enfoque hacia el mercado y sus problemáticas asociadas.

Segundo, un análisis de los impactos del Mejoramiento Integral de Barrios; tercero, la discusión sobre los efectos de los Macroproyectos de Interés Social Nacional, se busca que el análisis de estas dos últimas partes se realice a partir de los impactos sociales y en la configuración espacial de la ciudad, con tal de observar si estás experiencia reproducen o no efectos negativos de los asentamientos informales. En cuarto lugar, un estudio de caso donde se ilustran los efectos señalados anteriormente. Finalmente se realizarán conclusiones.

## Política de vivienda

Con el fin de tratar el mejoramiento integral de barrios como una alternativa frente a la informalidad presente en ciudades de todas las escalas colombianas, es necesario ahondar sobre la política de vivienda a partir de la reconstrucción de su contexto posterior a la segunda mitad del siglo XX, identificando así las principales transformaciones en cuanto a su dotación y enfoque hacia el mercado, lo que supone un problema estructural con distintas variables evidenciadas en los territorios urbanos.

En tal sentido, la política de vivienda en el periodo comprendido entre 1945 y 1972 se desarrollaba bajo la concepción de un Estado benefactor, en el que además de las viviendas construidas por entidades como el Instituto de Crédito Territorial que muto

de subsidios a contexto rural hacia lo urbano; el Banco Central Hipotecario, Caja de Crédito Agrario, la Caja de Vivienda Militar, generaba equipamientos complementarios y un ordenamiento de dichas construcciones a partir de la trama de la ciudad que comenzaba a ver cómo se densificaba a partir de un modelo de ocupación.

De acuerdo a la ocupación de las urbes, se generó entonces una creciente demanda, lo que implicaba la creación de una serie de instrumentos y actuaciones por parte de la administración pública, para lo cual se promovieron estrategias de mejoramiento de entorno y densificación en altura, la primera como una forma de mejorar la calidad de vida de sectores de la población ubicadas en la informalidad y la segunda a cubrir el déficit cuantitativo de vivienda.

De manera contraria, para quienes quedaban por fuera de un sistema de compra de vivienda por sus costos, se otorgaban créditos para alcanzar la solución mínima habitacional, a lo cual se le encargaba al ICT, BCH, entre otros. Este periodo entonces, estuvo marcado por el aporte a prototipos de soluciones urbanísticas desarrollo vial, infraestructura y equipamientos sociales y comunitarios.

Este panorama difiere del periodo de transición entre un Estado benefactor y social de derecho, ya que se empezó a considerar la construcción como un musculo de la económica, por lo que este debía respaldarse por medio de la financiación y otorgar créditos a largo plazo para los compradores, así se crea el UPAC, permitiendo en sus primeros años inyectar capital importante a los constructores y otorgar créditos a compradores, con lo que se reactivó la economía en la medida en que crecía la oferta y no en igual medida, pero se dio impulso a la demanda.

En ese sentido, el enfoque del Estado cambió y ya no era más el agente productor de vivienda de interés social, sino que dejó en manas de privados y promotores tomar las riendas en las políticas habitacionales, construcción y comercialización del mercado formal, a su vez que se impulsaron los urbanizadores ilegales, en la medida en que la vivienda pasaba de tener una concepción de valor de uso, migrando hacia el valor de cambio.

Por lo que estas formas de tenencia no legítimas se superponen con derechos que fueron cada vez más demandados, generando presiones en los usos del suelo, inseguridad en la tenencia y en la calidad de vida personas que migraron hacia la ciudad, a razón de las dinámicas de vaciamiento del campo. Así pues, a partir de 1989 de acuerdo con (Arango, 2001) la coyuntura del decaimiento administrativo y una falta de liderazgo afectó las instituciones, imponiendo el discurso de eficiencia propio de la privatización.

Entonces, se crea el subsidio a la vista, como un mecanismo de apalancamiento de las familias solventes, que en principio sí fue importante, pero con el transcurrir de los años decayó en su papel como dinamizador de la producción en vivienda nueva. Además de la reducción de programas de quienes no pueden acceder a unidades nuevas, tales como mejoramientos de vivienda, entorno y legalización.

Entonces, las viviendas producidas bajo el esquema formal mediado por el urbanismo actual, han sido signadas por el neoliberalismo, lo que ha reducido el tamaño, espacios en los interiores y ha conllevado a que se reduzcan los mínimos técnicos, además de las concepciones de habitabilidad.

Así mismo, los precios de las unidades habitacionales se han incrementado, con lo cual el endeudamiento es el único camino para lograr tener un título sobre una propiedad y para ello las entidades financieras han ampliado los plazos de pago, por lo que acceder al mercado formal se vuelve algo casi imposible.

Por lo que producto de la normatividad (ley 3 de 1991) las cajas de compensación familiar y ONG´s que trataban de llegar a capas de la sociedad más pobres, dependían altamente del Estado para otorgar subsidios a vivienda, sin que ello se cumpliese de manera cabal, por lo que se hicieron más demorados los procesos, la oferta de vivienda se hizo reducida y parte de los subsidios fueron entregados finalmente a los programas que desarrollaba el sector privado constructor, quienes se centraron en diseñar viviendas para familias de clases medias baja y medias, dejando una gran franja de la población colombiana por fuera del mercado.

En este sentido, la etapa posterior a la Constitución Nacional de 1991, donde la vivienda no es un derecho fundamental, sino hace parte de los económicos, sociales y culturales, es caracterizada

como de una fuerte dependencia del sector financiero, que ha desviado la política pública de la vivienda social.

Por lo que se dio cabida al diseño de políticas de menores costos, para reactivar la economía y generar empleos, olvidando los aspectos fundamentales de la vivienda, en la que los usuarios ahora son vistos como clientes, y la calidad de vivienda, confiabilidad técnica y constructiva, localización respectos equipamientos, etc., son el resultado de los vaivenes del umbral de ganancia de la oferta. Por todo lo anterior, el modelo no reduce el déficit habitacional, sino termina por potenciar este hecho, ya que quienes tenían solucionado el problema de vivienda recayeron, por ejemplo, con el desplome del UPAC.

También, con base en este marco, se creó el Instituto Nacional de Vivienda de Interés social y Reforma Urbana, remplazado por el fondo nacional de vivienda y se liquidó por fin el ICT; así mismo, como producto de la descentralización impulsada por la Constitución se dejó en manos de entes territoriales la asignación de subsidios y provisión de los distintos programas de la política de vivienda. Transcurridos seis años, en 1997, bajo el marco de la ley 388 se definieron programas de desarrollo para suelos urbanizados, instrumentos para la regulación del precio del suelo asociados a las plusvalías y expropiación, según la norma, para la construcción de VIS.

Entonces, la política de vivienda, ha abandonado la promoción pública y se ha enfocado hacia la financiación de la demanda por medio de los subsidios de vivienda, por lo que ha solo se les exige algunos mínimos urbanísticos a los promotores inmobiliarios, ya que les significa una mayor rentabilidad. Sin embargo, los subsidios en sí mismos no solucionarían el problema del déficit cuantitativo de vivienda, de acuerdo a Torres (2009), el problema es que no habría oferta suficiente, ni adecuada.

Para constituir esta orientación en la política habitacional, se reconfiguran las normas mínimas de urbanización y vivienda, con lo cual se busca masificar la oferta con todo lo negativo que ello implica, por lo que se generaliza los conjuntos cerrados o modelos de urbanización, lo cual rompe la trama urbana y crea conflictos espaciales, funciónales y estéticos, que terminan con la fragmentación de la ciudad consolidada.

De igual manera, Arango (2001) asegura que a partir de que se dio vía libre al mercado para conceder la VIS, se han hecho pocos proyectos de este corte, a diferencia del ICT y el BCH en el pasado, con lo cuales además se perdió el control en la fijación de los estándares mínimos habitacionales, por lo que la cantidad de metros cuadrados ha disminuido notablemente desde los lotes que proveía el ICT de 60 m2 o más, a los 28 m2 que se están produciendo en materia de vivienda social.

De igual forma, la constitución de la vivienda en el suelo urbano denota un cambio en la configuración del espacio en sí mismo, pues la relación naturaleza-ser humano se ve alterada desde el momento en que por procesos de ordenación del territorio se anexa suelo rural al urbano, con lo cual se generan nuevas trayectorias, usos, necesidades y densidades poblacionales y con ello cambio en la forma de hacer el conflicto, ello se hace muy importante en la medida en que se están desarrollando cambios de uso del suelo y en torno a ello existe un tráfico de influencias entre las Corporaciones ambientales y municipios, sin prever la disposición de equipamientos y conjuntos de redes de servicios públicos, por lo que un desequilibrio entre el valor del suelo, rentas diferenciales y sobre costos generara fracturas económicas y alteraciones en la trama urbana.

De otra parte, el suelo como bien “escaso” donde se desarrollan los programas de vivienda, se ha hecho cada vez más codiciado, por lo que la posesión de las mejores tierras urbanas lleva a que se traten de adaptar las normas urbanas a las necesidades del promotor en la gestión de los proyectos y en el diseño urbanístico, buscando la utilización al máximo de los suelos, en contravía de la calidad y durabilidad de las unidades, por lo que se reducen las áreas construidas y materiales; sin embargo, esto no solo sucede en el sector formal, ya que su contraparte reduce los trazados y estándares urbanísticos de los loteamientos y espacios públicos, así como la ocupación de terrenos cada vez más alejados de las ciudades y sobre zonas expuestas a riesgos naturales.

En tal sentido, la entrega de soluciones habitacionales no asegura de ninguna manera que la problemática se solucione, por lo que de déficit cuantitativo se pasa a uno cualitativo, originando una nueva demanda de mejoramiento y reconstrucción de la vivienda. Así, y como hecho detonante, la vivienda ha ido perdiendo atributos, dando paso al concepto de mercancía incompleta y se le

encarga al poseedor generar un desarrollo progresivo con el fin de alcanzar mínimas necesidades habitacionales según sus propias necesidades y posibilidades económicas.

Así, tras la adopción del modelo económico, se ha dado vía libre al modelo empresarial que ordena los territorios, en torno a esto Santos (2000) ve en la instantaneidad de la información una manera de aproximar a los lugares generando hechos que se relacionan de manera unitaria a escala mundial, por lo tanto la producción de un espacio y de cada fracción del territorio es llevado a tener características precisas en función de los actores hegemónicos cuya eficacia depende de la productividad espacial fruto de una ordenación intencionada, generando la concentración de la riqueza y por ende desequilibrios espaciales.

Entonces, las características culturales e integración con el ambiente al introducir proyectos de vivienda a gran escala se producen cambios, por consiguiente afectando el tejido cultural existente, manifestado en la relación humano-entorno que se presentaba en la comunidad a lo cual no se encuentran políticas en que realicen una correcta evaluación de los proyectos urbanísticos que comprendan el estilo de vida y preferencias locales a fin de lograr y mantener un entorno sostenible, en la medida que no es rentable para el mercado.

