

Presentación

El Área de Derecho Público –ADP– y el grupo de investigación Derecho y Poder de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, bajo la dirección de Mario Montoya Brand, entregan a la comunidad académica el Boletín del Área de Derecho Público número 7.

El Boletín se compone de cuatro secciones:

- **Temática**, que en este número incluye una selección de citas referidas a los veinte años de la Constitución Política de 1991, elaborada por los profesores Mario Montoya Brand y Nataly Montoya Restrepo.
- **Entrevista**, que recoge las opiniones del profesor Tulio Elí Chinchilla Herrera acerca de algunos de los cambios introducidos por la Constitución Política de 1991.
- **Investigación**, que presenta en esta ocasión los aspectos centrales del trabajo de grado “Discusiones sobre el derecho a la ciudad: una panorámica”, de la abogada Ana María Gutiérrez Mesa.
- **Comentarios y Reseñas**, que incluye los comentarios del profesor Andrés Prieto Quintero sobre los cambios introducidos por la Constitución Política de 1991 para el proceso jurisdiccional colombiano.

El Boletín es una publicación cuatrimestral que busca: 1) dar a conocer la producción del ADP y otros asuntos relativos a las tareas que le son propias; 2) fortalecer la capacidad investigativa y de publicación del ADP, así como lograr una mayor participación de los estudiantes de pregrado y posgrado en sus actividades; 3) fortalecer la comunidad académica de la Escuela de Derecho en lo relativo al derecho público; 4) contribuir a la acreditación institucional.

Sus temáticas están determinadas por los asuntos relativos al Derecho Público, ya sea en su sentido de ordenamiento

jurídico del derecho del Estado y sus instituciones, del sistema político y de las relaciones entre el Derecho y la Política.

Las opiniones incluidas en las diferentes secciones del Boletín no comprometen el criterio de la Universidad EAFIT ni el de su Escuela de Derecho.

El Boletín agradece la colaboración de los profesores David Orrego Fernández, Alejandro Gómez Velásquez, Mónica Lucía Ortiz Arango y Clara Mira González; y de las estudiantes Yulay Andrea Machado Rodríguez y Andrea Carolina Hernández Calderón.

Número anterior del Boletín: “Norberto Bobbio: entre el Derecho y la Política (I)”, enero-abril de 2011.

TABLA DE CONTENIDO

- A. Sección Temática.** Constitucionalismo y Constitución Política de 1991: veinte años (I), pp. 2-18. Autores: Mario Montoya Brand y Nataly Montoya Restrepo.
- B. Sección Entrevista.** Acerca de los cambios introducidos por la Constitución Política de 1991, pp. 19-22. Entrevistado: Tulio Elí Chinchilla Herrera. Entrevistadora: Mónica Lucía Ortiz Arango.
- C. Sección Investigación.** Discusiones sobre el derecho a la ciudad: una panorámica, pp. 23-26. Autora: Ana María Gutiérrez Mesa.
- D. Sección Comentarios y Reseñas.** Veinte años de la Constitución Política de Colombia. Una mirada desde la óptica del proceso jurisdiccional colombiano, p. 27. Autor: Andrés Prieto Quintero.

A Sección Temática

Presentación

Con significativas diferencias históricas, las constituciones siempre se refirieron a aspectos centrales de la organización política de las sociedades. Desde las constituciones griegas que examinara Aristóteles hace ventiseis siglos en las que se facilitaba la comparación de las distintas modalidades de gobiernos griegos, pasando por las constituciones medievales que recogían los enfrentamientos entre órdenes muy disímiles como el ecuménico de la Iglesia, el de los imperios, el de los reinos, las ciudades y los señoríos; siguiendo con las constituciones modernas, correspondientes inicialmente a las revoluciones liberales en las cuales estaban en juego modelos contrapuestos de organización del Estado, bajo el rey, con el rey o sin el rey, y luego, con las revoluciones socialistas, en las que se enfrentaban ciertas concepciones de la libertad y de la igualdad formal con otras muy distintas de la igualdad material; así como también las constituciones de la descolonización, creadas en buena parte para generar dependencia entre las metrópolis y las colonias; y luego con las constituciones de las transiciones políticas de los totalitarismos o las dictaduras a las democracias, en las que se buscó, muchas veces, lograr transiciones no violentas, en las que a cambio se aseguraron las no persecuciones de los miembros de los gobiernos autoritarios; y para terminar, con las constituciones contemporáneas, se dio paso a las oleadas que vinculan de manera ambigua la mundialización, el neoliberalismo y el neoconstitucionalismo.

En Colombia -como en muchos otros países- las constituciones siempre se refirieron a problemas que nos concernían, en ellas se decidía -o no se decidía, que es otra forma de decidir en cuanto se excluyen deliberadamente de una determinada agenda constitucional-sobre aspectos centrales a nuestras vidas. Con todo, la percepción social de la importancia de una constitución puede variar, porque, por ejemplo, esa constitución sea concebida más como un *corpus* normativo estrictamente político, dirigido exclusivamente a los órganos del Estado y con pocas referencias a los gobernados, como en parte ocurrió con la Constitución Política de 1886. La variación cercana más perceptible acerca de las constituciones viene viviéndose desde hace poco más de 20 años, con la expedición de la Constitución de 1991, con lo cual ha venido presentándose un fenómeno que conviene resaltar y en adelante monitorear, se trata de que la sociedad colombiana ha empezado a repolitizarse por la vía de la constitucionalización del derecho y de la vida cotidiana: ella reeditó ciertas luchas, algunas de ellas las tramitó por las vías jurídicas, pero como apunta Kelsen a propósito del Derecho en general, el derecho resuelve los conflictos pero de ahí no se sigue que los elimine necesariamente. Y ahí están.

Esas luchas son las expresiones contemporáneas de viejas tensiones en buena parte presentes a lo largo de la

historia de las sociedades, de la historia de la política y del Derecho, y recogidas en términos muy amplios en la distinción entre tres concepciones del constitucionalismo y por tanto de sus correspondientes modelos constitucionales: el constitucionalismo antiguo, el constitucionalismo moderno y el constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo. A continuación enlisto algunas de ellas:

El constitucionalismo entendido como simple organización del poder político-estatal-o el constitucionalismo entendido como límite al poder político -estatal-. Entender el constitucionalismo exclusivamente como una forma de organización del poder político y no como un límite a ese particular poder político es típico de las doctrinas que históricamente han sido defensoras de la construcción de un Estado fuerte para controlar enemigos internos o externos, así como también para proteger a todo costo sus recursos tributarios, personales, bélicos o territoriales. Lo esencial en esta distinción se encuentra en el lugar secundario que ocupan los sujetos de ese poder político, es decir, su población, la que probablemente carece de derechos, o si los tiene, los detenta como privilegios sujetos a las determinaciones de la parte fuerte de la relación política, es decir, el Estado y particularmente el gobierno. Suele ocurrir en tales modelos que lo central sea la potencia del poder político y su efectividad para atemorizar rivales propios y extraños, y no la existencia de algún tipo de garantía como no sea una precaria protección proveniente del Estado.

El constitucionalismo asumido como expresión de un orden conservador o como expresión de un orden liberal. Más allá de las distinciones propias de las revoluciones liberales, en las cuales sin duda la tensión entre conservadurismo y liberalismo adquiere un sentido propio y muy fuerte, se trata, de una manera más amplia, de la distinción entre viejo orden y nuevo orden, y especialmente entre un orden tradicional y un orden en algún sentido renovador. Lo que se encuentra aquí en juego es si se debe vivir bajo un orden construido durante largas generaciones que por tal razón ya está probado como un orden efectivo y aceptado, o si se deben tomar decisiones más o menos rápidas encaminadas al cambio social, de tal manera que se abandonen los viejos referentes que hoy aparecen como manidos y caducos para las nuevas generaciones que quieren construir sus propios proyectos de vida, incluso, en contravía del orden precedente. En último término, si se debe vivir con el retrovisor puesto o como si el pasado apenas existiera.

El constitucionalismo tenido como la mejor expresión de un orden determinado o como la expresión de la libertad. Esta tensión denota la persistencia de un viejo debate acerca de si las sociedades se encuentran articuladas alrededor de la noción de orden o de la noción de libertad. Una manera

concreta de entender esa tensión es el de la primacía en el tiempo que alcanza cada una de sus partes, es decir, si es el orden el principio y el inicio de esa determinada sociedad y de él deriva en un segundo momento la libertad, o si es la libertad el inicio de esa sociedad y el orden aparece como la consecuencia de ese conjunto de libertades. El escudo nacional como símbolo colombiano actual puede ayudarnos a comprender: libertad y orden u orden y libertad. Es muy diferente, el orden de las palabras sí altera su significado.

El constitucionalismo entendido como aquella concepción que privilegia un orden basado en la primacía del individuo, del Estado o de la sociedad. Esta tensión pone en juego el valor de la individualidad, de lo social y de lo estatal como referentes principales del orden político, por lo tanto, la clave de todo el asunto se encuentra en saber si la estructura social gira en torno a la importancia de lo estrictamente individual, es decir, de las preferencias individuales, los valores egoístas; de lo estatal, entendido como las instituciones o sus gobernantes; o de la sociedad, entendida como un todo no reducible a sus individuos, y muchas veces compuesta de estructuras orgánicas, con sentido y fines propios, como la familia, que enmarcan y condicionan las decisiones individuales y muchas veces también las estatales.

El constitucionalismo comprendido como el resultado de una soberanía popular, una soberanía nacional o una soberanía constitucional. Según el origen del poder político del que se deriva o en el cual se encuentra fundamentada la Constitución, el constitucionalismo puede ser visto como la expresión de la voluntad del pueblo –si bien abstracto, más frecuentemente un pueblo concreto, ya sea una muchedumbre o más comúnmente las mayorías, expresadas como electores-, como la expresión de la voluntad nacional, entendida como la voluntad del pueblo pero concretada en la opinión mayoritaria de sus representantes, usualmente la del Congreso o Parlamento; y finalmente, la soberanía constitucional entendida como la expresión de unos valores y principios superiores que pueden encontrarse declarados o no en la Constitución escrita pero que en cualquier caso no se encuentran sometidos a criterios de mayorías sean estas electoras o elegidas, es decir, sean representados o representantes. Tales valores y principios superiores existen y son válidos con independencia de que se encuentren o no consignados en la Constitución y, por ello mismo, vinculan incluso si la Constitución es modificada en un sentido contrario.