Coincidiendo con ello, el marco legal de los programas de vivienda que se han desarrollado a lo largo de los últimos tres periodos de gobierno se han sustentado en el modelo de mercado para la construcción de vivienda “social”, en donde el Estado fija el marco general de la política, mientras que la construcción y financiación está a cargo de empresas privadas. A pesar de que se han introducido políticas en el subsidio familiar de vivienda el derecho privado se mantiene por encima de la política de vivienda. Todo lo anterior, se dejó en manos del mercado con el fin de que sea este quien los otorgue a partir de la demanda, lo que implica marginar a quienes no pueden adquirir estos servicios y de-construir los significados en torno al hábitat.

En síntesis, los agentes públicos que controlan la ciudad, han abandonado el interés colectivo en favor del interés mercantil, por lo que la producción de vivienda social en el marco además de ser deficitaria, se gestó en el marco de una progresiva pérdida de calidad habitacional y ordenamiento territorial urbano. Entones,

lo dicho hasta este punto, se traduce en el impacto negativo que fomenta una provisión insuficiente de viviendas no adecuadas y con ello va en contravía de los derechos económicos y sociales plasmados en la Constitución, agravando la inequidad y la inseguridad en la tenencia beneficiando, claro está, a los intereses de agentes privados.

Teniendo en cuenta el objetivo del presente escrito y lo dicho anteriormente las políticas habitacionales se han convertido en un instrumento de gestión del territorio, lo que ha ocasionado trasformaciones socio-espaciales y en las condiciones de vida de la población, las cuales han visto como planes que conducen hacia la transformación urbanística, resultan desconocer los contextos en el que se desenvuelven los déficits cualitativos y cuantitativos, desarrollando nuevos métodos de producción y existencia en el espacio.

En ese sentido, los Macroproyectos de interés Nacional asociados a vivienda y mejoramiento Integral de barrios surgen como una opción para la reducción de los mencionados problemas de acceso y asequibilidad de la vivienda, sin que por ello solucionen los conflictos que se viven en las ciudades, razón por la cual este apartado pretende ahondar en los programas mencionados, su impacto territorial y social.

Se acentúa entonces la necesidad de generar planteamientos que permitan discernir en torno al contexto, pues es un tema álgido para la administración pública, la población y el espacio, más aún en dinámicas de posconflicto, lo cual replanteara las relaciones de ocupación, cambios en la morfología urbana, demanda de vivienda y nuevos equipamientos.

Con el fin de ampliar lo anterior, de acuerdo con J. Williams (2009), los ensambles urbanos reconocen la multiplicidad de la urbe, referido no solo a la idea de la ciudad como un objeto múltiple, que funde en un momento dado diversas políticas, pero también a la instantaneidad y fugacidad de la forma urbana que solo es legible en tanto la lectura de los procesos parte de la fusión de elementos socio-materiales (los elementos físicos de la ciudad, frecuentemente heredados) y los elementos socio-técnicos (que incluyen efectivamente la política, pero en general todos los actores urbanos que en un momento dado se ven obligados a actuar bajo marco determinado.

## Política urbana en Colombia

A partir del contexto en la política de vivienda en Colombia, en paralelo se gestaba el enfoque urbano, en tal sentido pasado la mitad del siglo XX esta se enfocaba hacia la erradicación y reubicación de asentamientos informales lo cual se viabilizaba pues existían subsidios e instituciones que trataban de reducir el déficit cuantitativo y cualitativo de la vivienda por medio de nueva vivienda. Sin embargo, esta dinámica de vivienda se redujo en la medida que la economía y políticas condicionaron la dotación de estas.

Posteriormente, en la década del 70 y bajo el periodo de transición en la provisión de la vivienda, la política urbana se enfocó hacia la contención de los asentamientos informales y se construyeron programas como el Integrado de Desarrollo Urbano Zona Oriental de Bogotá (PIDUZOB) el cual comprendía la des marginalización de los cerros orientales por medio de la recualificación de las condiciones físicas de las viviendas y de los barrios que se encontraban sobre esta margen. A su vez, en el país se desarrollaban desalojo de los asentamientos ilegales, pues no existían normas, ni protocolos que legalizarían dichas ocupaciones.

En contraposición con el panorama de Colombia, este periodo es marcado por las disposiciones finales de Hábitat I, la reunión de Naciones Unidas que se llevó a cabo en 1976, que fue convocada debido al crecimiento acelerado y difuso de viviendas en condición de informalidad, pues estas condiciones iban en contravía de las premisas que se gestaban para países del Tercer Mundo a cerca del desarrollo humano, social y económico.

Las conclusiones de Vancouver pretendían que los países firmantes desarrollaran políticas que se ocupasen del uso y tenencia de la tierra, servicios públicos, provisión de las viviendas a una población en crecimiento.

Por lo que a partir de los años 80´s, y teniendo como precedente el PIDUZOB y el rápido crecimiento morfológico y poblacional que presionaban con más premura la búsqueda de acceso a la vivienda evidenciado en la difusión de los asentamientos informales, generó la necesidad de regularización del suelo, habilitación y mejoramiento de las viviendas, lo que conducía hacia la legalización en cuanto a la tenencia y aumentar los niveles de calidad de vida.

En ese sentido, se realizaron programas que implicaban dichos objetivos, no solo en las ciudades principales del país, sino en intermedias como Bucaramanga que bajo premisas de Le Corbusier y Currie promovieron ciudades dentro de la ciudad para cubrir el déficit cuantitativo y cualitativo.

Mientras que para los años 90´s el enfoque en la política de vivienda se sostiene en la inclusión y reconocimiento de derechos, como el de acceso a la ciudad y promoción de la vivienda bajo las premisas previamente expuestas en Vancouver.

En Colombia, se daba a conocer la ley 9 de 1989 sobre reforma urbana, que evidencia como los asentamientos eran vistos desde la ilegalidad para lo cual dotaba de varios instrumentos como expropiación, legalización de títulos y reubicación, lo que permite entonces evidenciar que o se brindaban facilidades para la formalización o se generaban acciones policivas, estando en contravía de la autoconstrucción asistida y mejoramiento en sitio, que eran recomendaciones de los entes multilaterales para la época.

Siguiendo el corte, en 1996 se desarrolló en Estambul la segunda conferencia de Hábitat para los asentamientos humanos. La declaración final asumió el compromiso de generar vivienda adecuada, desarrollo sostenible y enfoque de derechos, lo que promovió en Colombia un cambio de enfoque hacia la sostenibilidad de dichos asentamientos, promoviendo entonces un ordenamiento del territorio en el que el campo se vacío, dando paso a la primacía urbana, evidenciado en la ley 388 de 1997 la cual define en su artículo 13 el MIB como una estrategia de mediano plazo para reducir la vulnerabilidad social urbana.

Esta última fase coincide con el cambio de enfoque en la dotación de viviendas, que en adelante sería realizada casi por completo por el sector privado, por medio del subsidio a la oferta, viendo nuevamente en la construcción el motor para una economía en ascenso. Por lo que la vivienda social tuvo un repunte en cuanto a la oferta, sin que ello implicara que la demanda tuviese los medios para acceder a esta, generando un desequilibrio en la relación.

Continuando, los objetivos de desarrollo del milenio promovían la erradicación de la pobreza a través del mejoramiento e inclusión de la informalidad, entendiendo que hay una sola ciudad y diferentes contextos que deben ser modificados para alcanzar un

desarrollo deseado, por lo que es el periodo en el que se popularizan los programas de mejoramiento de asentamientos informales como una forma de reducir dichas realidades, para lo cual se incluyeron en los planes de desarrollo programas que se enfocaban en el desarrollo social, por medio de intervenciones de objeto.

Es importante resaltar que los objetivos de desarrollo del milenio identifican los asentamientos informales desde dos posturas, la primera es desde la esperanza o progresivos, los cuales a pesar de su condición de ilegalidad las viviendas se han sometido a un mejoramiento ya sea por parte de la institucionalidad o desde la autoconstrucción; mientras que la segunda postura son los asentamientos de la desesperanza los cuales se caracterizan por su deterioro y que además experimentan una degradación de las estructuras y de los servicios públicos, dotacionales y equipamientos. Ante estos escenarios las metas 7 y 11 promueven la sostenibilidad del medio ambiente y de mejorar las condiciones antes descritas.

Ante ello, Colombia se comprometió con estos objetivos, y lo ha intentado realizar el mejoramiento de barrios y la prevención de nuevos asentamientos; sin que este último se realice de manera decidía por parte de entes territoriales locales, ya que no se cuenta, en el mayor de los casos, con un mapa de microzonificación, de usos, de riesgos, etc., lo que permitiría tener un inventario del suelo apto para el establecimiento de vivienda, además de los servicios y dotación complementaria necesaria para asegurar la calidad de vida de las personas.

Sin embargo, ha surgido una normatividad en torno al tema, por ejemplo, el CONPES 2205 de 2004 y 91 de 2005 los cuales plantean mejorar las condiciones de los asentamientos por medio de asistencia técnica, cooperación desde los bancos crediticios y titulación masiva para viviendas susceptibles al mejoramiento integral. Así mismo el discurso de ciudades amables toma relevancia hacia el 2007 y se postula para ordenar y readecuar espacios urbanos, mejorando las condiciones de saneamiento básico de los asentamientos. A su vez, se plantea el desarrollo urbano para ciudades compactas y sostenibles, sostenida sobre premisas de vivienda asequible, agua potable, transporte urbano, movilidad sobre una base de programas integrales de MIB, Macroproyectos y renovación urbana.

Ante ello surge el CONPES 3604 de 2009 de MIB, el cual se enfoca sobre asentamiento precarios brindando conexión a redes de movilidad, servicios públicos, equipamientos y generar condiciones de habitabilidad por medio de la seguridad en la tenencia de tierra, prevención de los riesgos, legalización y titulación.

Para ello se realizan intervenciones desde el ámbito público por medio de sistemas estructurantes, gestión de riesgo, regularización urbanística y de servicios públicos, estructura ecológica principal, espacio público y equipamientos; también desde el ámbito privado evidenciado en la titulación, mejoramiento de vivienda y re densificación; finalmente, desde el ámbito social se ve la construcción social del hábitat, participación, cohesión y gobernanza, por medio de la recualificación de la política.

## Mejoramiento Integral de Barrios

En ese apartado se pretende exponer generalidades y alcances del programa de mejoramiento integral de barrios, el cual ha estado signado por el apoyo de entes multilaterales y se erige como un instrumento de gestión del territorio que se enfoca sobre la planeación y el ordenamiento de los barrios en condición de informalidad, incidiendo de manera puntual en la reducción del déficit cualitativo de vivienda, por medio de acciones de cambio de fachadas, provisión de equipamientos, generación de espacio público y seguridad en la tenencia de la vivienda.

En dicho este sentido, se propone discutir sobre el acceso al suelo, así como las relaciones en la utilización de instrumentos para el ordenamiento del suelo, la gestión, la financiación y los territorios donde tiene cabida el MIB dirigiéndose desde lo general hacia lo particular.

Así pues (Brakarz, 2002) señala que el mejoramiento tiende a solucionar las problemáticas del saneamiento básico, las condiciones de vida de los beneficiarios, la participación comunitaria y la mejora en la gestión de los servicios urbanos, por lo que cumple un papel preponderante en la gestión que se lleva a cabo en el suelo urbano.

Por su parte, ONU-Hábitat ve en el MIB una herramienta de vital importancia para la consolidación de los derechos de posesión y regularización de asentamientos, involucrando el tópico partici-

pativo con el fin de generar una construcción social del territorio en torno a soluciones colectivas, adoptando nuevos enfoques de intervención espacial, con el fin de reducir el déficit cualitativo de la vivienda.

En este punto es necesario retomar los planteamientos que se realizaron líneas arriba, en el que se veía la informalidad como una variable residual de la migración campo-ciudad, escasez de suelo, densificación como producto del cambio en los modelos de ciudad y presiones urbanas en la medida en que se genera el cambio de valor de uso a valor de cambio en las unidades habitacionales. Lo anterior promueve entonces la necesidad de buscar alternativas que comprendan las condiciones de habitabilidad de entes territoriales que están siendo permeados por dichas características.

A partir de ello, entes multilaterales se dieron a la tarea de buscar programas que respondieran a los contextos de la informalidad y condiciones de precariedad. Así fueron varios los países y tecnicas utilizadas como experimento, por ejemplo, la autoconstrucción asistida formulada por Turner en el Perú; el Centro Interamericano de Vivienda y Planeamiento Urbano CINVA, entre otras. Los cuales sucumbieron ante las lógicas del capital y de las nuevas tendencias en materia de la atención de la provisión de la vivienda social.

Luego ONU-Hábitat postula el Programa de Mejoramiento Integral de Barrios y se establece en Colombia como parte de experimentación en ciudades como Bogotá y Medellín hacia la década de los 80`s, luego mutó en cuanto a su composición y es re planteada en el nuevo milenio como parte de la política pública habitacional, elaborada por parte del Ministerio de vivienda, ciudad y Territorio, planteando nuevos escenarios, pues se parte de conceptos urbanísticos del hábitat, donde se considera que estas condiciones influyen de manera significativa en la vida de las personas, por tal razón en la medida que mejore el hábitat, tendrá repercusiones positivas en los estilos de la vida de la población y consecuentemente ayudará a superar los índices de pobreza.

En lo que a ello respecta el Ministerio de Vivienda establece que:

> El Programa de MIB busca mejorar las condiciones de vida de la población pobre y de extrema pobreza asentada en barrios de origen informal mediante el mejoramiento de su entorno

> habitacional, con la inversión en acciones físicas, sociales, ambientales, económicas y legales que posibiliten su integración e inclusión en la estructura funcional y productiva de la ciudad" (Ministerio de Vivienda, 2014, págs. 75-76).

En tal sentido, el programa en su discurso pretendía ejecución de obras físicas para satisfacer las carencias en servicios públicos, infraestructura vial, equipamientos básicos; espacio público, todo ello bajo un modelo de gestión pública que implica la participación activa de actores privados en concertación con la comunidad.

Por otra parte, un estudio de la Misión Hábitat Bogotá, sobre la política de financiación del hábitat en Bogotá (2007) establece la necesidad de una gestión integral de hábitat, promoviendo la urbanización legal mediante acciones preventivas orientadas a ofrecer alternativas económicas viables que compitan con la oferta ilegal e informal de vivienda, pues no se puede desconocer este sector y la forma de acceso a la habitación.

Con el fin de cumplir con dichos preceptos se debía realizar la incorporación de los asentamientos informales a los procesos de legalización urbana adelantados, con el fin de asegurar la tenencia de la tierra y las condiciones mínimas de permanencia.

Con todo lo anterior, el MIB se postula como instrumento de desarrollo urbano, pues posibilita la realización de obras en diversas áreas mediante la focalización de sectores de alta concentración poblacional como los son los barrios informales. El impacto de estas inversiones se genera con miras a la reducción de los problemas de segregación socio- espacial de estos barrios, posibilitando la integración de lo informal a lo formal, a través de la expansión de redes de transporte, sistemas viales y de interconexión de servicios públicos, de igual forma resalta (Brakarz, 2002) la importancia de la valorización de predios aledaños a las obras construidas, aumentando la seguridad ciudadana.

Además, el mejoramiento integral de barrios se ve como un modelo de intervención estatal orientado a reducir las brechas sociales y a generar conectividades, mediante el desarrollo de acciones sostenidas en el tiempo que contribuyan a complementar la construcción del municipio, en áreas con alta vulnerabilidad social y física, desde una perspectiva integral.

Finalmente, el MIB trata diversos temas relacionados con el bienestar humano, a partir de las relaciones existentes entre la comunidad y su territorio; por ende, se busca la mejora de las condiciones materiales y sociales en términos de calidad de vida para la población de los estratos socioeconómicos 0, 1 y 2 fundamentalmente. Con este programa, además, se pretende la participación de la comunidad en la generación de su bienestar a través de la construcción social del hábitat y reconfiguración de los imaginarios.

## Contexto del MIB en Latinoamérica

Como se ha hecho referencia anteriormente, los países en Latinoamérica han desarrollado zonas precarias e informales, para lo cual los entes multilaterales han actuado en contra del aumento de lo que (Schteingart, 2007) ve como la apropiación de baldíos y espacios "desocupados" y la parcelación por parte de constructores piratas; con lo anterior, es claro que a partir de la ciudad formal, paralelamente se han ido erigiendo asentamientos precarios que condicionan a la administraciones de los países de la región y la vida urbana, convirtiendo el hábitat en una especie de lucha por la sobrevivencia precarizada.

En tal sentido, el apoyo técnico y económico, definen lineamientos generales para ser cumplidos por los países participantes en los pilotos de los programas de mejoramiento de los asentamientos. Por tanto, el MIB se ha desarrollado en países latinoamericanos de manera focalizada bajo grandes objetivos, razón por la cual es necesario hacer una aproximación a algunos ejemplos de ellos, con el fin de ver las relaciones y diferencias que se generan en la puesta a punto del programa en Colombia.

## MIB- Chile (regeneración urbana en el barrio)

El programa en chile se denomina "quiero mi barrio", el cual se enfoca a recuperar los barrios marginales, para lo cual se ratificó mediante "Decreto Supremo" N° 14 de 2007, y tuvo injerencia sobre 200 barrios en la capital del país, Santiago. Es necesario recordar que antes del golpe de Estado neoliberal se realizaban ocupaciones en "Chabolas", mientras que a partir del gobierno de Pinochet estas ocupaciones son escondidas de la ciudad que se pretendía mercantilizar. En tal sentido, la informalidad re surge

en eras democráticas y se hacen necesario estos programas los que se enfocaron en reducir el déficit habitacional, mejorar los procesos de diseño y construcción.

Así mismo, promover la integración social, por medio de la inserción de los barrios a la ciudad consolidada, sostenibilidad ambiental y como una variable trasversal la competitividad en búsqueda de un desarrollo urbano integrado, lo cual asume un papel de renovación de zonas pauperizadas, pero que se encuentran emplazadas en zonas de interés económico.

De acuerdo con lo resaltado anteriormente, Chile, bajo las premisas del Banco Interamericano de Desarrollo, ha venido respondiendo a las demandas del mejoramiento del entorno barrial y el fortalecimiento de la participación ciudadana, como elementos fundamentales de las políticas habitacional y urbana; sin que por ello se tejan lazos sociales y se funden sobre la construcción social del hábitat que permitiría la cohesión y la mejora en las condiciones de habitabilidad. Lo cual se traduce en tener espacios públicos que respondan a la demanda, condiciones ideales del entorno, relaciones sociales y barrios integrados.

En materia administrativa, el programa de mejoramiento en Chile, de acuerdo con (Nieto, 2008) le concibió facultades a los municipios para que estos tomaran las respectivas decisiones, teniendo en cuenta la modalidad de ejecución, la cual podía ser directa, con participación municipal o por medio de una licitación. Para la fase de asignación y administración de recursos, el municipio actúa como entidad ejecutora de todas aquellas obras en las cuales tenga capacidad de operación.

Del mismo modo, la articulación de los actores institucionales y vecinales se realiza en estrecha coordinación con los municipios, forman parte integrante de los Consejos Vecinales de Desarrollo en los barrios. Finalmente, el Programa contempla diversas instancias de retroalimentación con autoridades del municipio para efectos de las evaluaciones de proceso y el diseño de la política futura del sector en materia de recuperación de barrios.

## MIB: México (programa hábitat)

De manera paralela, el programa de mejoramiento en México, por su enfoque integral, contribuye al desarrollo de habilidades, a la

formación de capital social, al mejoramiento del entorno, al ordenamiento territorial a la y planeación municipal o local.

De acuerdo con Brakarz (2008) promovió alcanzar las metas a través de las tres modalidades en que se estructuran las líneas de acción del programa: Desarrollo Social y Comunitario; Mejoramiento del Entorno Urbano y promoción del desarrollo Urbano; hacer de las ciudades y sus barrios espacios ordenados, seguros y habitables.

En cuanto al Mejoramiento del Entorno Urbano, este apoya la integración urbana de los habitantes de las zonas en situación de pobreza, mediante la introducción y mejoramiento de infraestructura, equipamiento y servicios urbanos básicos, el mejoramiento del entorno urbano y la prevención y mitigación de riesgos naturales; para lo cual se seleccionaban los polígonos de hábitat, comparado con el caso chileno, este es más difícil de aplicar, pues al momento de homogeneizar se pueden generar conflictos sociales y segregación al interior del polígono, generando detrimento para la población y la carencia de equipamientos de barrios adyacentes.

Algunos puntos en común de los casos estudiados para América Latina, han arrojado que el programa en México está enfocado para las organizaciones comunitarias y vecinales, pues estas comprenden el desarrollo de la construcción del hábitat en el espacio ocupado; por lo que los problemas en torno a ello que se han atendido, responden a las necesidades próximas de integración, saneamiento básico, espacio público y a mejorar las condiciones de infraestructura de las viviendas y del entorno, donde el crecimiento urbano no ha sido planificado.

## MIB: Brasil (Programa de asentamientos populares)

El programa surge debido al crecimiento acelerado de la ciudad informal que se asentó sobre las laderas debido a la inmigración y oportunidades de empleo en la ciudad, como una relación de vaciamiento que se presentó en Colombia. Este programa de urbanización de favelas se basó en la autoconstrucción, en que los técnicos municipales realizaban obras de saneamiento y vialidad mediante la contratación de mano de obra de las mismas favelas, reconociendo la existencia y necesidad de mejora de los asentamientos, a su vez que se legitimaba la intervención.

El programa contempló proyectos de infraestructura, tales abastecimientos de agua, alcantarillado, sistemas viales, drenaje pluvial, estabilización de laderas, alumbrados público, parques y jardines, así como servicios sociales y proyectos de generación de empleo para jóvenes, lo que permite entender el mejoramiento como un programa integral, que no se enfocaban en la intervención de objeto e infraestructura, sino que comprendía el apoyo social y económico.