Podrían enunciarse otras tensiones presentes en el desarrollo histórico del constitucionalismo, tales como el del enfoque de la teoría del Estado y la teoría constitucional; el de quién debe ser el intérprete último de la Constitución, muy ligado al de quién debe ser el defensor de la Constitución; o también el que subraya la distancia entre derecho y realidad, pero con una connotación muy específica, aquella que se advierte entre la Constitución literal y la “verdadera” Constitución, o expresado de otra manera, la Constitución meramente formal y la Constitución configurada por los poderes reales que ciertamente ordenan esa sociedad.

Pero retornemos a Colombia y sus luchas. De todas las tensiones –muy gruesas, muy modelares- enlistadas, pueden encontrarse ejemplos importantes que se han dado en el país durante estos 20 años. Me parece que, con resultados dispares, la Constitución contribuyó a promover una cierta repolitización del pueblo colombiano, es decir, ayudó a provocar una puesta en la escena pública de muchos problemas, y con ello, dio lugar a una polémica alrededor de tales asuntos. Ahora bien, esa repolitización no siempre se resolvió en un sentido progresista, sino que en algunas ocasiones dio lugar a reacciones contrarias fuertes. Por ejemplo, la pregunta sobre la criminalidad ha sido resuelta con una excesiva confianza en el derecho penal; la problemática de los violadores de menores de edad desata con frecuencia reacciones de muchedumbres que toman la justicia por su mano a través de linchamientos, cuando no es la cadena perpetua o la pena de muerte defendida desde muchos sectores; la pregunta por la igualdad de sexos, expresada en el debate acerca de la Clínica de la mujer, en Medellín, dio lugar a fuertes reacciones que impidieron su viabilidad. En muchos casos la sociedad colombiana se polarizó, como en el caso de la segunda reelección del Presidente Uribe, o la despenalización de la dosis mínima personal de droga, o la despenalización del aborto, pero con todo y ello emergieron discursos que no se habían escuchado y ciertas posiciones adquirieron rápidamente adeptos, y hoy no parece que esa presencia un poco más plural de conflictos y posiciones tenga marcha atrás.

Esta puesta en la escena pública de tales conflictos así como la presencia de posiciones diversas acerca de ellos, no debe entenderse en el sentido de que los grandes problemas que dieron origen a la Constitución hayan sido resueltos (la guerra interna, el narcotráfico, la corrupción, la precaria legitimidad de las instituciones estatales, la dilatada brecha social) sino que, en buena parte, han sido sustituidos o reinterpretados como conflictos posmodernos. Aunque nos sorprenda –y la explicación quizá se encuentra en la edad de algunos de nosotros- muchos jóvenes consideran más problemática su discriminación por razones de preferencias sexuales que su exclusión por razones económicas. Se trata de una repolitización que no es lineal.

Así pues, cuál es el significado de una constitución, de nuestra Constitución, qué ha pasado en estos 20 años, cómo interpretar este fenómeno, qué nos deparan los próximos 20 años de vida constitucional, qué tiene que ver la constitución con nuestros asuntos, son preguntas que marcarán nuestra experiencia política y nuestro quehacer académico. En esta sección temática el lector encontrará algunas provocaciones, de diverso tipo y alcance, para seguir en la consideración de esas preguntas.

Mario Montoya Brand

*Director del Área de Derecho Público
y del Grupo de Investigación Derecho y Poder
Escuela de Derecho
Universidad EAFIT*

Constitucionalismo y Constitución Política de 1991: veinte años (I)*

La función de una Constitución

“El problema de la forma de Estado es de contenido jurídico. En él se revela la relatividad de la antítesis de contenido y forma. Lo que en un sentido es forma, es contenido en otro. Trátese, ante todo, del contenido posible (no necesario, como erróneamente suponen las escuelas jusnaturalistas) de la norma fundamental hipotética (constitución en sentido lógico-jurídico, creadora del órgano legislativo supremo) y del de la constitución en sentido jurídico positivo, apoyada en aquélla (reguladora de la creación de los grados superiores de normas jurídica).

La forma del Estado es un contenido posible de la constitución en sentido estricto y originario, antes de toda regulación de las relaciones entre el poder público y los súbditos, y antes de la introducción de toda idea de libertad. La forma del Estado es el método posible de la creación del orden estatal. Es forma jurídica, esto es, método de creación de Derecho. Para conocer el contenido jurídico, precisa dibujar tipicidades. Las formas estatales son los contenidos típicos de las normas reguladoras de la creación de Derecho. Pero es preciso separar pulcramente el tipo ideal platónico y el tipo ‘medio’ o real. Aquél es el supuesto de éste.” KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado [1925]*. Traducida por Luis Legaz y Lacambra, edición y estudio preliminar a cargo de José Luís Monereo Pérez. Granada: Comares, 2002. p. 522.

“A través de las múltiples transformaciones sufridas, la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina el orden estatal en su totalidad y la esencia de la comunidad constituida por este orden. Se defina de una u otra forma, la Constitución es siempre el fundamento del Estado, la base del ordenamiento jurídico de que se trate. Lo que se entiende ante todo y siempre por Constitución –y la noción coincide bajo este prisma con la forma de Estado– es un principio en el que se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas en el momento que se toma en consideración, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, de los tribunales y de las autoridades administrativas. Esta

regla sobre la creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, sobre la determinación de los órganos y el procedimiento de la legislación forma la Constitución en el sentido propio, originario y estricto de la palabra. Es la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la comunidad estatal, así como de aquéllas que determinan los órganos necesarios para aplicarlas e imponerlas y la forma en que estos órganos deben proceder, es decir, en suma, la base fundamental del ordenamiento estatal. De ahí surge la idea de asegurar a la Constitución la mayor estabilidad posible, diferenciando las normas constitucionales de las normas legales y sometiendo la revisión de las primeras a un procedimiento especial, que contemple condiciones más difíciles de reunir. Aparece así la distinción entre la forma constitucional y la forma legal ordinaria. En el límite, solamente la Constitución, en el sentido estricto y propio del término, está revestida de esta forma especial o –como se expresa habitualmente, si bien de forma no feliz– la Constitución en sentido material con la Constitución en sentido formal.” KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)*. En: *Escritos sobre democracia y socialismo*. Selección y presentación de Juan Ruíz Manero. Madrid: Debate, 1988. pp. 114-115.

“Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder; la verdadera Constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen [...]”

LASALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Barcelona: Ariel, 1989. p. 119.

“Los no propietarios, es decir los que nada tienen, o tienen tan poco que apenas les basta para proporcionarse una subsistencia escasa, falta de todas comodidades y descanso, siempre están descontentos con el estado presente de cosas, que tan pocas ventajas les produce, y fácilmente verían toda novedad porque todo nuevo orden de cosas les parece una ocasión de mejorar de fortuna. Además, ellos tienden siempre a invadir la propiedad de los que la tienen, porque es más cómodo enriquecerse de pronto con los despojos de los que han trabajado y

* Los fragmentos que se transcriben a continuación han sido tomados textualmente de las ediciones referenciadas en la bibliografía.

economizado, que conseguirlo lentamente superándose a el trabajo y a la economía. [...] Así aman ellos el desorden y la amargura que favorecen sus inclinaciones, y detestan el orden, las leyes, y el gobierno que las reprimen. [...] Por el contrario, los propietarios, esto es, los que no solamente tienen medio de satisfacer sus necesidades, sino también de proporcionarse comodidades y descanso, temen las innovaciones que, trayendo otro orden de cosas, pudieran hacerles perder las ventajas que gozan, sobre todo temen los trastornos, desorden y anarquía, y aman el orden, las leyes y gobierno que aseguran su propiedad y bienestar. [...] La tendencia de cada una de estas clases es útil hasta cierto punto en la sociedad y en el gobierno; pero pasado éste se convierten en dañinas y perjudiciales; y así debe tratarse de contenerlas en sus justos límites, equilibrando la una con la otra.” **MOSQUERA, José Rafael [1793-1843].** *Nociones de derecho constitucional.* Edición a cargo de Carlos Restrepo Piedrahíta. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003. pp. 62-63.

“... las políticas estatales no deben privilegiar un modelo de familia, puesto que la libre conformación de ésta es uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos, constitucionalmente consagrado en 1991, se requiere que el Estado respete el orden privado de la familia, sin desconocer ni evadir las responsabilidades frente a su fortalecimiento. Y para hacerlo, es necesario que la clase dirigente del país, sobre la que recae esta responsabilidad política, conozca la diversidad de formas familiares y estimule la investigación regional, como el mejor camino para elaborar un balance local de las debilidades y fortalezas de cada tipología familiar y de sus tendencias. De esta manera, se podrán descubrir las estrategias más adecuadas para crear o para mejorar las condiciones de vida de cada uno de sus miembros; para auspiciar una mejor calidad en las relaciones hombre mujer e intergeneracionales; para garantizar los derechos individuales y para apoyar a las distintas modalidades de familia en el cumplimiento de las funciones esenciales para la estabilización de la personalidad, es decir, la socialización primaria y el soporte emocional a los ciudadanos del futuro.” **ECHEVERRI ÁNGEL, Ligia.** *Reflexiones sobre el papel del Estado frente a la familia colombiana de fin de siglo.* En: Berbíquí. Revista del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia, Medellín, No. 1, septiembre de 1994. p. 13.

“...el conjunto de normas constitucionales se convierte en una especie de arsenal que se emplea según el enemigo y según la situación. Las normas, como las armas, están

dispuestas para la estrategia...” **REPÚBLICA DE COLOMBIA.** Corte Constitucional. Salvamento de voto, Sentencia de Constitucionalidad del 15 de octubre de 1992. MMPP: **Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero.**

“Ninguna constitución tiene el poder mágico de cambiar una sociedad de manera inmediata. Ni siquiera la mejor de las constituciones del mundo podría transformar un infierno en un cielo de la noche a la mañana. En el mejor de los mundos, puede llegar a moldearla progresivamente y a mediano o largo plazo.

Pero aunque la capacidad de una constitución para transformar la sociedad sea modesta y de acción retardada, no debe despreciarse su utilidad como herramienta de construcción cultural, para que, en manos de fuerzas sociales, económicas y políticas comprometidas con el espíritu de ella, emprendan la obra histórica de construcción de un nuevo orden a la luz de sus principios.” **CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí.** *¿Qué tanto ha logrado la Constitución del 91 moldear una nueva sociedad colombiana?* En: El espíritu de la Constitución Política de Colombia. Quince años después. Manizales: Universidad Autónoma de Manizales, 2007. p. 129-130.

“Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene Constitución.” **Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789, artículo XVI.**

“La Constitución vale, no por aquello que puede llegar o cambiar a través de la imposición de nuevos comportamientos, sino por aquello que puede llegar a cambiar a través de la creación de nuevas representaciones; no por aquello que hará hacer sino por aquello que hará creer.” **GARCÍA VILLEGAS, Mauricio.** *De qué manera se puede decir que la Constitución es importante.* En: Doce ensayos sobre la nueva constitución. Medellín: Señal Editora, 1991. p. 38.