La selección de favelas se realizó en función del NBI, así mismo fue financiado y ejecutado por el municipio, ya que esto facilita la ejecución, pues se reducen las instancias de decisión y se aclaran las líneas de autoridad y responsabilidad, la cual está regida por el principio de descentralización. De igual forma, y como un enfoque particular se generó una mayor participación comunitaria referente al diseño e intervención de los servicios públicos y construcción social de los asentamientos.

## MIB: Argentina (Programa de mejoramiento de barrios, PROMEBA)

Ante la Crisis económica de la última década del siglo XX, Argentina generó incapacidad y deficitaria gestión del para financiar con recursos propios del Estado la construcción de vivienda que beneficiara a las personas en condición de vulnerabilidad, por lo que se delegó este proceso a los bancos y al sector privado hipotecario, tal como se realizó en Colombia, bajo un enfoque de mercado y subsidio a la oferta, por lo que las condiciones de déficit cualitativo y cuantitativo aumentaron, con ello las barriadas precarias.

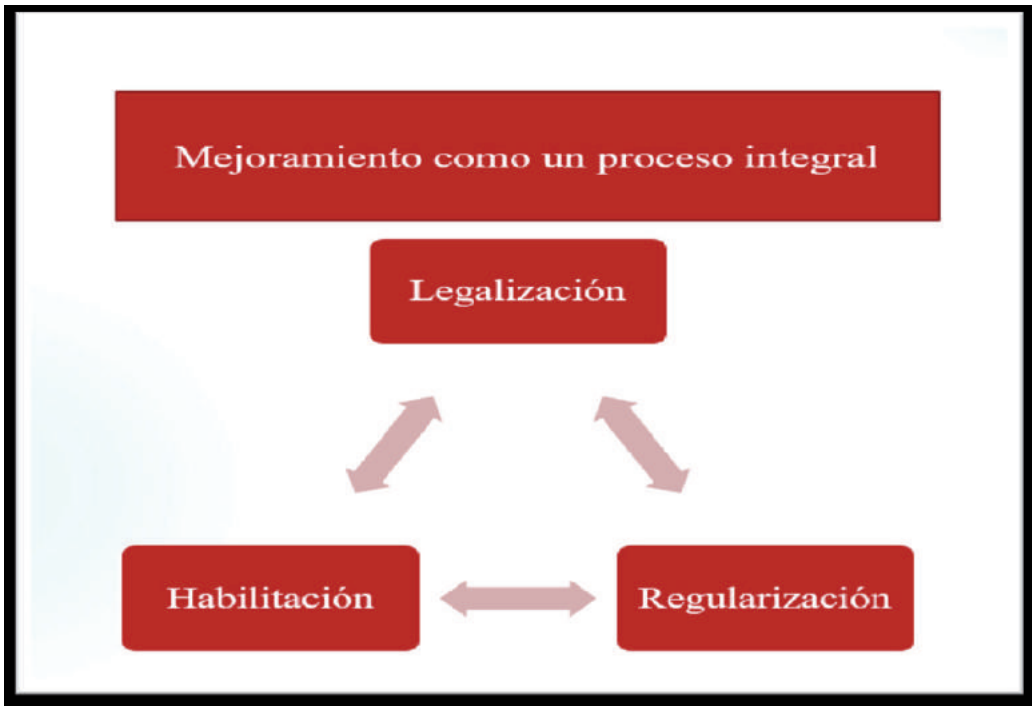
Ante dicho contexto, PROMEBA se desarrolla a partir de 1997 por medio de acompañamiento social, capacitación para el liderazgo y de seguimiento de las actividades comunitarias. A su vez que se encauza a los procesos de ocupación informal y mejorar la calidad de vida de la población de asentamientos irregulares, promoviendo la integración física y social de dichas áreas informales.

De acuerdo a lo anterior, es notable el papel del modelo económico y la generalización de los problemas urbanos, en América Latina, por medio de la segregación socio-espacial y las deficiencias en las condiciones de hábitat, siguiendo a (Jaramillo, 2008) ello ha conducido a la segregación socio espacial, e importantes grados de deterioro urbano en ciertas zonas de las ciudades.

Ello se traduce en barrios con deterioro en sus viviendas, espacios públicos e infraestructura comunitaria; territorios urbanos con escasa conectividad y deficiente accesibilidad vial y de transporte y problemas medio ambientales. También, existe un déficit importante de espacios públicos, interconexión vial, áreas verdes, presencia administrativa y equipamiento comunitario;

Finalmente, y como un problema transversal a los asentamiento informales se tiene que están estigmatizados negativamente por el resto de la ciudad, ya las relaciones sociales se encuentran en los mejores casos deterioradas, hay bajos niveles de organización social y participación comunitaria, grados crecientes de inseguridad y concentración de problemas de vulnerabilidad social, por lo que los programas de mejoramiento se justifican como un proceso de enfoque de acceso a derechos y construcción social del hábitat por medio de un desarrollo territorial integral.

*Figura 1. Proceso de mejoramiento habitacional integral*




Fuente: Elaboración propia a partir de Torres (2009)

## El Programa de Mejoramiento Integral de Barrios: Casos de estudio

El MIB surge como consecuencia de ciertas condiciones que se reúnen en torno a asentamientos informales o barrios precarizados, en tal sentido el crecimiento mayoritario de la población urbana, la pobreza representada en la necesidad básicas insatisfechas, el incremento de asentamientos informales debido a la presión de acceder a la vivienda, bajo un mercado inmobiliario que no permite la asequibilidad de todas las capas de la sociedad, por lo que la necesidad lleva a que se ocupen suelos no urbanizables.

Coincidiendo con esta última razón, la inequidad y vulnerabilidad generan un alto nivel de segregación y exclusión de estos asentamientos informales con respecto a la ciudad consolidada, representado en desconexión a redes de transporte, servicios y equipamientos.

De igual forma, la ocupación en zonas no aptas para vivienda lleva a que se esté en vulnerabilidad frente a fenómenos naturales, los cuales se potencian debido a la construcción antrópica. Finalmente, la tenencia de la tierra ilegal promueve desconexión de redes y ruptura del hábitat debido a desalojos; así como poca estimulación para realizar mantenimiento a las estructuras de las viviendas, evasión de impuestos, etc., lo que termina de condicionar la vulnerabilidad, esta vez frente al derecho a la ciudad.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, es necesario reiterar que el documento CONPES 3604 es un paso de gran envergadura para la política de vivienda, pues abordar los asentamientos informales desde el mejoramiento integral permite promover el derecho a la ciudad y reducir la segregación, ello se realiza por medio de la dotación de equipamientos, vinculación de actores a lo largo de la formulación e implementación del programa, complementar las acciones del CONPES desde la perspectiva de la prevención de los asentamientos precarios por medio de la habilitación de suelo y vivienda para los hogares de bajos ingresos en los suelos urbanos y de expansión de las ciudades del país y la implementación de estrategias de control urbano, finalmente el documento presenta ciudades pilotos, de las cuales se harán referencia a 5 en el presente documento.

## Leticia: Nueva Esperanza

Este apartado pretende abordar los pilotos establecidos de MIB en el territorio nacional, con el fin de dar una mirada al contexto de la pieza urbana y del municipio donde se implementó, así el Barrio Nueva Esperanza en Leticia se ubica en las proximidades del aeropuerto, se extiende sobre 3,2 hectáreas y de acuerdo con cifras del (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2009) en Nueva Esperanza viven cerca de 1190 personas. Es importante mencionar que el barrio fue legalizado en 2011 y que a la par surgieron necesidades asociadas al saneamiento básico, equipamientos, materiales precarios, carencia de espacio público, entre otras.

En tal sentido, el mejoramiento se enfocó a reducir la vulnerabilidad social y física, pues se disminuyó la amenaza de inundación y se realizaron obras de espacio público, acueducto, alcantarillado, todo ello en torno a la participación de la comunidad. Para lo cual se viabilizaron recursos desde el Banco interamericano de desarrollo y el MAVDT.

## Barrancabermeja: Caminos de San Silvestre

El barrio Caminos de San Silvestre está ubicado al norte de la ciudad de Barrancabermeja, en la comuna tres; dentro de sus principales características se encuentra la exclusión del tejido urbano y sobre escenarios de riesgo, según (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2009) el barrio se extiende sobre las 14 hectáreas y una población de 2507 habitantes, con precarización en la tipología de viviendas, servicios públicos y carencia de cohesión social.

Al respecto de lo anterior, se evidencio según el MVCT un fortalecimiento institucional y de las redes comunitarias al momento de la propuesta y puesta en marcha de las obras. Finalmente, para este caso las obras fueron desde la legalización de los predios hasta la construcción del parque.

## Florencia: Nueva Colombia

El barrio tiene una extensión aproximada de 3,3 hectáreas y una población de 1500 habitantes según cifras del MVCT, este piloto

tuvo problemas de ejecución, pues la participación comunitaria fue influyente en los procesos de participación y en la evaluación de la vocación que tiene su barrio, lo que justifica la partición como hecho cohesionador de la actuación estatal.

## MIB: Critica a un programa de inclusión social

De acuerdo a lo dicho hasta este punto, la configuración del territorio por parte de las comunidades fue influenciada por las necesidades y las cambiantes lógicas de asentamiento que dependieron de la coyuntura de aquel momento. Para el caso de los municipios de estudio, gran parte de este problema fue generado por el desplazamiento interno de grupos poblacionales.

Así, la migración de un grupo de personas produce un incremento en el precio del suelo, por lo que la forma más rápida de solucionar las demandas habitacionales de los nuevos habitantes es ir hacia zonas deprimidas, producto del mejoramiento de barrios.

Sumado al proceso de desplazamiento, el incremento en la calidad de las condiciones de habitabilidad, una mejora en la disposición de equipamientos y conectividad con el centro anteriormente deprimido hacen de los barrios intervenidos un polo receptor de nuevas clases sociales, que aprovechan la incorporación de los predios informales a la ciudad, para darle valores a suelos antes depreciados; por lo que se promueven impactos y manifestaciones en la calidad de vida de diferentes sectores de la población, de acuerdo a varios procesos en el mercado y las familias que ocupan los barrios intervenidos.

De tal forma, se deben analizar los cambios sociales ya que dichas transformaciones se vinculan con los procesos de globalización y nuevas tendencias para la valorización de suelos previamente informales. En tal sentido, el problema geográfico a abordar es la gentrificación provocada por la intervención en los barrios, ya que es un proceso con trascendencia social; además, permite comprender los cambios en las desigualdades y pautas en la diferenciación social y la configuración de la ciudad.

En este sentido, los habitantes en condición de desplazamiento fueron movilizando hacia las periferias de los municipios estudiados, haciendo de estas zonas precarias para la habitabilidad humana. Estas condiciones motivan a que las administraciones loca-

les realicen intervenciones focalizadas en cuanto a la legalización, incorporación y mejoramiento de predios de origen informal, lo que consecuentemente generará un proceso de cambio de clases sociales, lo cual se vincula con la relocalización habitacional y de consumo para personas de altos ingresos.

Debido, a la intervención de los barrios informales, algunos sectores se consolidan se convierten en polos de demanda habitacional y de consumo de equipamientos por un grupo de personas de altos ingresos, posterior a la revitalización de estas zonas a causa, entre otras, de la especulación, parcelación, políticas de conservación.

Estos problemas referenciados generarán cargas sobre el territorio; tales como demanda excesiva de bienes y equipamientos, presión sobre los usos del suelo, también la migración de las industrias. Ello con relación a que la reubicación de los habitantes afectará las dinámicas territoriales, de comunicación y de conexión que deben ser estudiadas desde una base histórica con el fin de comprender las lógicas modernas de la localidad, pues, así como se reubica a la población en condiciones de informalidad, ello se convierte en un círculo vicioso, pues los polígonos antes abordados serán ocupados por nuevos desplazados de las urbes y de las regiones.

La reorganización territorial de las ciudades influye en la polarización socioespacial, caracterizada por su forma alargada sobre las faldas de los Cerros y sobre zonas susceptibles a riesgos naturales. Retomando lo anteriormente expuesto, los nuevos procesos urbanos parecen así destinados a formar la verdadera metrópoli, hecho que se refleja también en una mutación de las imágenes de los centros mismos, de una negativa propia de la ciudad fordista a otra positiva característica de la ciudad difusa posfordista. Todo ello tiene además importantes consecuencias para las modalidades de la planificación urbana, las cuales deben apoyarse también en conexiones de tipo reticular entre los espacios ocupados históricamente.

De acuerdo con el marco de referencia, se generó en las zonas incorporadas bajo el marco del MIB un incremento en el consumo directo e indirecto de la generación de un valor agregado de los equipamientos y servicios, además de la revalorización del suelo por su ubicación geoespacial, lo cual finalmente se convierte en atractivo para ocupantes con alta capacidad adquisitiva, en este caso.

Por su parte Harvey (1989) ve en la ocupación, antiguos barrios informales, finalidades residenciales que corresponde a una práctica posmoderna que adopta nuevas formas de considerar al espacio urbano mediante una concepción construida de la continuidad histórica y la memoria colectiva.

De tal forma, la fragmentación de las relaciones sociales históricamente construidas irrespeta el derecho a la ciudad, bienestar y una degradación en la integración de las relaciones humanas.

A partir del anterior fundamento teórico, se observa dentro de los polígonos estudiados, una fragmentación de clases sociales, resultado de dos procesos simultáneos, como se dijo el de gentrificación y pauperización como fenómenos directamente proporcionales. Entonces, el MIB refleja la reestructuración del mercado del suelo y su impacto diferencial entre distintas clases sociales urbanas y la globalización de consumo que se expresan en la diferencia espacial de la ciudad.

Para el análisis de la ruptura de las relaciones sociales, se tiene en cuenta que el desplazamiento causado por la especulación del mercado inmobiliario, movilizó a los habitantes originarios de barrios informales. Mientras que los sitios abandonados por los antiguos residentes serían ocupados por nuevas clases populares, estableciendo los barrios deprimidos.

Entonces, se genera un proceso de especulación, como ya se advirtió, dando lugar a la reubicación de personas de altos ingresos, evidenciando el modelo de cambio de clases sociales producto de la inclusión de zonas informales al mercado legal del suelo urbano. Como se advirtió, se produce una ruptura en las dinámicas sociales y habitacionales y un cambio en la morfología urbana, pues lo equipamientos existentes son atrayentes para nuevas clases más acomodadas, lo que ocasiono una mixtura en la conformación de clases.

## Macroproyectos de Interés Social Nacional

Los Macroproyectos de Interés Social Nacional MISN de acuerdo al Ministerio de Vivienda (2014) son intervenciones promovidas por el Gobierno Nacional que vinculan instrumentos de planeación, financiación y gestión del suelo para ejecutar una operación de gran escala que contribuya al desarrollo territorial, de determinados municipios, distritos o regiones del país.

El objetivo de estos macroproyectos es el de aumentar la oferta de suelos urbanizados para el desarrollo de programas de vivienda de interés social VIS y Vivienda de Interés Prioritario VIP, especialmente en los municipios y distritos del país que concentran un importante déficit habitacional y donde se han encontrado dificultades para disponer de suelo para el desarrollo de los programas VIS - VIP.

Los Macroproyectos de Interés Social Nacional se presentan como una alternativa para combatir la aparición de asentamientos informales en las ciudades colombianas, sin embargo, la producción de vivienda nueva a gran escala no necesariamente se ha convertido en una opción real frente a las viviendas informales.

Con el fin de analizar los Macroproyectos como posibilidad ante la urbanización informal se observa en un primer el contexto jurídico de esta iniciativa y posteriormente los impactos de la implementación de estos programas en la configuración espacial de la ciudad y las implicaciones sociales asociadas a la realización de grandes proyectos de vivienda social.

## Contexto normativo del programa.

El Gobierno Nacional adoptó un programa de Macroproyectos de Interés Social Nacional a través de la Ley 1151 de 2007 (Plan Nacional de Desarrollo -Estado Comunitario: desarrollo para todos) en su artículo 79 y posteriormente creó el marco regulatorio del programa mediante el Decreto 4260 de noviembre de 2007 que plantea un marco amplio de apoyo gubernamental a la realización de estos programas.

En marzo de 2010 la Corte Constitucional emitió un fallo sobre una impugnación al Artículo 70 de la Ley 1151, declarando inconstitucional el marco legal del programa fundamentado en que el programa permitía al gobierno nacional eludir los procedimientos municipales para la aprobación de cambios en los planes de ordenamiento territorial existentes.

Específicamente, la Corte determinó que el Artículo 79 de la Ley 1151 no contempla la facultad de las autoridades municipales para regular su propio territorio, su desarrollo y uso y permitía que el Gobierno asumiera una facultad que no estaba otorgada constitucionalmente (Banco Mundial, 2010). Además, la Corte de-

terminó que dicho artículo desplaza las facultades otorgadas por la Constitución a los concejos municipales y distritales con respecto a la elaboración, revisión y ejecución de Planes de Ordenamiento Territorial. Como el fallo de la Corte no era retroactivo, dio el carácter de derechos adquiridos a todos los subproyectos anunciados, aprobados y en curso en virtud del Decreto 4260.

Posteriormente, el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 "Prosperidad para Todos" identificaría a la vivienda dentro de las cinco generadoras o "locomotoras" de crecimiento de la economía colombiana trazándose como reto la construcción de un millón de viviendas nuevas, con el fin de cumplir este objetivo una de las estrategias desarrolladas por el Gobierno fue la reformulación de los MISN desde un marco jurídico que no contravinieren la facultades constitucionales de los niveles territoriales por medio de la Ley 1469 de 2011 "Por la cual se adoptan medidas para promover la oferta de suelo urbanizable y se adoptan otras disposiciones para promover el acceso a la vivienda", estos nuevos Macroproyectos serían reconocidos como de "segunda generación".

En el mismo año el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1490 del 2011 dirigido a garantizar la existencia de suelo urbanizable para los proyectos de construcción de vivienda y reubicación de asentamientos humanos para atender la situación de desastre nacional y de emergencia económica, social y ecológica nacional a través de la puesta en marcha de Proyectos Integrales de Desarrollo Urbano PIDU, los cuales se concibieron con enormes similitudes en proceso y alcance a los MISN.

Adicionalmente, el decreto permite que los MISN ya aprobados (de primera y segunda generación) puedan ampliarse para atender las soluciones habitacionales de las personas damnificadas por un desastre o que habitan zonas de riesgo no mitigable (Mendéz, Hincapié y Agudelo, s.f.).

## Sobre los Macroproyectos

La implementación de los Macroproyectos de Interés Social Nacional representa grandes transformaciones en las áreas intervenidas, con efectos e impactos sobre los diferentes actores involucrados en los proyectos. En el país hasta ahora el Ministerio de Vivienda reporta la adopción de catorce 14 Macroproyectos en trece (13) municipios, como se muestra en la tabla1.

De estos proyectos se tiene que desde su puesta en marcha en 2009 sólo se han entregado 54.865 viviendas de las cuales 51.216 son de los MISN de primera generación, frente a 3.649 de los MISN de segunda generación, estos resultados distan de las metas planteadas por el gobierno nacional que afirmaba que los MISN de "primera generación" generarían más de 315.000 viviendas y los de "segunda generación", desarrollarían más de 24.000 viviendas, por su parte los PIDU's aportarían un número superior a las 32.000 viviendas. (Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio – MVCT, 2011).

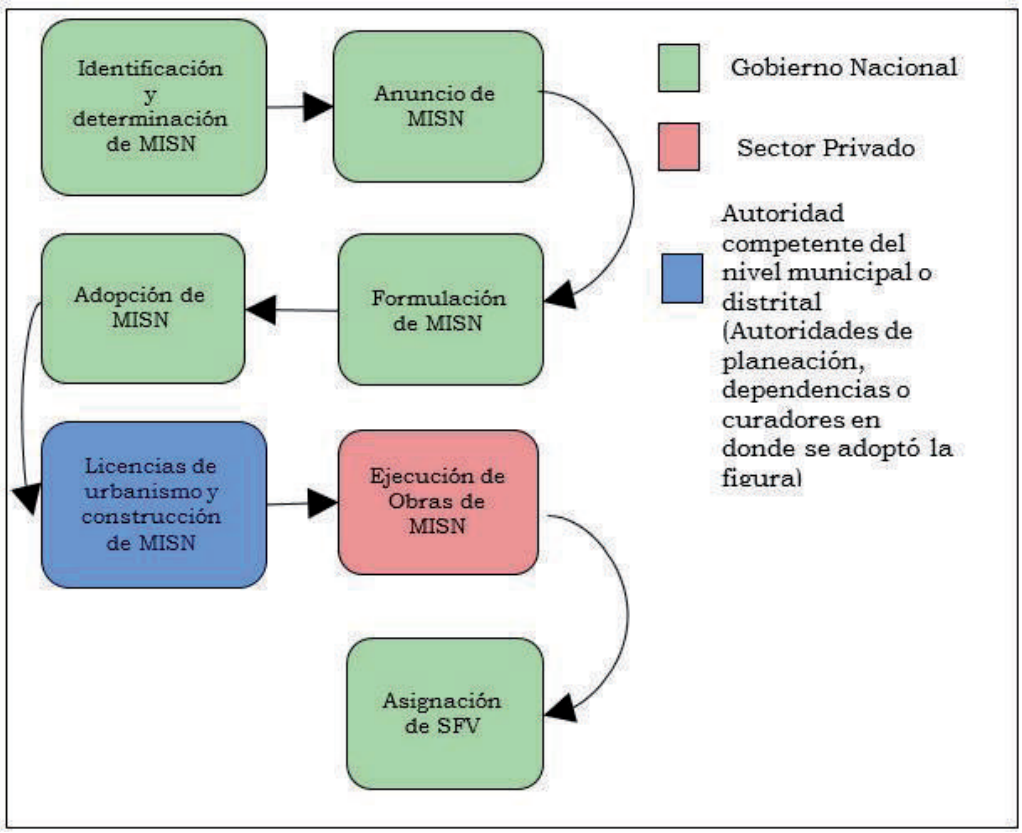
*Tabla No. 1. Macroproyectos adoptados hasta 2017*

| Generación | Proyecto | Municipio | Departamento |
|---|---|---|---|
| Primera Generación | Altos de Santa Helena | Cali | Valle del Cauca |
| | Ciudadela San Antonio y Ciudadela Nueva Buenaventura | Buenaventura | Valle del Cauca |
| | Ecociudad-Navarro | Cali | Valle del Cauca |
| | Villas de San Pablo | Barranquilla | Atlantico |
| | Ciudad del Bicentenario | Cartagena | Bolívar |
| | Nuevo Occidente "Viviendas con Corazón hacia Territorios Equitativos" | Medellín | Antioquia |
| | Bosques de San Luis | Neiva | Huila |
| | Centro Occidente de Colombia | Manizales | Caldas |
| | Ciudad Verde | Soacha | Cundinamarca |
| | Ciudadela Gonzalo Vallejo Restrepo | Pereira | Risaralda |
| Segunda Generación | La Italia | Palmira | Valle del Cauca |
| | Ciudadela del Valle | Tulua | Valle del Cauca |
| | PIDU Mirador del Frayle | Candelaria | Valle del Cauca |
| | Pienta-Homenaje Comunero al Bicentenario | Piedecuesta | Santander |

Fuente: Elaboración propia basado en información del Ministerio de Vivienda, ciudad y territorio.