“El objetivo de la creación de una nueva constitución no está en la búsqueda de nuevos comportamientos a través de la aplicación de nuevas normas, sino en la creación de ciertas representaciones colectivas a través de la promulgación de nuevos derechos.” **GARCÍA VILLEGAS, Mauricio.** *De qué manera se puede decir que la Constitución es importante.* En: Doce ensayos sobre la nueva constitución. Medellín: Señal Editora, 1991. p. 41.

Transición y reforma constitucional

“Los que son demasiado jóvenes para recordar que la constitución se siembra sobre los cuerpos de otros, los que tenían otras ideas, mucho mejores sí, pero también mucho peores. Son ellos los que tienen la voluntad urgente de cambiar el mundo que han heredado, cuyos precarios equilibrios se fincan en negociaciones que no comprenden, y cuyo poder mágico para mantener alejado al terror aún desconocen.”

LEMAITRE RIPOLL, Julieta. *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2009. p. 157.

“No entro en el laberinto del debate sobre las reformas constitucionales. Es un laberinto en el que no solamente nadie ha conseguido hasta ahora encontrar la ruta de salida, sino tampoco, hasta donde se ve, en la actual multiplicidad irreductible de los puntos de vista, nadie sabe si existe dicha ruta de salida. [...] Estoy de acuerdo con aquellos que nunca se han dejado atrapar por la ilusión de que la salvación de nuestro país depende de las reformas constitucionales, también porque sigo siendo de la convicción –a la que he permanecido fiel durante cincuenta años– de que las costumbres valen más que las instituciones.” BOBBIO, Norberto. *Entre dos repúblicas. En los orígenes de la democracia italiana* [1996]. Traducción de Ómar Álvarez Salas. México D.F.: Siglo XXI, 2002. p. 128.

“La tendencia a dificultar la reforma de los fundamentos del orden estatal nació de la necesidad de una continuidad de la evolución jurídica. Sin embargo, en ella puede traducirse el propósito de fortalecer el poderío de un determinado grupo, que se encuentra protegido por la constitución. Sobre todo en las constituciones democráticas, basadas en el principio de mayorías, el requisito de un determinado ‘quórum’ para reformar la constitución puede ofrecer a la voluntad del grupo anterior mayoritario y hoy convertido en minoría, la posibilidad de impedir una reforma constitucional que le perjudica.” KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado* [1925]. Traducida por Luis Legaz y Lacambra y edición y estudio preliminar a cargo de José Luís Monereo Pérez. Granada: Comares, 2002. p. 420.

“Hasta hoy, las armas han proliferado y las leyes han sido empleadas como armas. Y la herencia de los colombianos es violencia. Para librarnos de nosotros mismos y de nuestras necesidades, para evitar otros cien años de soledad y tener una segunda oportunidad sobre la tierra, debemos luchar por la imaginación política en lugar del reformismo constitucional, por la democratización y el cambio en lugar de la continuidad y el orden a cualquier

precio.” VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Panamericana Editorial, 2010. p. 200.

“Irónicamente, sin embargo, esta crítica del constitucionalismo colombiano no puede concluir con la propuesta de una nueva reforma y menos aún de una nueva Constitución, en tanto una u otra sean vistas como un *deus ex machina*, como una solución providencial para los complejos problemas del desarrollo democrático que aboca la nación, y una antigua tradición, traída al Nuevo Mundo por los cronistas de Indias y heredada por las élites ilustradas de Colombia, sostiene que la retórica legal derivada de las artes notariales y forenses tiene el poder de la verdad para escribir la historia e incluso para cambiar el mundo. En el centenario de la Carta de 1886, tal es la mentalidad dominante tras los ejercicios apologéticos en curso.

Pero la mejor manera de celebrar la Constitución es buscar la verdad en otra parte, no en la Constitución sino en la gente, no en el derecho sino en la vida. Porque la verdad es de este mundo.”

VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Panamericana Editorial, 2010. p. 199-200.

“Los constituyentes del 91 dejaron abiertas las puertas para que dentro del nuevo ordenamiento tuvieran cabida diferentes expresiones políticas ideológicas y distintas opciones del poder, rompiendo la manía guerrerista heredada del siglo XIX en la cual, para cambiar la Constitución, era necesario ganar una guerra civil. La Constitución debe tener por vocación la permanencia, pues, sin ese tributo no es posible evaluar sus logros y limitaciones, ni construir normas básicas para la resolución pacífica de conflictos.” NOVOA, Armando. *Algunas de las innovaciones más significativas de la Constitución de 1991 en su parte dogmática*. En: *El espíritu de la Constitución Política de Colombia. Quince años después*. Manizales: Universidad Autónoma de Manizales, 2007. p. 31

“El texto constitucional colombiano prescribe que la Carta Política ‘podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo’ (art. 374). El Congreso lo hace por acto legislativo. La Asamblea Constituyente es convocada por el pueblo, previa ley aprobada por el Legislativo que dispone la competencia, el período y su composición. Y el referendo aprobado por el pueblo, se convoca por ley expedida también por el Congreso.

El constituyente vinculó estos tres mecanismos a la decisión soberana del Congreso y cerró las puertas para que el pueblo se auto convoque, como ocurrió en 1991, violando la Carta Política, que facultaba exclusivamente al Congreso reformar la Constitución. Sin embargo el acto legislativo y las leyes convocantes que apruebe el congreso para reformar la Constitución directamente o a través de una Asamblea Constituyente o del pueblo mediante referendo, están sometidos al control que ejerce la Corte Constitucional, 'sólo por vicios de procedimiento en su formación' (art. 241).

No obstante esta limitación, la Corte realiza el examen del contenido material de estos actos jurídicos, en una laxa interpretación de la figura jurídica del 'procedimiento', incluyendo en ella el estudio de los posibles 'vicios de competencia' en el ejercicio del poder de reforma, al que se le han creado 'límites competenciales'. Según este Alto Tribunal, no se puede sustituir total o parcialmente la Constitución, ni afectar su núcleo esencial.

De esta forma, la jurisprudencia constitucional consagró cláusulas pétreas y principios intangibles en la Carta Política, sin tener competencia para ello. Se reservó la exclusividad en la definición de los casos que pueden configurar la sustitución o supresión integral o parcial de la Constitución, taponando el poder constituyente. No será fácil dentro de este nuevo contexto jurisprudencial y doctrinal destrabar el ejercicio pleno del poder constituyente." MARTÍNEZ, Darío. *¿Quién reforma la Constitución?* En: <http://www.elespectador.com/impreso/articuloimpreso-222764-quien-reforma-constitucion>. Consultado el 16 de agosto de 2011.

"Una Constitución no se reforma para que cambien las prácticas jurídicas, sino para que mejoren las relaciones políticas entre gobernantes y gobernados."

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *De qué manera se puede decir que la Constitución es importante.* En: Doce ensayos sobre la nueva constitución. Medellín: Señal Editora, 1991. p. 41.

Proceso constituyente y Constitución de 1991

"En pocas pero trascendentes palabras, el Poder Constituyente Primario, representa una potencia moral y política de última instancia, capaz, aun en las horas de mayor tiniebla, de fijar el curso histórico del Estado, insurgiendo como tal con toda su esencia y vigor creativos. Por esto mismo, sabe abrir canales obstruidos de expresión, o establecer los que le han sido negados, o, en fin, convertir en eficaz un sistema inidóneo que, por factores diversos, ha llegado a perder vitalidad y aceptación." REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala Plena, Sentencia No. 138 del 9 de octubre de 1990, Exp. No 2214 (351-E). MMPP: Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz.

"Era pues necesario rehacer el pacto, para evitar la disolución (inevitable por el camino ensayado), de la sociedad civil y del estado mismo. Por eso se establecieron nuevas bases de coexistencia, más a tono con el sino de la época: la solidaridad en lugar del egoísmo; el consenso en lugar de la imposición; la participación democrática en lugar del autoritarismo."

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. *Salvamento de Voto suscrito por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez caballero, Sentencia C-371 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.*

"Esta Carta, a diferencia de todas las expedidas en Colombia durante el siglo XIX, no había sido expedida por los militares, ni por los políticos de la época, ni por los aristócratas de las regiones. Por el contrario y como hecho único en la historia del país, al lado de los políticos y de los aristócratas de las regiones, tomaron asiento como constituyentes, personas venidas de los más diversos orígenes. Hubo allí estudiantes, líderes sociales, políticos, miembros de comunidades religiosas, sindicalistas, intelectuales, indígenas, afrocolombianos y sujetos de otros sectores, ejercitando una experiencia participativa jamás ensayada en el país." QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *Derecho Constitucional Colombiano: De la Carta de 1991 y sus reformas.* 4ª ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2010. p. 13.

"La Asamblea Nacional Constituyente que expidió la nueva Constitución Política de Colombia fue un poder comisionado del pueblo soberano. Su fuerza es jurídica fáctica, pues proviene de un hecho político fundacional, mas no jurídico. Ella actuó no por orden de la Constitución de 1886 y sus reformas, sino por fuera de ella, contra ella, por disposición directa del pueblo en un período de anormalidad constitucional. [...] En este sentido, la comprensión del proceso colombiano de reformas se encuentra en el concepto de anormalidad constitucional; este concepto sólo puede ser definido políticamente, por ser acto fundacional, se refiere a un presupuesto del derecho que todavía no es jurídico." REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional, Auto 003 de 1992.

"El 4 de febrero de 1991 se instaló la Asamblea, que después de cinco meses aprobó la actual Constitución Política de Colombia. Desde diversas orillas se coincidió en calificar el acontecimiento como 'una revolución pacífica', tal como señaló la Corte Su-

prema de Justicia en el trascendental pronunciamiento que la declaró soberana y le cambió el nombre de Asamblea Constitucional, aprobado en las elecciones de mayo de 1990 y en el pacto político que firmamos -Gobierno, partidos tradicionales, Congreso de la República, AD M19- para convocarla. A partir de ese pronunciamiento asumió definitivamente el carácter de Constituyente. En realidad, el proceso constituyente fue un acontecimiento extraordinario, proclamado como pacto de paz para el siglo XXI con el encargo de darle contenido a un Estado Social de Derecho y a la democracia de participación. En la segunda mitad de los años 80 se desencadenó el movimiento social y político que culminaría el 4 de julio de 1991 con la firma de la nueva Constitución. Como en todo movimiento social profundo, en este confluyeron fuerzas e intereses de diverso signo buscando una salida a décadas de violencia generalizada y conflictos armados y a la crisis de las instituciones, que algunos calificaron como colapso parcial del Estado. Desde finales del Frente Nacional se habló de constituyente, pequeña para los herederos del pacto bipartidista y grande para los demás. La resonancia del conflicto armado interno y de la guerra de las mafias, con los carteles de Medellín y Cali a la cabeza, transformó la crisis crónica en ingobernabilidad, en medio de bombas, genocidios y magnicidios. Y fue en ese contexto en que se abrió paso la necesidad de un nuevo pacto de refundación del Estado para enrutar al país hacia la paz por el camino de la democracia y los principios de solidaridad, justicia social y vigencia de los derechos humanos. Se pueden hacer muchas lecturas del significado del pacto constituyente de 1991, pero sin duda lo más importante fue la determinación de construir el Estado Social de Derecho y una nueva democracia como la llave para la paz en Colombia.” **GONZÁLEZ POSSO, Camilo.** *La Constitución 20 años después.* Artículo publicado el 7 de febrero de

2011 en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-8831414>. Consultado el 16 de agosto de 2011.

“Es la vieja ilusión de un hombre nuevo, un país nuevo, instituciones nuevas y el fin de la violencia. Se pensaba, se decía, que era un nuevo ‘contrato social’ que inauguraría una era de paz. En el mismo año increíble en que otros estudiantes estaban arrancando el muro de Berlín, los estudiantes arrancarían los ‘muros de papel’ que no los dejaban respirar.”

LEMAITRE RIPOLL, Julieta. *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales.* Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2009. p. 103.

“El camino a la constituyente no fue fácil. Había que materializar ese consenso social, que era amplio pero difuso. El movimiento estudiantil y los gobiernos Barco y Gaviria jugaron un papel catalizador y articulador indudables. Además, había obstáculos jurídicos importantes, pero la Corte Suprema, que realizaba el control constitucional, estuvo a la altura y dio piso a la Constituyente. Finalmente, las elecciones de diciembre de 1990, aunque no masivas, fueron esenciales, ya que eligieron un cuerpo pluralista y diverso, en donde ninguna fuerza era hegemónica y por ello actuaron privilegiando el consenso. Este fue posible pues en el fondo, debido al proceso mismo de la constituyente, todas las fuerzas tendieron a coincidir tácitamente en el mismo diagnóstico: la crisis de la precaria democracia colombiana debía enfrentarse con más democracia y no con menos. La Asamblea Constituyente de 1991 fue entonces expresión de ese consenso pluralista de ampliación democrática. Era pues natural que su producto, la Constitución de 1991, también tuviera ese sello...” **UPRIMNY YEPES, Rodrigo.** *La constitución en perspectiva (I).* En: <http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-281910-constitucion-perspectiva-i> Consultado el 16 de agosto de 2011.

“Con sus cuatrocientos cuarenta artículos (trescientos ochenta permanentes y sesenta transitorios), la decimosexta constitución colombiana está lejos de ser sobria y discreta. Es extensa y compleja, en algunos aspectos casi tanto como la brasileña de 1988, pero por su alta legitimidad de origen y por su rico contenido normativo tiene ciertas características estructurales que constituyen virtudes insuficientemente destacadas hasta ahora en la magra bibliografía especializada. Tales rasgos definitorios pueden resumirse en tres: la carta es ecléctica, analítica y abierta.” **VALENCIA VILLA, Hernando.** *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano.* Bogotá: Panamericana Editorial, 2010. p. 212.

“La constitución colombiana de 1991, como la casi totalidad de las que la antecedieron, fue menos el resultado de una movilización popular que el fruto de la iniciativa gubernamental, en medio de una época de tremenda confusión y consternación a causa de las acciones terroristas de los carteles de la droga. Ella fue promulgada como una respuesta a la crisis de legitimidad y de seguridad, entendidos como los bienes públicos más afectados.” **SOUSA SANTOS, Boaventura de y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio.** “Colombia el revés del contrato social”. En: *El caleidoscopio de las justicias en Colombia (Tomo I). Análisis socio-jurídico.* Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2004. p. 77.

“La Constitución de 1991 es una ‘Carta de navegación’ que señala un norte, un mapa de ruta con un destino, un plan maestro para un proyecto en construcción, el de una sociedad más pluralista y más justa, un orden político más democrático y un Estado que sirva de marco institucional para el desarrollo de los dos anteriores.”

BEJARANO, Ana María. *La Constitución de 1991: un proyecto de construcción institucional.* En: **GANDOUR, Miguel y MEJÍA, Luis Bernardo (Comp.).** *Hacia el rediseño del Estado.* Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 1999. p. 198.

“Con la Constitución de 1991 hubo avances, se presentaron nuevos liderazgos, se incluyeron a las mujeres y a las minorías étnicas, pero no ha sido suficiente para recuperar a la política como un mecanismo de transformación social y en un medio para solucionar los grandes problemas del país. Otra gran deuda es la generación de espacios democráticos de igualdad social, y por último, queda pendiente desarrollar la eficacia de los derechos, que la gente pueda en realidad gozar de sus garantías constitucionales.” **CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. La Constitución del 86 ya no interpretaba al pueblo colombiano.** En: <http://www.semana.com/nacion/constitucion-del-86-no-interpretaba-pueblo-colombiano/153406-3.aspx>. Consultado el 13 de junio de 2011.

“Puede decirse, entonces, que la nueva Constitución Política de Colombia es un ‘cuerpo extraño’ en el organismo nacional, pues, habiéndose producido al margen de su conciencia política -es decir, sin una participación efectiva y real de los miembros del cuerpo político-, no ha podido ser asimilada por éste, lo que, a simple vista, explica la ausencia de funcionamiento de la mayor parte de sus instituciones. Así, no respondiendo a las necesidades de la sociedad e, incluso, yendo en contra de ésta, la Constitución Política de 1991 no puede gozar de la legitimidad política que todo orden requiere. Porque, en

consonancia con lo que planteáramos atrás, sólo una participación real de la sociedad, es decir, del conglomerado de sus miembros, puede dar la forma y el contenido de lo que son los ordenamientos con los que se buscará realizar el orden concebido como deseable.” **BEDOYA, Hubed. La Constitución en el marco de la eticidad.** En: *Estudios Políticos. Medellín: Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, julio-diciembre de 1992, No. 2. p. 85.*

“El tono predominante de los editoriales y artículos ha sido celebratorio: las tiranías celebran los cumpleaños de sus líderes; las democracias, los aniversarios de sus constituciones. En esta ocasión el aniversario ha servido para señalar la importancia del espíritu incluyente de nuestra Constitución Política y de su carta de derechos. Pero debería también servir para crear conciencia sobre la relativa ineficacia del voluntarismo constitucional y sobre los límites del derecho como herramienta de cambio social.

Como lo señaló hace un tiempo el economista colombiano Eduardo Lora, la inspiración primordial de la Constitución de 1991 fue ‘la búsqueda de la inclusión política y social y la reducción de las grandes disparidades e injusticias mediante la adopción de un Estado Social de Derecho’. La Constitución de 1991 consagró una serie

de derechos sociales, creó un mecanismo expedito para su protección, priorizó el gasto social y condujo, en últimas, a un aumento sustancial del tamaño del Estado. Pero el avance social fue inferior al presupuestado (en un doble sentido). El Estado Social de Derecho ha tenido más efectos simbólicos que reales. Cambió el discurso, pero no la realidad.

Durante los últimos veinte años los avances en educación y salud fueron notables. Pero el progreso social pareció perder dinamismo desde comienzos de los años noventa. El porcentaje de la población con Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI) disminuyó más lentamente durante los últimos veinte años que en las décadas precedentes. Las coberturas de servicios públicos, en agua potable y alcantarillado en particular, dejaron de crecer. Más preocupante aún, el desempleo y la informalidad laboral aumentaron de manera significativa, se convirtieron en una realidad inescapable, trágica para la mayoría de los colombianos sin educación universitaria. En síntesis, la exclusión económica pudo mucho más que la inclusión social promovida por la Constitución de 1991.” **GAVIRIA, Alejandro. Constitución y realidad.** En: <http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-276729-constitucion-y-realidad>. Consultado el 16 de agosto de 2011.

Expectativas con la expedición de la Constitución de 1991

“Los creyentes tienen fe porque han decidido creer; no porque tengan buenas razones para creer; así se liberan de las tormentas de la duda, se ilusionan con la esperanza en un más allá y llevan una vida más serena (hay un cierto egocentrismo en la decisión de tener fe). Quienes no creemos, en cambio, hemos preferido aceptar las evidencias de la finitud y afrontar el vértigo de la intrascendencia.

Yo, sin embargo, como los creyentes, pienso que a veces es necesario forzar la razón (a pesar de las evidencias) y optar por creer, por tener fe; pero no hablo de creer en

dioses o en cielos, sino de creer en cosas más mundanas, como proyectos personales, ideales políticos o empresas sociales. Al menos esa es la decisión que yo he tomado con respecto a la Constitución de 1991.” **GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Optimismo constitucional.** En: <http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-283030-optimismo-constitucional>. Consultado el 16 de agosto de 2011.

“La ilusión constitucional, o mejor dicho, el fetichismo de la ley, hacen parte de la mitología unanimita. Atribuirle a una norma jurídica el poder de transformar la conducta política, burocrática o económica de los

colombianos, sin más ni más, sin que haya mediado una revolución política que sostenga el cambio propuesto contra un establecimiento en crisis y derrotado por este movimiento, sólo puede considerarse como una ilusión propia de otra 'patria boba'." CHILD, Jorge. *Fin del Estado*. Santafé de Bogotá: Editorial Grijalbo, 1993. p. 43.

"Hay que establecer la participación de la comunidad en la administración de justicia. Ello hará que el Derecho se incorpore al discurso cotidiano; que el ciudadano común y corriente entienda, acate y respete las normas. Es necesario que los miembros de la comunidad participen en la solución de los conflictos, que colaboren como conciliadores, jueces de paz o amigables componedores; que entiendan que el Derecho es un conjunto de pautas normativas creadas para facilitar la convivencia ciudadana. [...] Esto sin duda conduce a que el Derecho se introyecte como pauta de conducta, y se le acate como tal. Pero, sobre todo, conduce a llenar de contenido sociológico la normatividad, pues una norma no puede aplicarse de la misma manera en el comercio formal o el informal; entre la gente de altos recursos económicos, o entre los que no tienen nada; entre grupos humanos con costumbres tan disímiles como las personas del interior, las de la costa o las de los llanos orientales. Esa participación de la comunidad hace que el Derecho se humanice, se enriquezca con los valores y las costumbres de la sociedad en donde se aplica; a la vez, deja al descubierto muchos vacíos, que no pueden ni siquiera imaginar los legisladores que sólo trabajan con una realidad muy limitada, o con una abstracción muy etérea, cuando formulan la pauta normativa. [...] Sólo cuando la sociedad fracase en el arreglo pacífico y civilista de los conflictos, debe entrar el juez, para que ahora sí, 'en nombre de la República y por autoridad de la ley', imponga una solución coercitiva, aún contra la voluntad de las partes en el conflicto." GIRALDO ÁNGEL, Jaime. *Justicia participativa*. En: Berbiquí. *Revista del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia, Medellín, No. 1, septiembre de 1994*. pp. 3-4.