El modelo de operación de los MISN consiste en la habilitación de suelo a través de mecanismos de planificación para la construcción de vivienda social, dicha habilitación es adelantada por el Ministerio de Vivienda en coordinación con otras entidades del nivel subnacional. Por su parte el sector privado se encarga de producir las viviendas sociales, para que los hogares las adquieran a través del subsidio familiar de vivienda SFV que otorga el Gobierno Nacional y financiación para un crédito hipotecario entregado por el sector financiero privado.

*Gráfico No. 1. Actividades del modelo de operación de los MISN*




Fuente: Elaboración propia con información del DNP

A través del modelo de operación se define la localización de los proyectos, los diseños de estos, el equipamiento propuesto, el acceso a servicios públicos domiciliarios, las conexiones al sistema vial de la ciudad, las condiciones de habitabilidad de las viviendas, el cierre financiero de los proyectos y los impactos ambientales y sociales relacionados con las familias que habitarán los proyectos y las personas que viven en el área circundante.

## Impactos de los Macroproyectos

Si bien aún no se han logrado cumplir las metas de producción de viviendas sociales a través de los Macroproyectos, las viviendas construidas tiene impactos sobre los territorios, principalmente en la generación de una morfología urbana segregacionista, es decir la producción de zonas de la ciudad que se encuentran desconectadas funcionalmente de la ciudad consolidada, además de los impactos sociales que implica la aglomeración de muchos habitantes con altas similitudes respecto a sus condiciones socioeconómicas.

En general se puede identificar que los proyectos al requerir grandes hectáreas de suelo y la dificultad de disponibilidad de este, así como por la ventajosa relación costo-beneficio en la adquisición de los predios, los MISN adoptados se construyeron en los márgenes de las ciudades y las áreas de expansión urbana, en lugar de las centralidades de la ciudad consolidada.

La construcción de los proyectos en dicha localización significa una transformación de la morfología urbana de la ciudad y de su modelo de ocupación determinado desde el nivel municipal y que puede ser diferente al sentido otorgado desde la Nación.

Por lo tanto, los Macroproyectos construidos en suelo suburbano en el perímetro de la ciudad y en otros casos en suelo rural, se relaciona con un modelo de ciudad dispersa en términos del crecimiento hacia los márgenes, pero también se caracteriza por la densificación de estas zonas.

Ahora, cabe anotar cuales son las implicaciones de la construcción de los Macroproyectos en los márgenes de las ciudades, de acuerdo a la opinión de la Administración y algunos estudios como el de Espinosa (2014) algunos de estos proyectos (de acuerdo a sus condiciones particulares).

Por ejemplo, el de Ciudad Verde en Soacha impiden la conurbación informal de la ciudad de Bogotá y el municipio de Soacha, lo cual es visto como positivo, ya que, en lugar de producirse una ciudad informal, desarticulada de la ciudad y sin mínimas condiciones de habitabilidad, se puede dirigir un proyecto de planificación planeado, en el que sus habitantes gocen de todos los servicios y funciones de la ciudad consolidada.

A pesar de los esfuerzos en los diseños, los Macroproyectos se han convertido en áreas desconectadas funcionalmente de la ciudad consolidada, resalta la fragmentación y la falta de articulación de con la ciudad y la región, en materia del acceso al servicio de transporte público, y la dependencia con las centralidades de la ciudad para beneficiarse de los servicios de salud y educación y de las actividades productivas.

A diferencia del modelo de ciudad dispersa, en el cual la ciudad experimenta un crecimiento horizontal orientado a la creación de nuevas centralidades que dotan a las zonas de todos los servicios necesarios de la vida urbana, el crecimiento horizontal y compacto de los proyectos es insuficiente para proveer resolución a las necesidades básicas de sus habitantes.

La localización de los proyectos es inadecuada en la consecución de una ciudad más equitativa y conectada, de hecho, reproduce una morfología urbana segregacionista, no es azar que la localización de los proyectos se solape con espacios de segregación residencial en las ciudades, se corresponde con un tipo de producción de vivienda social orientado al mercado, en el que es el sector privado es uno de los rectores en la producción de la vivienda social.

Es en el marco de un mercado de vivienda formal e informal que se confina a poblaciones homogéneas a ciertas zonas de la ciudad donde el mercado inmobiliario fragmentado (orientados a sectores socioeconómicos diferentes) generó una oferta inmobiliaria diferenciada reflejada en una espacialidad igualmente fragmentada (una ciudad para “ricos” y otra ciudad para “pobres”, articulada al poder adquisitivo de la demanda y sus deseos de distinción socio-espacial (Abramo, 2012), de esto se desprende un patrón de distribución residencial particular.

Aunque los MISN son planes diseñados que buscan abarcar todas las dimensiones involucradas en un proyecto urbano, en ocasiones son insuficientes para abordar la complejidad de los hechos sociales relacionados con la vivienda. Por ejemplo, la creación de espacios homogéneos puede redundar en fenómenos de segregación residencial.

La segregación residencia se presenta cuando existe baja mezcla de hogares con condiciones disímiles de acuerdo a un criterio elegido, es decir que existe una alta concentración de grupos con

condiciones similares (Secretaría Distrital de Planeación y Universidad Nacional, 2013) como los ingresos socioeconómicos.

La concentración espacial de familias de bajos ingresos provocada por la producción de vivienda social en masa tiene implicaciones sociales para sus habitantes, que buscan ser revertidas pues se asocian a los asentamientos informales y sin embargo no logran hacerlo, ya que el aislamiento físico de los procesos de la ciudad genera formas de empobrecimiento o de degradación social, y la ubicación de la vivienda imposibilita la inserción laboral y política de los grupos de menores ingresos y el fortalecimiento de las relaciones sociales y el tejido social.

La adquisición de vivienda mediante los MISN repercutió en una atomización de los beneficiarios de los proyectos, los cuales de manera individual gestionan la consecución de su residencia y en general no pertenecen a organizaciones que exigen el derecho a la vivienda. Así pues, no hacen parte de redes de gestión vecinal, lo cual los distancian aún más de la resolución de sus problemáticas y de su compromiso con las situaciones de su barrio.

La localización de la vivienda social es un factor que interviene en la formación del capital humano, debido a que la localización (o relocalización) en un determinado lugar condiciona las posibilidades de acceso a las oportunidades laborales, educativas, servicios urbanos y determina los niveles de integración física y social de los habitantes en su nueva localización. (Marengo & Elorza, 2014).

A manera de conclusión, se observan efectos físicos y sociales indeseados producidos por los MISN, pues estos se constituyen en espacios homogéneos de vivienda que no gozan de todas las condiciones de habitabilidad, se encuentran distanciados de la ciudad consolidada y sus servicios, además de impedir su articulación con oportunidades laborales y educativas.

## Macroproyectos de Interés Social Nacional y su papel en la autónoma administrativa

La adopción de los macro-proyectos, consiste en intervenciones de parte del gobierno nacional omitiendo el papel de la rama legislativa, recordando a Pedro Hernández, una de las características de la descentralización territorial consiste en tener asuntos propios de los entes territoriales, en este caso las entidades territoriales tienen las competencias para identificar cuál es el suelo de expansión disponible sobre el cual se construyan VIS.

Con disposiciones de este corte no se genera la institucionalidad para las cuales se han sostenido las entidades territoriales, sin contar que varios municipios al no tener la cantidad de recursos suficientes, quizás por la categorización incorrecta municipal, mantienen una actitud pasiva para esperar los recursos, lo cual justifica la dependencia hacia el gobierno Central; sin embargo pese a este vicio de la descentralización, ésta no se adoptó con la idea de que el gobierno central violara la autonomía de los entes territoriales.

## Macroproyecto San José - Manizales

De acuerdo con las dinámicas de ciudad y la importancia regional, Manizales se convirtió en otro piloto del MIB de acuerdo al CONPES 3604 de 2009, el cual actuó sobre el sector de Cervantes cubriendo a 1614 personas cubriendo la legalización, provisión de equipamientos, vías y mejoramiento de la vivienda, captando 3.250 millones de pesos, de acuerdo con el MVCT.

Sin embargo, el proceso de ocupación del territorio y en respuesta a configuraciones económicas para el posicionamiento de la City Marketing promovió el cambio de enfoque de política y su tendencia hacia los Macrproyectos.

Para el caso en cuestión, San José posibilitaba la incursión de 8000 viviendas, de las cuales la mitad se destinaria a VIS y VIP, promoviendo una reconfiguración territorial, cambiando además los imaginarios de las personas y las nociones de hábitat. La propuesta era entonces coherente con la visión de la ciudad definida en el POT, específicamente en que proponen convertirla en ciudad-municipio con alta calidad de vida, municipio responsable, municipio con infraestructura, municipio con amplios espacios y ciudad universitaria del país.

La idea del proyecto era generar que Manizales mejorara las condiciones de calidad de vida de sus habitantes más vulnerables, en este caso los habitantes de la Comuna San José, por medio de intervenciones urbanas signadas por la renovación, rehabilitación y recuperación ambiental urbana de la ciudad, también debido a la proximidad del polígono al centro histórico y equipamientos de importancia, lo que le hizo encarecer el precio del suelo.

Ante esto se configuran escenarios posibles de entre los cuales el

Macroproyecto resultó el más acertado económica y urbanísticamente, dada la cantidad de personas que favorecería y los múltiples beneficios que traería para toda la ciudad.

En tal sentido, la población beneficiaria a partir de la realización del proyecto estaba definida por el tipo de acciones específicas que hacen parte de éste. Teniendo en cuenta que, por una parte, se iban a construir VIP y VIS en la Zona Norte, junto con adecuación del espacio público y equipamientos, por otra se hará rehabilitación de la Zona Sur y recuperación ambiental en la Zona Oriental, se desprenden distintas clases de beneficiarios directos e indirectos.