"Con la nueva constitución el país se encuentra frente a la paradoja por medio de la cual, la materialización del estatuto constitucional choca con limitaciones y vacíos importantes no sólo, respecto a las posibilidades reales o a los intereses políticos particulares del actual gobierno, sino también, y esto es lo más importante, con la inexistencia de una base histórica social de transformaciones profundas dentro del ente global y los individuos en particular, es decir, con la inexistencia de cambios en la mentalidad y en los aprendizajes histórico-culturales, como pilar de gestación de los procesos sociales y políticos propios de la dinámica hacia la modernidad. En contravía a lo aquí planteado, se pretende precisamente que La Constitución sirva de modelo y guía para tales transformaciones." RESTREPO RIAZA, William. *Estado, Constitución y crisis política*. En: Estudios

Políticos. Medellín: Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, julio-diciembre de 1992, No. 2. p. 44.

"El derecho constitucional y el derecho ordinario han dejado de ser ámbitos separados. Hay en curso una constitucionalización del derecho administrativo, del laboral, del civil y, por supuesto, del derecho penal. Esta constitucionalización no ha tenido, sin embargo, un sentido unívoco: ha servido de vehículo tanto para el eficientismo como para el garantismo.

En este acápite se pretende demostrar en qué medida la postura metodológica constitucionalista ha dado vida en la Corte a orientaciones jurisprudenciales opuestas. En efecto, el tema es definir qué es lo que irradia la Constitución: si un orden objetivo de valores o un conjunto de garantías individuales." OROZCO, Iván y GÓMEZ ALBARELLO, Gabriel. *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*. Santafé de Bogotá: IEPRI, Editorial Temis, 1993. p. 152.

"Junto a la ampliación de la Carta de derechos y el fortalecimiento de sus garantías, la reforma a la rama legislativa constituye la más importante y valiosa aportación de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 al constitucionalismo colombiano. Si alguna institución estatal fue objeto de trascendentales y resonantes innovaciones fue el Congreso de la República; si algún estamento social resultó afectado en su statu quo fue la clase política representada en la élite parlamentaria tradicional. Todo el nutrido haz de reformas introducidas a la composición del Congreso, a su modus operandi, a los poderes normativos y de control político, al estatuto personal del congresista y a los mecanismos de influencia parlamentaria, posee el significado de un gran triunfo moral y social para el desarrollo y profundización de la democracia representativa en nuestro país. Puede decirse que de la Carta del 91 ha surgido un nuevo marco jurídico para el ejercicio de la función representativa, y, por consiguiente, de su fiel aplicación debería brotar un renovado concepto del quehacer político, una nueva clase política." CHINCHILLA, Tulio Elí. *De la Rama Legislativa*. En: *Constitución Política de Colombia. Comentada por la Comisión Colombiana de Juristas*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 1998. p. 16.

"El hecho sorprendente es que las llamadas nuevas fuerzas políticas que irrumpieron en el escenario de la Asamblea Constituyente se desintegraron a poco andar o fueron asimiladas por los esquemas tradicionales, sin que se observe en el cercano horizonte cambio alguno de importancia. La renovación esperada tal vez será gradual y a mediano o largo plazo, ya que todas esas alegres expectativas creadas se apoyaban en la falsa idea según la cual una Constitución tiene un poder mágico de

engendrar nuevas realidades de la noche a la mañana, es decir, en una concepción mítica de la Constitución.”
CHINCHILLA, Tulio Elí. De la Rama Legislativa. En: Constitución Política de Colombia. Comentada por la Comisión Colombiana de Juristas. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 1998. p. 32.

“¿Cuáles son los factores que explican esas promesas incumplidas de la Constitución y del ESD pluralista que ella aspiraba a construir?”

Las respuestas dadas a ese interrogante son muy variadas [...] Teniendo en cuenta que este seminario pretende evaluar la Constitución de 1991, opté por reformular la anterior pregunta a fin de intentar evaluar qué responsabilidad cabe a esa Constitución, y en especial a su tentativa de instaurar un Estado social de derecho, democrático y pluralista, en la persistencia de la profunda crisis colombiana. Y así reformulado, creo que a ese interrogante suelen darse respuestas que podríamos clasificar en cinco grupos, según el énfasis que ellas hacen en la responsabilidad de la Constitución de 1991 en la evolución reciente de Colombia.

Las primeras interpretaciones, que podríamos llamar ‘contextuales’, minimizan la responsabilidad de la Constitución en la evolución reciente de nuestro país, y atribuyen la precariedad del ESD colombiano a otros factores, como la globalización, el narcotráfico, la continuación del conflicto armado o la debilidad histórica del Estado colombiano. Estos análisis, que podrían asumir el lema de que ‘la culpa no es de la constitución’, tienden entonces a indicar que no se debe subestimar la importancia de las constituciones, que tienen una capacidad muy limitada para transformar las sociedades.

Un segundo tipo de diagnósticos, que puede ser calificado de ‘transicionales’, hacen un llamado a la paciencia, por cuanto sustentan que las promesas incumplidas de la Constitución derivan de que no se ha dado suficiente tiempo a las nuevas instituciones para mostrar sus bondades. Estas interpretaciones, que parecen sugerir que ‘hay que dar tiempo a la Constitución’, insisten en que toda transición constitucional implica ajustes y reacomodos institucionales, por lo cual es natural que la Carta no haya rendido todos sus frutos en estos pocos años.

Un tercer tipo de evaluaciones valora positivamente la orientación ideológica e institucional del ESD de la Carta en 1991, que considera que es acertada; por ello, para estas visiones, el problema son las ‘insuficiencias democráticas de la Constitución’ ya que éstas explican sus promesas incumplidas, ya sea por restricciones del proceso constituyente, que por ejemplo no logró incorporar a todos los grupos insurgentes, o por la derrota de ciertas propuestas en determinados campos, o por errores de diseño institucional del texto, que por ejemplo no enfrentó adecuadamente el problema de la representación política. Para estos diagnósticos, el

problema de la Constitución de 1991 es que, por decirlo de alguna manera, ‘se quedó corta’.

Un cuarto tipo de perspectivas se sitúa en abierta oposición a la Constitución de 1991, a la que parecen calificar de un mal ejercicio de ‘utopismo constitucional’. Según estas visiones críticas, los ‘constituyentes se equivocaron’, pues el nuevo orden constitucional, lejos de fortalecer la democracia colombiana, agravó su crisis debido al populismo de sus promesas sociales y al exceso de garantías que consagró, todo lo cual obstaculiza el crecimiento, dificulta el manejo del orden público y erosiona aún más la precaria ingobernabilidad colombiana.

Finalmente, para otros críticos, la Constitución de 1991 no ha resuelto los problemas de la sociedad colombiana porque en realidad es un ‘fetiche’. Estas visiones parecen aplicar al proceso constituyente de 1991 las interpretaciones de autores como Hernando Valencia Villa sobre la función histórica del constitucionalismo colombiano, y por ello consideran que la expedición de la nueva Carta operó simplemente como mecanismo para relegitimar al Estado y prevenir así aquellos cambios estructurales de mayor envergadura que realmente requiere la sociedad colombiana. Para estas visiones, los Constituyentes ‘engañaron’ al país. **UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnósticos y perspectivas. En: El debate a la Constitución. Bogotá: ILSA, 2002. pp. 59-60.**

“Después de una década de consagración constitucional de la democracia participativa, las esperanzas puestas en ella para ‘la construcción de un nuevo país’ parecen haberse esfumado y también las promesas de cambiar la vida; de transformar las prácticas clientelistas y corruptas de la política; de conformar el ágora pública con ciudadanos virtuosos ilustrados que dirimen dialógicamente sus conflictos y de relegitimar el Estado social de derecho como expresión de un proceso de democratización en permanente expansión y crecimiento, asegurando así la inclusión paulatina de los más diversos actores sociales y la movilización permanente de una sociedad civil organizada con claros referentes de futuro.

Hace 10 años abrigábamos la esperanza de que la democracia participativa fuese algo así como la clave que abre todas las puertas bloqueadas por siglos de exclusión y de abandono, terminando a su vez con las asimetrías locales y regionales y con los grandes abismos de la diferenciación social; pero no ocurrió así; y tenemos un país más convulso, más violento y fragmentado, las ciudadanías virtuosas nunca aparecieron para recuperarle la dignidad al Estado y a la política, y en lugar de una movilización permanente y organizada de la sociedad civil, una mezcla de silencios, ausencias y terrores ha

venido a instalarse en casi todos los espacios por donde transcurre la vida de los colombianos.

Hoy predomina el desencanto y un sentimiento vago de cansancio y de fracaso entre quienes apostamos sin reservas por esta estrategia de democratización de la política y la sociedad; no obstante, lo que tendría que ponerse a discusión es una reflexión consentido autocrítico sobre la manera como fue planteada, argumentada y propuesta la democracia participativa en el contexto de la coyuntura histórica de 1991; las expectativas, quizá utópicas y mesiánicas que nos hicimos en torno a lo que a través de ella podría conseguirse, y preguntarnos si en este horizonte de invención de nuevo país cambiamos –sin ser plenamente conscientes de ello– el ciudadano realmente existente, o al menos el que pugna por serlo, en un contexto de múltiples tensiones y desigualdades, por la imagen elusiva de un ciudadano imaginario frente al cual, el primero resultaba patéticamente deficitario, definitivamente precario y carente de virtudes cívicas.”

URIBE DE HINCAPIÉ, María Teresa. *Las promesas incumplidas de la democracia participativa.* **En:** El debate a la Constitución. Bogotá: ILSA, 2002. pp. 191-192.

“La celebración de los primeros veinte años de la Constitución del 91 ha estado rodeada de una paradoja. Por una parte, más que un debate analítico sobre los alcances y resultados de la Carta, se ha dedicado a una conmemoración que lleva implícita la idea de que la Constitución ha sido positiva. Criticarla es una incorrección política. Sin embargo, al mismo tiempo existe la sensación de que las enormes expectativas que generó hace dos décadas no se cumplieron y de que la Colombia de 2011 no es mejor que la de 1991. La violencia persiste, la guerrilla sigue echando bala, de poderosos grupos paramilitares pasamos a temidas bandas criminales y el narcotráfico sigue vivo y coleando. Además, la calidad de la política no ha mejorado, la desigualdad se ha incrementado y la mayoría de los colombianos considera que el país va por mal camino.

¿Cómo se explica semejante contradicción? ¿Una buena Constitución puede producir malos resultados? La respuesta no es lo que aparenta y hay que mirar

una combinación de factores. Para empezar, hay una percepción exagerada del poder de las normas para modificar la realidad. Es muy colombiano apostarle a que los problemas se solucionan con leyes. A la Constitución del 91 se le han pedido más resultados de los que podía ofrecer, porque una cosa es plasmar objetivos en el papel y otra, muy distinta, llevarlos a la práctica. Lo primero se hace en un momento. Lo segundo requiere años, recursos y buena administración pública. Veinte años suele ser un periodo demasiado breve para evaluar una Constitución. Y lo tercero es que los resultados de la Carta del 91 no se pueden evaluar en blanco y negro, porque tienen matices o están en proceso, o porque su evaluación es positiva o negativa, según la óptica de quien lo juzga.”

REVISTA SEMANA. *¿Cambió Colombia?* Artículo publicado el 2 de julio de 2011. **En:** <http://www.semana.com/nacion/cambio-colombia/159581-3.aspx>. Consultado el 16 de agosto de 2011.

“Hacen mal quienes subestiman la agenda conservadora. Primero, porque la reacción era previsible: en todas partes, los avances de los derechos de las mujeres y la población LGBT han disparado intentos de contrarreforma, liderados por las mismas iglesias y los mismos sectores. Segundo, porque los conservadores morales están mejor organizados políticamente que nosotros, sus críticos.

En vista de una Constitución progresista, una Corte garantista y un Congreso disfuncional, durante veinte años hemos puesto más fe en el derecho que en la política. Tenemos más experiencia en litigar que en movilizar.

Entre tanto, domingo a domingo, las iglesias hacían el trabajo paciente de organización y adoctrinamiento. Las más exitosas han sido las cristianas, que cautivaron a miles de católicos desencantados y los trajeron a un redil aún más disciplinado y conservador, que llena estadios semanalmente.

El paso a la política corrió por cuenta de pastores que tradujeron el poder espiritual en poder electoral.”

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. *Ante la ola conservadora, una ola arcoiris.* **En:** <http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-290485-ola-conservadora-una-ola-arcoiris>. Consultado el 16 de agosto de 2011.

La Constitución de 1991 y su contexto

“... tal vez resulte pertinente llamar a la reflexión sobre el hecho insoslayable de que toda teoría (política o jurídica) debe articularse con el contexto social que desde ella se contempla, para que no resulte mera construc-

ción lógica desligada de los hechos. Porque resulta evidente que mientras las constituciones de los países desarrollados (económica y políticamente) cumplen una función primordialmente protectora de un estatus que se

juzga satisfactorio, las de los países en vía de desarrollo, tienden a estimular la superación de un estado de cosas deplorable. Las primeras son conservadoras y las segundas aspiracionales, justificadamente utópicas.

Ahora bien: un mínimo ingrediente de ética política (!) exige que los propósitos y las metas constitucionales no se conviertan en mecanismo de engaño mediante el consabido expediente de reducir las a letra muerta. Hace parte de la tarea del juez constitucional (especialmente si su potestad deriva de una Carta irrefragablemente democrática) materializar esos anhelos, sin usurpar funciones del legislador, pero sin connivencia con omisiones jurídicamente incontrolables pero en contravía del espíritu y la letra de la Carta." **GAVIRIA DÍAZ, Carlos. Una explicación necesaria. En: Sentencias. Herejías constitucionales. México, Fondo de Cultura Económica, 2002. p. XIV.**

"Los regímenes constitucionales desarrollados europeos son entonces una especie de edificio de varios pisos sucesivamente construidos y en siglos distintos por el absolutismo que cimentó la paz; el liberalismo, que controló la arbitrariedad estatal; los movimientos a favor del sufragio universal, que extendieron la participación ciudadana y democrática; las luchas contra la pobreza y la desigualdad económica, que impulsaron el Estado social, y finalmente los nuevos movimientos sociales que han dinamizado el reconocimiento de la multiculturalidad. [...]

Ahora bien, en el caso colombiano, pareciera que debiéramos construir todo ese complejo edificio constitucional al mismo tiempo. Así, vivimos situaciones de agudo conflicto armado y de precariedad del monopolio estatal de la violencia, lo cual significa que Colombia enfrenta típicos problemas de construcción de Estado. Sin embargo, nuestro país debe abordar esos desafíos en un contexto muy distinto a aquel en que se desarrollaron las experiencias europeas de construcción nacional del siglo XVI y siguientes.

La cultura de los derechos humanos, tanto a nivel nacional como internacional, las situaciones de pobreza e

inequidad económica, así como las demandas de los movimientos sociales y democráticos, impiden –afortunadamente– que la construcción de un Estado nacional en Colombia se haga desconociendo los principios del Estado de derecho, bloqueando la participación democrática, eliminando las diferencias culturales u olvidando la justicia social. Colombia debe alcanzar un orden público interno en un marco ideológico, normativo y social que hace que las fórmulas absolutistas sean hoy insostenibles, ilegítimas e incluso contraproducentes en términos puramente pacificadores.

No nos queda otro camino. En Colombia, y contra todas las reglas de prudencia de la ingeniería, las distintas partes de esta compleja construcción constitucional, que es el ESD [Estado Social de Derecho] pluralista deberán ser edificadas, no por etapas, sino en forma simultánea." **UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnósticos y perspectivas. En: El debate a la Constitución. Bogotá: ILSA, 2002. pp. 69-70.**

"Tempranamente se hicieron advertencias sobre los límites de la eficacia pacificadora de la nueva Constitución. En primer lugar, la representatividad de la Asamblea fue limitada. Su convocatoria respondió más a la desesperación provocada por el bloqueo de las salidas institucionales y al pragmatismo de la mayoría de los partidos y movimientos políticos, que a la movilización general de una sociedad profundamente afectada por la violencia y al esfuerzo por integrar a todos los protagonistas de la crisis política. En efecto, las FARC y el ELN –los que para entonces ya eran los grupos guerrilleros más poderosos–, tanto por su propia intransigencia como por la del gobierno, no concurrieron al proceso de cambio constitucional. Tampoco lo hicieron los carteles de la droga, pues para ellos ese no era el escenario adecuado para sus demandas. En segundo lugar, el compromiso de la sociedad

con la nueva Constitución también fue limitado, dado su alto grado de desarticulación.

En tales condiciones, el desarrollo del contenido del pacto constitucional quedó librado al vaivén de las coyunturas y al oportunismo político."

OROZCO, Iván y GÓMEZ ALBARELLO, Gabriel. Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal. IEPRI, Santafé de Bogotá: Editorial Temis, 1993. p. 165-166.

"Los hechos mencionados demuestran a las claras que las instituciones tal como se encuentran diseñadas no son suficientes para enfrentar las diversas formas de violencia a las que tienen que encarar. No es que las instituciones se hayan constituido por se en factor de perturbación sino que han perdido eficacia y se han vuelto inadecuadas; se han quedado cortas para combatir modalidades de intimidación y ataque no imaginados siquiera hace pocos años, por lo que su rediseño resulta una medida necesaria para que las causas de la perturbación no continúen agravándose como hasta ahora ha venido ocurriendo en los seis años de vigencia del Estado de Sitio." **REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala Plena, Sentencia No. 59 del 24 de mayo de 1990, Exp. No 2149 (334-E).**

"El uso cuasi-permanente del estado de excepción desde 1949 –para no mencionar lo sucedido durante el siglo XXI– y el hecho de que el ejército ha estado casi siempre en operación, ha convertido las políticas públicas esencialmente en políticas de orden público y ha desequilibrado el balance constitucional en beneficio de las Fuerzas Armadas. Además, la normalización del estado de excepción en Colombia ha difundido una cultura de ‘razón de Estado’." **SOUSA SANTOS, Boaventura de, GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. "Colombia el revés del contrato social". En: El caleidoscopio de las justicias en Colombia (Tomo I). Análisis socio-jurídico. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2004. p. 79.**

“Desde que se adoptó la nueva Constitución, la violencia también empeoró, y el país se dejó de sorprender con ella. A lo mejor la inocencia solo se pierde una vez. Y la capacidad de asombro y de llorar a los muertos se va desgastando. Cuando finalmente el ejército y la policía (con apoyo estadounidense) mataron a Pablo Escobar y dismantelaron los carteles de Medellín y de Cali, resultó evidente que la violencia no iba a acabarse, y que la guerrilla y los paramilitares se estaban fortaleciendo. Lo mismo sucedía en las Fuerzas Armadas y la policía.” **LEMAITRE RIPOLL, Julieta.** *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales.* Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2009. p. 153.

“En todos estos factores posibles aparece descarnada la violencia entre enemigos a muerte, enemigos por el control de recursos, de ejércitos, de enemigos por el nombre mismo sin racionalidad posterior a la destrucción del otro, enemigos en una lucha que no logra ser mediada por el derecho y su aspiración a ser neutral.

El conjuro constitucional se revela así en ocasiones de barbarie con toda su ineffectividad: una medicina que no cura, diagnosticada para una enfermedad que resultó ser otra.”

LEMAITRE RIPOLL, Julieta. *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales.* Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2009. p. 155.

“¿Será que hemos querido tanto a la Constitución de 1991 porque es nuestro objeto de deseo y devoción, nuestro fetiche? No han faltado los que lo han dicho y han acusado a toda una generación de fetichismo legal. Son parte de una larga genealogía de críticos que han pensado el apego al derecho no sólo como un exceso de formalismo sino como un mecanismo para la legitimación del status quo.” **LEMAITRE RIPOLL, Julieta.** *El derecho como conjuro. Fetichismo*

legal, violencia y movimientos sociales. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2009. p. 155.

“A pesar o a causa de esta abigarrada tradición constitucional, el sistema político ha permanecido en lo esencial inalterado a lo largo de los ciento setenta y cinco años de vida independiente y gobernado por los mismos grupos sociales y fuerzas políticas, que han desarrollado un culto nacional a la estabilidad institucional y al orden público.”

VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano.* Bogotá: Panamericana Editorial, 2010. p. 198.