Ilustración de la Ciudad de Manizales. En la parte inferior se ubica el Macroproyecto San José. Fuente: Elaboración propia

Pese a ello, el déficit cuantitativo y cualitativo de la vivienda no se redujo en la ciudad de Manizales, pues la realización del Macroproyecto San José, tuvo un retraso en las obras de infraestructura, lo cual ha conducido al empeoramiento de las condiciones de vida de los pobladores que aún quedan sobre el territorio fragmentado física y resquebrajamiento del tejido social que allí existía. En ese sentido, el rediseño de las formas de intervención para la Comuna permite crear una alternativa que trate de agilizar los procesos y se trate de ajustar a las características particulares de la Comuna San José.

Cabe resaltar que a 2016 la entrega de viviendas se contaba en 24 unidades, lo que dificulta la legitimación del proceso de política pública, pero además recaba en la deconstrucción del hábitat pues los asentamientos informales que componían el polígono en

el que se erige el Macroproyecto fueron derribadas y se mantienen algunas culatas que denotan inseguridad en el imaginario de la ciudad.

Así mismo, el proyecto quiebra financieramente y debe ser reducida la cantidad de VIS y VIP con el fin de apalancar los gastos adicionales, cambiando zonas exclusivas de vivienda social y zonas mixtas de más alto valor el metro cuadrado. Finalmente, los equipamientos con los cuales iba a contar el macroproyecto aún no se han viabilizado y carecen de continuidad con la trama que organiza San José.

## Ciudad Verde – Soacha

De otra parte, el segundo caso de estudio es la implementación de Ciudad Verde en Soacha, específicamente en la comuna tres, que suponía una integración tanto urbanística como social que contemplase la calidad de vida y la diversidad del entorno, que diera respuesta a las necesidades de la comunidad. Pero lo que se evidencia con la puesta en marcha del proyecto es una segregación socio - espacial, ya que lo que se buscaba a nivel de dotación y equipamientos era adelantar procesos que permitieran buscar la equidad en cuanto a cantidad, localización y servicios, que prestarán estos Macroproyectos.

Propendiendo la satisfacción de las necesidades de la población mediante la creación de núcleos integrados en cuatro diferentes zonas de la ciudad, que buscan hacer justicia con el déficit de equipamiento que presenta el municipio hoy día, al igual que consolidar cuatro distritos sociales como sitio de encuentro de la comunidad, en la búsqueda de la reconstrucción del tejido social y generación de hábitat.

En cuanto a los equipamientos ya sean del área de influencia o del mismo proyecto, en cuanto a las cesiones públicas, en términos generales han aumentado los porcentajes de parques, zonas verdes, sin embargo se modificó el área sobre la cual se calculan estos, lo cual no son suficientes para la población que los demanda. Hoy en día faltan varios de los equipamiento que se contemplaban en el proyecto como los son las vías de acceso que el proyecto desarrolla, no se ha logrado integrar el proyecto en materia vial con el resto de Soacha y Bogotá.

Los predios del proyecto corresponden a un sector de la comuna cuyos usos del suelo fueron establecidos como rural y de expansión urbana mediante POT, que debido a la gestión del proyecto bajo la figura legal Macroproyecto de Interés Social Nacional pudieron ser incorporados al área urbana sin necesidad de revisiones y/o ajustes al POT del municipio.

A pesar de que fue necesaria la modificación de la norma, se evidencia una falencia en la autonomía del municipio en cuanto a ordenamiento territorial. En cuanto a las normas generales para los planes parciales y/o Macroproyectos ciudad verde acoge que el uso dominante para el desarrollo que es el residencial con usos compatible institucionales, comercio y servicios.

Si bien, Soacha fue sujeto de la implementación del programa de Mejoramiento Integral de Barrios bajo los lineamientos establecidos en el CONPES 3604 DE 2009, el nivel de cobertura fue muy bajo en términos de hogares y viviendas (506 para Soacha), focalizados en un solo barrio en cada ciudad, por lo que no logra aportar información contundente sobre el impacto de este tipo de intervenciones en predios ya ocupados; por el contrario deja expectativas en torno al proceso en la población beneficiaria y circundante, pero adicionalmente como iniciativa es reemplazado por los MISN, generando procesos de resistencia social frente al tipo de operación, formas de adquisición del suelo y reconfiguración del nuevo tejido social.

Dado que es una intervención que necesariamente genera densificación poblacional, conlleva por tanto a nuevas formas de reterritorialización por parte de la población original de la zona, así como de los nuevos habitantes, impidiendo la configuración de un modelo de ocupación que se articule con el contexto de cada ciudad, impidiendo se cumpla con el objetivo primario de reducir el déficit cualitativo y cuantitativo de la vivienda y el municipio.

Como resultante de los procesos de densificación urbana y poblacional que trae inmersos los MISN, pues en sus comienzos se pretendían 18.000 viviendas y en la actualidad van en 49.000 unidades, lo que además conllevan a pensar cómo el valor del suelo se ha incrementado y la esencia del proyecto también ha mutado pues en sus últimas fases se pretenden viviendas no VIP.

Así mismo la construcción y ampliación de la red vial, la provisión

de nuevos equipamientos y la adecuación de sistemas de movilidad que poseen ciudades intermedias que han sido receptoras, genera impactos negativos en las dinámicas propias de sus territorios, por cuanto no sólo fragmenta la estructura urbana, sino que rompe el tejido social construido por sus habitantes alterando sus relaciones funcionales, al tiempo que incentiva y acelera procesos de expansión urbana con connotaciones de informalidad, bajo la expectativa de que su cercanía a un proyecto legal pueda proporcionarles el mismo carácter.

Teniendo en cuenta lo anterior, no se identifica una coherencia entre cesiones al municipio por cada tratamiento de desarrollo, en cuanto los porcentajes de zonas verdes y parques y zonas de equipamiento, no corresponden a los que se deben establecer en la zona de influencia con la instauración del proyecto.

En cuanto a los tratamientos urbanísticos la zona de influencia (comuna 3) cuenta con un tratamiento de renovación urbana, buscan orientar la recuperación, revitalización y/o transformación integral de áreas ya desarrolladas del municipio, sin embargo el proyecto al ser cualificado igualmente como suelo de expansión maneja un tratamiento de desarrollo, con el fin de urbanizar esos suelos desocupados.

Lo anterior ha planteado retos en la construcción del hábitat y la participación comunitaria se ha enfocado al mantenimiento y generación de medios de seguimiento y veeduría hacia la provisión de equipamientos. Así, los habitantes individual o colectivamente pueden ir variando sus relaciones y actuaciones en el espacio, por lo que las rutinas, hábitos y necesidades van promoviendo esos encuentros, para lo que el espacio público generado en los planos, así como los equipamientos tienen un papel fundamental, el cual de no ser provistos seguirá recabando en las desigualdades sociales. Así como la inconclusión de la cohesión social y el sentido de pertenencia, desarrollando entonces fragmentación, no solo al interior de Ciudad Verde, sino con respecto a la ciudad.

Ilustración 2 Predio para construcción de un hospital, Ciudad Verde – Soacha. Sin embargo, el macroproyecto ya lleva más de 7 años. Surge el interrogante ¿cuándo se realizará la construcción y de quién es la responsabilidad? Fuente: elaboración propia.

La accesibilidad y conectividad con la ciudad de Bogotá es uno de los problemas más relevantes, puesto que el ingreso y salida actual, sólo es posible por la Autopista Sur. No se ha realizado un trabajo articulado por las Entidades del orden nacional, departamental, municipal y sector privado para cumplir con lo establecido en la planeación del proyecto en términos de conectividad de la malla vial a través de la Avenida Ciudad de Cali y corredor de la Avenida Longitudinal de Occidente.

Igualmente, la deficiencia en la infraestructura y transporte público ha llevado a que la población deba resolver por cuenta propia esta necesidad, para ello surgen transportadoras piratas (Por un lado, se encuentran taxis realizando rutas circulares entre Ciudad Verde y la estación Terreros de TransMilenio, y por otro lado se encuentran vehículos particulares prestando el mismo servicio de transporte (Ilegales)), lo que representa un costo monetario y social adicional para los usuarios.

Teniendo en cuenta los dos casos de estudio a profundidad, se obtuvo que las preexistencias en términos de sistemas estructurarte, redes y equipamientos en la ciudad, hacen necesario que el diseño de los mismos al interior del Macroproyecto cuente con una arti-

culación física y estrategia de financiación puntual, a fin de evitar traumatismo en la prestación de servicios básicos a los nuevos habitantes. Sumado a esto y sin desconocer las lógicas del mercado inmobiliario dominante, es necesario que desde los diferentes niveles de gobierno se diseñe estrategia para que las viviendas sean adquiridas por los propios habitantes de la zona; de este modo se conservarán los actores que conforman el tejido social, mejorando las condiciones del hábitat y evitando desencadenar procesos de segregación. En este sentido, factores como el incremento en el valor del suelo resultante de las mejoras en la zona, el bajo poder adquisitivo de la población

De manera paralela las ciudades deben buscar mecanismos para mejorar la calidad de vida de sus habitantes, incentivar y atraer el desarrollo económico, bajo un acompañamiento permanente por parte del Estado; sin embargo, el diseño e implementación de políticas, programas y proyectos en materia habitacional, no necesariamente conlleva a orientar y motivar el crecimiento económico al interior de éstos municipios, puesto que no solo las inversiones en capital físico y humano estimulan el crecimiento económico, sino por el contrario deben ir asociadas a políticas específicas que fomenten la actividad productiva, regulación de mercados, y sobre todo que ofrezcan alternativas en términos de empleo y provisión de bienes y servicios a los habitantes, pues se ha convertido en municipio dormitorio de grandes centro urbanos.

Por otro lado, la población colindante a las zonas donde se desarrollan los MISN, no tiene incidencia en la formulación y ejecución del proyecto, siendo inexistente las instancias institucionales de participación o concertación con la comunidad para el establecimiento y desarrollo del mismo, según lo establecido en la normatividad del orden nacional que da sustento a una articulación entre actores públicos y privados, sin participación de la comunidad, quienes se convierten en sujetos demandantes de unidades habitacionales

En relación con las características y alcances del MISN, el cual pretende ir más allá que enfrentar el déficit cuantitativo de vivienda, configurándose como el mecanismo a través del cual el gobierno nacional busca reducir la informalidad y sus efectos nocivos en cuanto al acceso y disfrute de una vivienda digna; razón por la cual tanto las unidades habitacionales, como sus características y la estructura urbanística, adquieren un rol fundamental para

el éxito o no de los proyectos, desconociendo las particularidades en cuanto a número de miembros o lugar de procedencia, de los hogares que las ocuparan.