“La organización y funcionamiento de la seguridad del Estado colombiano ha obedecido con frecuencia a los principios y esquemas de la razón de Estado y en el mejor de los casos ha actuado de manera ajena e independiente a las exigencias del Estado social de derecho”. **REPÚBLICA DE COLOMBIA.** Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Tutela 525 del 17 de septiembre de 1992. MP: **Ciro Angarita Barón.**

“Pero en circunstancias particularmente complicadas, como es el caso de la violencia en Colombia, la posición no puede ser de todo o nada, sino que el propio Estado puede efectuar una competencia de pronóstico para ponderar cuándo y hasta dónde puede dar el Estado una protección real y no teórica. Por supuesto que el Estado está obligado a hacer todo lo posible para proteger la vida de los asociados, pero, también, puede ponderar si la mejor manera de protección consiste en favorecer un desplazamiento. Si el grado de intolerancia es alto y el peligro para la vida de los asociados es inminente, es justo que el pronóstico incluya la opción del desplazamiento protegido, máxime cuando el Estado debe ‘adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados’ (art. 13-2 C.P.)”. **REPÚBLICA DE COLOMBIA.** Corte Constitucional de Colombia. Sen-

tencia de Tutela 227 del 5 de mayo de 1997. MP: **Alejandro Martínez Caballero.**

“No puede permitirse que la solución de los problemas nacionales, parta de la deformación de la realidad, de su desconocimiento. Al llamar ‘delincuentes políticos’ a los que son criminales tan comunes como todos los demás, pero más peligrosos, se crean las condiciones para recompensarles luego con generosos indultos y amnistías generales, curules en el Congreso de la República, cargos diplomáticos, donaciones, créditos, bienes de toda clase, etc.

La paz de una Nación no puede construirse sobre el perdón y el olvido de los crímenes: esa sería una paz injusta, que sólo originaría nuevos crímenes. [...] Por fortuna, los colombianos no son tontos ni cobardes: ellos harán frente a la conjura de los delincuentes y de los necios, con inteligencia y valor.”

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Salvamento de voto a la Sentencia de Constitucionalidad 466 del 18 de octubre de 1995. MMPP: **Fabio Morón Díaz y Jorge Arango Mejía.** }

“No obstante la promulgación de la Constitución de 1991, la violencia política continuó durante toda la década de los noventa, e incluso se acrecentó en la segunda mitad de la misma. La expresión más dramática de esta violencia es la exterminación sistemática, dispersa y paulatina de buena parte de los líderes de la Unión Patriótica que venía de la década anterior. Ese partido —que recibía el apoyo de las FARC, pero que era un partido legítimo— perdió a dos de sus candidatos presidenciales, a ocho de sus congresistas, a trece de sus diputados, a setenta de sus concejales, a once de sus alcaldes, y a miles de sus militantes. Todos ellos asesinados por paramilitares y narcotraficantes en alianza con fuerzas de seguridad del Estado. La violencia dejó de ser una guerra de los narcotraficantes contra el

Estado y se reconvirtió en una guerra de los finqueros, apoyados por los narcotraficantes, contra la guerrilla y contra la población campesina y los sectores populares rurales y urbanos. Los protagonistas de esta violencia fueron los grupos paramilitares, creados originalmente por ganaderos en el Magdalena Medio y sectores de la Costa Atlántica para defenderse de los chantajes de la guerrilla, y muy pronto convertidos en verdaderos ejércitos contrainsurgentes que operaron con la complacencia, la negligencia y, algunas veces, la ayuda directa del Ejército Nacional. La facilidad con la cual fueron creados estos grupos, a la vista de todos y en particular del gobierno nacional se explica, entre otras cosas, por el malestar de las élites locales con el gobierno de Betancourt. El proceso de paz con el M-19, emprendido por el presidente Betancourt, fue percibido por buena parte de los finqueros que eran víctimas de la guerrilla y por muchos oficiales del Ejército como una traición. Dicho malestar se agregaba al sentimiento tradicional de abandono y desgobierno que experimentaban las élites locales en

relación con el Ejecutivo central. [...] Como consecuencia de la guerra sucia emprendida por los paramilitares —apoyados implícita o explícitamente por las élites locales y los militares— entre 1991 y 1992 se registraron 28.000 homicidios. Las masacres fueron una de las operaciones más recurridas por los paramilitares. Entre 1995 y 2004 hubo más de 1.000 casos de masacres de cuatro personas o más, que ocasionaron más de 6.600. La cifra más alta se presentó en el año 2000, cuando se registraron 236 masacres y 1.406 víctimas. Desde entonces, con excepción del 2008, las cifras descendieron. En el 2008 se presentaron 37 casos que dejaron 169 víctimas, 11 casos y 41 víctimas más que el año anterior (Vicepresidencia de la República 2009). La cifra anual de homicidios entre 1988 y 2004 no bajó de los 20 mil casos al año, y a pesar de la tendencia a la baja del 2003 y 2004, sólo hasta el 2005 esto cambió. En el 2008 se registró la tasa más baja de los últimos 20 años, no obstante, ella alcanza todavía la alarmante cifra de 16.140 homicidios por año (Vicepresidencia de la República 2009). Además de la pérdida de

vidas, la violencia ha dejado una de las poblaciones desplazadas más grandes del mundo: entre 1997 y mediados de 2009, la cifra acumulada de desplazamiento forzoso —según los datos más conservadores— supera los tres millones de personas (Acción Social 2009).

No obstante, la violencia política es apenas una parte del problema. Sólo entre el 10 y el 18% de los homicidios cometidos en el país, dependiendo del periodo, se ha originado en el conflicto armado entre Ejército, guerrillas y paramilitares. Si bien existen estrechas conexiones entre violencia política y violencia común, la gran mayoría de las muertes es ocasionada por riñas, venganzas, luchas entre narcotraficantes y delincuencia común.²² De otra parte, Colombia es el país con el mayor número de secuestros del mundo en las últimas décadas.” **GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y REVELO REBOLLEDO, Javier Eduardo.** *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009.* Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2009. pp. 35-37.

Reglamentación de la Constitución de 1991

“De nuevo esto nos plantea lo que todo el mundo sabe: las constituciones pueden ser violadas por sus reglamentaciones y por sus interpretaciones. Para evitar esta distorsión jurídica de las normas constitucionales habría sido indispensable identificar una jurisprudencia unitaria sobre el modelo económico implícito en la Constitución, y sobre su modelo participativo y social.

Se ha descuidado la educación de la opinión pública en esta hermenéutica, y el gran debate nacional más bien se ha centrado en torno de las políticas económicas de apertura, de la privatización y de las reformas complementarias fiscales y laborales.” **CHILD, Jorge.** *Fin del Estado.* Santafé de Bogotá: Editorial Grijalbo, 1993. p. 71.

“Son múltiples los ejemplos de normas constitucionales -derechos, garantías y prescripciones orgánicas-

supeditadas, con gran riesgo, al desarrollo legal. [...] El compromiso social y estatal que refleja —o que pretende reflejar— la constitución, no parece compatible con todas las cláusulas de fuga que aparecen en el documento. La proliferación de ejemplos como los citados y de expresiones como ‘la moral social’, ‘con las limitaciones que establezca la ley...’, ‘la ley podrá...’, ‘el estado apoyará...’, ‘el estado adelantará...’, ‘el estado ampliará progresivamente...’, ‘el estado fijará...’, ‘salvo en lo decidido por el legislador’, ‘el estado promoverá...’, ‘es deber del estado promover el acceso progresivo a...’, no se compadecen con la certeza propia de un estado de derecho y permiten un acomodo de políticas y dilaciones tan diversas, que finalmente la constitución, como dicen algunos, ‘dirá mucho y no dirá nada’.” **PÉREZ TORO, William.** *Constitución y reglamentación.* En: *Estudios Políticos.* Medellín: Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, julio-diciembre de 1993, No. 4. p. 82.

“La evidente distancia entre Constitución y reglamentación, en materia penal, obedece a que el derecho penal no es una fórmula de protección de valores constitucionales declarados; es una fórmula de protección de valores constitucionales no declarados; es también, un instrumento de guerra de un Estado que no ha podido ser superior -acaso ni siquiera éticamente- a su enemigo.” **PÉREZ TORO, William. Constitución y reglamentación. En: Estudios Políticos. Medellín: Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, julio-diciembre de 1993, No. 4. p. 90.**

“En el marco de la Constitución de 1991, el diseño de la política criminal se ha vuelto patrimonio de muchos. En la práctica no sólo el Congreso, la ciudadanía y el gobierno, el Consejo Superior de la Judicatura y la Fiscalía hacen política criminal en el sentido formal. También los jueces y muy en especial la Corte Constitucional se han convertido en hacedores informales de política criminal. Faltan claridad y jerarquía.”

OROZCO, Iván y GÓMEZ ALBARELLO, Gabriel. Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal. IEPRI, Santafé de Bogotá: Editorial Temis, 1993. p. 268.

“Al parecer, si algún sentido tiene esa manera de organizar el poder en que consiste el estado de derecho, es que las personas pueden tener alguna certeza acerca de quién, cómo y por qué hace uso de la fuerza o, en otras palabras, alguna certeza sobre las circunstancias en las cuales se pueden establecer restricciones, ejercer violencia o aplicar dolor sobre las personas sometidas a la autoridad y a las reglas de un Estado. El derecho se encuentra entonces en la base de aquella autoridad y la forma jurídica dispuesta para dar fijeza a estas reglas. Pero no solamente con el fin

de prevenir y reprimir ejercicios de violencia, sino también para asegurar que ella sea posible a través del derecho. [...] La naturaleza del derecho no tiene entonces por qué encontrarse lejos de la violencia y de la guerra. Que el sistema de creencias propio del estado de derecho reniegue de esos fenómenos, no implica que ellos no se encuentren a la zaga del orden jurídico: la violencia y la guerra escoltan al derecho, lo atraviesan, lo sostienen, le otorgan sentido, y se valen de él cada vez para mostrarse imposibles o inevitables, terribles o virtuosas [...]