Finalmente, el déficit cuantitativo de vivienda debe suplirse en primer lugar en el municipio o ciudad objeto de la intervención y luego en las ciudades aledañas, lo anterior con el fin de evitar que se conviertan en ciudades dormitorios de otras próximas y generar relaciones pendulares que dificulten la prestación de servicios como de movilidad y provisión de equipamientos; así como la dispersión de nuevos asentamientos informales conformados por aquellos habitantes que no pueden acceder a estas soluciones de vivienda y que por el valor de eso intrínseco en las unidades habitacionales pueden llegar a incentivar escenarios de riesgo y procesos de conurbación, los que se muestran como fenómenos urbanos que han perpetuado las situaciones de miseria y dificultad de acceso a la ciudad.

## Conclusiones

A partir de la investigación, se pretendió el análisis de problemáticas con el fin de hilar la construcción de alternativas de solución, las cuales podrán integrarse a los procesos de gestión y planificación que lideran las administraciones municipales. En ese sentido, se partió de la aproximación a las condiciones físico-espaciales y demográficas identificadas en sectores particulares de cada municipio, lo que permito formular recomendaciones que puedan llegar a ser incorporadas en los programas y proyectos que las administraciones locales y materializadas a través de las intervenciones en los sectores seleccionados.

Los desarrollos normativos relacionados con el componente político institucional del ordenamiento territorial permitirán de una parte entender cómo se distribuye el poder entre los territorios que integran el país, a partir de la forma que se le confiere a la estructura institucional y de otra, la forma como se viene reglamentando el proceso de planificación en las ciudades y las áreas urbanas; adicionalmente y sin desconocer el papel que ha jugado el medio ambiente desde su incorporación al ordenamiento, hace ineludible abordar algunas disposiciones, como los riesgos e eventos socio naturales que deben ser tenidos en cuenta al momento de definir los planes de ordenamiento territorial y gestión del riesgo, los que no podrán de ninguna forma, estar desarticulados.

De acuerdo con los casos presentados, se han generado opciones a partir de la normatividad existente y con miras de no generar una ruptura del tejido social establecido previamente por las personas que conforman los asentamientos informales. De igual forma, se destaca la necesidad imperante de tratar los fenómenos territoriales de manera puntual, es decir sin proceder a la generalización, como ha ocurrido con la imposición de macro-proyectos de vivienda de interés social, que el Ministerio de Vivienda, ciudad y territorio ha reproducido sin tener en cuenta las particularidades de los municipios escogidos para tales fines.

Como se mencionó en líneas anteriores, la configuración de un territorio es determinada por las necesidades y las lógicas cambiantes de los asentamientos que desarrollan sus habitantes y por la coyuntura socio-política imperante, es decir de las dinámicas de movimientos y necesidades. Gran parte de este problema ha sido generado por las migraciones internas que terminan estableciéndose en ciudades intermedias, es decir ubicándose en suelos destinados para expansión urbana, con características suburbanas o como en el caso de Soacha sobre suelos destinados a un fin específico como el de control de la población.

Es así como estas movilizaciones producen una alta demanda de soluciones habitacionales, por lo que la forma más rápida de subsanarlas es a través de la construcción de vivienda sobre los bordes de las ciudades, generando en algunos casos segregación y desigualdad, debido a la carencia de conexiones, redes de servicios públicos y otras necesidades.

Situaciones particulares como el déficit de suelo para la construcción de proyectos inmobiliarios, el incremento en el número de hogares y habitantes, ponen en situación crítica a los municipios, más aún en un escenario de un postacuerdo en el que gran parte de la población desplazada se quedará en las grandes urbes respondiendo a las figuras centrifugantes que estas condicionan, por cuanto no solo tiene que enfrentar el procesos de densificación, sino cambios asociados al uso del suelo, la morfología de la ciudad y en el valor del suelo, complejizando las estructuras sociales y físicas, pues una parte de esta población se quedará por fuera del mercado inmobiliario formal agudizando los cinturones de pobreza.

Es necesario tener en cuenta que la morfología de las ciudades está definida no solo por las políticas, sino también por la reestructuración social, lo cual produce segregación social marcada, en la que la población vulnerable se mantiene en zonas específicas de la espacialidad urbana, lo que no solo implica una mayor distancia a los centros de empleo, y por tanto mayores dificultades de integración a la economía urbana, sino que también conlleva la ocupación de espacios de menor habitabilidad, incluyendo exposición a condiciones ambientales más difíciles, acelerando en esta población la ocurrencia de eventos de riesgos naturales, por lo cual, es necesario el presente estudio, con miras a la comprensión de estos fenómenos y generar una sinergia entre la academia y la administración.

Finalmente, esto hace que las ciudades requieran un diseño no concebido a corto plazo, es más, ni siquiera debe considerarse como un espacio rígido que no se transforma y sin vida, dada la misma complejidad que el número de individuos que interactúa continuamente en los nuevos modelos de espacio público y que se da por el desarrollo continuo de las personas y como resultado de teoría de la complejidad y realizar un diseño urbano integral; por lo que es importante la planeación prospectiva en el espacio cada vez más escaso, que mantenga un equilibrio con el medio y proporcione un acceso a la ciudades equitativo.

## Referencias bibliográficas

Abramo, P. (2012). La ciudad confusa: mercado y producción de la estructura urbana en las grandes metrópolis latinoamericanas. EURE, 35 - 69.

Alcaldía de Manizales. (2008). División territorial urbana conforme a comunas y barrios. Recuperado de: Http://www.manizales.gov.co/RecursosAlcaldia/20150611232441643 6.pdf.

Alcaldía de Manizales. (2016). Plan de desarrollo 2016 – 2019 Más oportunidades. Recuperado de: http://www.manizales.gov.co/RecursosAlcaldia/20160502163651613 2.pdf.

Arango, G. (2001) La Vivienda en Colombia en el cambio de siglo: Herencias y retos. Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín.

Banco Mundial. (2010). Documento de evaluación de proyecto sobre un préstamo propuesto por un monto de us$40.0 millones a la república de colombia para el proyecto de programa de interés social de macroproyectos nacionales. Washington: Oficina de la Región de América Latina y el Caribe, World Bank.

Brakarz, J. (2002). Ciudades para todos: la experiencia reciente en programas de mejoramiento de barrios. (B. I. (BID), Ed.) Washington.

Brakarz, J. (2008). Logros y desafíos de los programas de mejoramiento de barrios: lecciones a partir de la experiencia del banco interamericano de desarrollo. Montevideo: BID.

Carta de Lisboa. (2005). Carta de Lisboa sobre a reabilitação urbana integrada. 1º Encuentro Luso-Brasileiro de Rehabilitación Urbana Lisboa. 21 – 27 octubre. Lisboa. Recuperado de: http://www.culturanorte.pt/fotos/editor2/1995__carta_de_lisboa_sobre_a_reabilitacao_urbana_integrada-1%C2%BA_encontro_luso-brasileiro_de_reabilitacao_urbana.pdf.

Castells, Manuel (2000). “Globalización, sociedad y política en la era de la Información”. En: Bitácora Urbano Territorial, Número Cuatro. Revista Universidad Nacional de Colombia. Enero-Diciembre 2000, Bogotá, 45-60.

Espinosa, G. C. (2014) Los macroproyectos de interés social nacional como operaciones urbanas integrales para la política pública de vivienda. Caso Ciudad Verde, Área metropolitana de Bogotá. Tesis de Maestría. Pontificia Universidad Javeriana.

Jacobs, J. (1973) Muerte y vida de las grandes ciudades. Madrid: Península.

Janoschka, M. (2002) El nuevo modelo de la ciudad latinoamericana: fragmentación y privatización. En, Eure, Volumen 85, páginas 11-20.

Jaramillo, S. (2008). Reflexiones de la “informalidad” fundiaria como peculiaridad de los mercados de suelo en América Latina. Territorios (18), 11-53.

Ley 09 de 1989. La Reforma Urbana en Colombia. Antecedentes Legislativos y Contenido. Presidencia de la República, Bogotá, 1989.
Ley 388 de 1997 (julio 18). Ley de Desarrollo Territorial. La política del Salto Social.

Marengo, C., & Elorza, A. (2014). Tendencias de segregación residencial socioeconómica: el caso de Córdoba (Argentina) en el período 2001-2008. EURE. Revista Latinoamericana de Estudios Urbano Regionales, 40(120), 111-133.

Mendéz, Hincapié y Agudelo. (S.f.). Los macroproyectos de interés social nacional y su impacto frente al ordenamiento territorial el caso de Ciudad Verde. Bogotá: Universidad Autonoma de Barcelona.

Ministerio de Desarrollo Económico. Viceministerio de Vivienda, Desarrollo Urbano y Agua Potable. Santafé de Bogotá, 1997.

Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (MAVD). (2009). Resolución 1453. Por medio de la cual se adopta por motivos de utilidad pública e interés social el Macroproyecto de Interés Social Nacional para el Centro Occidente de Colombia – San José del Municipio de Manizales, Departamento de Caldas.

Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio. República de Colombia. (2011). Informe al Congreso de la república Agosto 2010-Junio 2011. Disponible en:
http://www.minambiente.gov.co/documentos/7442_290711_inf_gest_mavdt_al_cong_082010_a_06 2011.pdf Consultado el 18 de mayo de 2017.

Ministerio de Vivienda, C. y. (2014). Colombia: Cien años de políticas habitacionales. Bogotá: Ministerio de vivienda, ciudad y territorio.

ONU-HABITAT. (2008). Documento de programa de país - Colombia. Programa de las Naciones Unidas para los asentamientos humanos. Oficina regional para América y el Caribe.

ONU-Hábitat. (2012). Estado de las ciudades de América Latina y el Caribe 2012: Rumbo a una nueva transición urbana. Brasil: Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Huma-

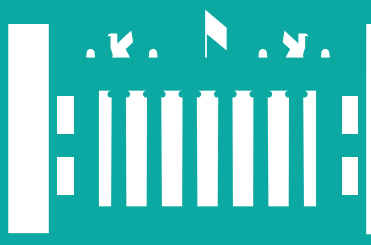
nos.
Resolución 1577 (2008) utilidad pública e interés social, el Macroproyecto de Interés Social Nacional Ciudad Verde del municipio de Soacha departamento de Cundinamarca. Bogotá: Ministerio de vivienda, ambiente y desarrollo territorial

Santos, M. (2000). Las técnicas, el tiempo y el espacio geográfico. En S. Milton, La Naturaleza Del Espacio: técnica y tiempo, razón y emoción. Ariel.

Secretaría Distrital de Planeación y Universidad Nacional. (2013). Segregación socioeconómica en espacio urbano de Bogotá, D.C. Bogotá: Secretaría Distrital de Planeación Dirección de Estratificación.

Torres, C. (2007). Ciudad informal colombiana. Bitacora, 1(11), 53-93.

Torres, C. (2009). Ciudad informal colombiana: barrios construidos por la gente. Bogotá: Maestria en hábitat. Facultad de Artes, Universidad Nacional de Colombia.
Williams, J. (2009). Geografía urbana: Trayectorias epistemológicas y agenda contemporánea. En J. Williams, Lecturas en teoría de la geografía. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.



CONGRESO
DE LA REPÚBLICA
DE COLOMBIA

SENADO DE LA REPÚBLICA