Al parecer, las guerras se pierden o se ganan — excepcionalmente— en el campo de batalla, o de ellas se sale —casi siempre— en prolongadísimos, aburridos, concurrecidos y arrogantes procesos de transacción entre dominadores (que pueden ser parciales pero efectivos), entre soberanos (que pueden ser ilegítimos pero poderosos), entre órdenes normativos o de mandatos (que pueden ser ilegales pero eficaces), entre aplicadores de reglas (que pueden ser injustos pero reconocibles). Las guerras no se ganan ni se pierden en un código; eso lo saben muy bien los guerreros que constantemente actúan violentando la legalidad, o los guerreros que precisamente niegan y combaten esa misma legalidad. Pero el derecho, en medio de la confrontación, constituye un vocabulario de motivos sumamente útil a la hora de presentar decisiones unilaterales como consensuadas, o a la inversa; programas bélicos como si aseguraran la paz, o a la inversa; deberes del Estado como si fueran de los ciudadanos o derechos de los ciudadanos como si fueran del Estado.” **PÉREZ TORO, William. Orden jurídico, negociación, paz y reinserción. La constante imbricación entre guerra, política y derecho en Colombia. En: Estudios Políticos. Medellín: Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, julio-diciembre de 2005, No. 27. p. 67-70.**

Bibliografía

1. BEDOYA, Hubed. *La Constitución en el marco de la eticidad*. En: Estudios Políticos. Medellín: Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, julio-diciembre de 1992, No. 2.
2. BEJARANO, Ana María. *La Constitución de 1991: un proyecto de construcción institucional*. En: GANDOUR, Miguel y MEJÍA, Luis Bernardo (Comp.). *Hacia el rediseño del Estado*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 1999.
3. BOBBIO, Norberto. *Entre dos repúblicas. En los orígenes de la democracia italiana* [1996]. Traducción de Ómar Álvarez Salas. México D.F.: Siglo XXI, 2002.
4. CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *La Constitución del 86 ya no interpretaba al pueblo colombiano*. En: <http://www.semana.com/nacion/constitucion-del-86-no-interpretaba-pueblo-colombiano/153406-3.aspx>. Consultado el 13 de junio de 2011.
5. CHILD, Jorge. *Fin del Estado*. Santafé de Bogotá: Editorial Grijalbo, 1993.
6. CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. *¿Qué tanto ha logrado la Constitución del 91 moldear una nueva sociedad colombiana?* En: El espíritu de la Constitución Política de Colombia. Quince años después. Manizales: Universidad Autónoma de Manizales, 2007.
7. CHINCHILLA, Tulio Elí. *De la Rama Legislativa*. En: Constitución Política de Colombia. Comentada por la Comisión Colombiana de Juristas. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 1998.
8. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789, artículo XVI.
9. ECHEVERRI ÁNGEL, Ligia. *Reflexiones sobre el papel del Estado frente a la familia colombiana de fin de siglo*. En: Berbiquí. Revista del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia, Medellín, No. 1, septiembre de 1994.
10. GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *Optimismo constitucional*. En: <http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-283030-optimismo-constitucional>. Consultado el 16 de agosto de 2011.
11. GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *De qué manera se puede decir que la Constitución es importante*. En: *Doce ensayos sobre la nueva constitución*. 1a ed. Medellín: Señal Editora, 1991.
12. GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y REVELO REBOLLEDO, Javier Eduardo. *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2009.
13. GAVIRIA DÍAZ, Carlos. *Una explicación necesaria*. En: *Sentencias. Herejías constitucionales*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.
14. GAVIRIA, Alejandro. *Constitución y realidad*. En: <http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-276729-constitucion-y-realidad>. Consultado el 16 de agosto de 2011.
15. GIRALDO ÁNGEL, Jaime. *Justicia participativa*. En: Berbiquí. Revista del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia, Medellín, No. 1, septiembre de 1994.
16. GONZÁLEZ POSSO, Camilo. *La Constitución 20 años después*. Artículo publicado el 7 de febrero de 2011. En: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-8831414>. Consultado el 16 de agosto de 2011.
17. KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)*. En: *Escritos sobre democracia y socialismo*. Selección y presentación de Juan Ruíz Manero. Madrid: Debate, 1988.
18. KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado* [1925]. Traducida por Luis Legaz y Lacambra y edición y estudio preliminar a cargo de José Luís Monereo Pérez. Granada: Comares, 2002.
19. LASALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Barcelona: Ariel, 1989.
20. LEMAITRE RIPOLL, Julieta. *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2009.
21. MARTÍNEZ, Darío. *¿Quién reforma la Constitución?* En: <http://www.elespectador.com/impreso/articuloimpreso-222764-quien-reforma-constitucion>. Consultado el 16 de agosto de 2011.
22. MOSQUERA, José Rafael [1793-1843]. *Nociones de derecho constitucional*. Edición a cargo de Carlos Restrepo Piedrahíta. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

23. NOVOA, Armando. **Algunas de las innovaciones más significativas de la Constitución de 1991 en su parte dogmática.** En: *El espíritu de la Constitución Política de Colombia. Quince años después.* Manizales: Universidad Autónoma de Manizales, 2007.
24. OROZCO, Iván y GÓMEZ ALBARELLO, Gabriel. **Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal.** IEPRI, Santafé de Bogotá: Editorial Temis, 1993.
25. PÉREZTORO, William. **Constitución y reglamentación.** En: Estudios Políticos. Medellín: Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, julio-diciembre de 1993, No. 4.
26. PÉREZ TORO, William. **Orden jurídico, negociación, paz y reinserción. La constante imbricación entre guerra, política y derecho en Colombia.** En: Estudios Políticos. Medellín: Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, julio-diciembre de 2005, No. 27.
27. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. **Derecho Constitucional Colombiano: De la Carta de 1991 y sus reformas.** 4ª ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2010.
28. REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional, Auto 003 de 1992.
29. REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Salvamento de Voto suscrito por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez caballero, Sentencia C-371 de 1994, MP. José Gregorio Hernández Galindo.
30. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Salvamento de voto a la Sentencia de Constitucionalidad 466 del 18 de octubre de 1995. MMPP: Fabio Morón Díaz y Jorge Arango Mejía.
31. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Tutela 227 del 5 de mayo de 1997. MP: Alejandro Martínez Caballero.
32. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Tutela 525 del 17 de septiembre de 1992. MP: Ciro Angarita Barón.
33. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Salvamento de voto, Sentencia de Constitucionalidad del 15 de octubre de 1992. MMPP: Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero.
34. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala Plena, Sentencia No. 59 del 24 de mayo de 1990, Exp. No 2149 (334-E).
35. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala Plena, Sentencia No. 138 del 9 de octubre de 1990, Exp. No 2214 (351-E). MMPP: Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz.
36. RESTREPO RIAZA, William. **Estado, Constitución y crisis política.** En: Estudios Políticos. Medellín: Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, julio-diciembre de 1992, No. 2.
37. REVISTA SEMANA. **¿Cambió Colombia?** Artículo publicado el 2 de julio de 2011. En: <http://www.semana.com/nacion/cambio-colombia/159581-3.aspx>. Consultado el 16 de agosto de 2011.
38. RODRÍGUEZ GARAVITO, César. **Ante la ola conservadora, una ola arcoíris.** En: <http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-290485-ola-conservadora-una-ola-arcoiris>. Consultado el 16 de agosto de 2011.
39. SOUSA SANTOS, Boaventura de y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. **“Colombia el revés del contrato social”.** En: *El caleidoscopio de las justicias en Colombia (Tomo I). Análisis socio-jurídico.* Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2004.
40. UPRIMNY YEPES, Rodrigo. **Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnósticos y perspectivas.** En: *El debate a la Constitución.* Bogotá: ILSA, 2002.
41. UPRIMNY YEPES, Rodrigo. **La constitución en perspectiva (I).** En: <http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-281910-constitucion-perspectiva-i> Consultado el 16 de agosto de 2011.
42. URIBE DE HINCAPIÉ, María Teresa. **Las promesas incumplidas de la democracia participativa.** En: *El debate a la Constitución.* Bogotá: ILSA, 2002.
43. VALENCIA VILLA, Hernando. **Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano.** Bogotá: Panamericana Editorial, 2010.

B Sección Entrevista

Acerca de los cambios introducidos por la Constitución Política de 1991

Entrevistado: Tulio Elí Chinchilla Herrera*

Entrevistadora: Mónica Lucía Ortiz Arango**

1. Comparativamente con la Constitución de 1886, ¿cómo avanzó el texto actual en materia de derechos?

La concepción de los derechos constitucionales fue el cambio más importante de la Carta de 1991 en relación con la de 1886. Se trata de un verdadero salto cualitativo, hasta el punto de poder afirmarse que sólo bajo la Constitución de 1991 los colombianos adquirimos la idea de derechos fundamentales, idea que no existía, o sólo existía en forma muy tenue y difusa, en la anterior Constitución. Este “salto copernicano” se aprecia en dos planos (con influencias recíprocas entres ellos): a) el plano de la dogmática constitucional, con su carta de derechos, sus mecanismos garantes, especialmente la acción de tutela y la interpretación jurisprudencial de los mismos; y b) en el campo de la cultura constitucional, del “sentimiento constitucional”, de la conciencia del ciudadano raso de “tener derechos”.

En estos veinte años la Constitución ha servido como herramienta pedagógica irremplazable en la paulatina construcción del sujeto de derechos esenciales, noción muy tenue y nebulosa bajo la Carta de 1886. El de tener derechos es un sentimiento que apenas ha empezado a arraigarse en las generaciones que vieron luz después del relevo constitucional.

Nuestros niños van adquiriendo la conciencia, cada vez más clara, de que no pueden ser maltratados o sometidos a la arbitrariedad de padres y maestros; todo padre sabe que su hijo no puede ser privado de un cupo escolar, y que existen medios jurídicos al alcance de sus manos para impedirlo. Quienes enferman comienzan a sentir como arbitrariedad insoportable la negativa a otorgárseles un tratamiento de salud, al que, hace veinte años, sólo podían aspirar como privilegio o como caridad. Los “desconectados” saben hoy que una cantidad mínima de agua potable deberá ser garantizada como un derecho, aquí y ahora.

2. ¿Ha habido una nueva dogmática de los derechos fundamentales a partir del texto de 1991?

Sí, en el campo textual, pasamos de una Constitución paupérrima en derechos a una de las Cartas de Derechos más ricas y optimizadas del mundo. Basta advertir que en la Carta de 1886, ni siquiera su texto mencionaba la palabra igualdad, derecho que había que deducir por pura hermenéutica constitucional a partir del artículo 16 que ordenaba a las autoridades “proteger a todos los residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes”. Como tampoco había una referencia explícita al derecho de defensa. Hoy tenemos un catálogo de derechos muy amplio, con derechos de diversas procedencias ideológicas y fundamentaciones éticas, con posibilidades de reconocimiento de nuevos derechos a partir de instrumentos internacionales y construcciones hermenéuticas ético-filosóficas. En el plano de la efectividad jurídica, la acción de tutela ha permitido construir la idea de derechos fundamentales, es decir, un grupo privilegiado de derechos subjetivos que por su profunda conexión con ciertos valores tales como la dignidad humana ameritan una protección reforzada: inmediata, urgente mediante una orden judicial formidable e ineludible. Como parte de esta fuerza expansiva de los derechos, las escasas cláusulas sobre derechos sociales de la Carta de 1886, que eran asumidas como “directrices al legislador” -simples invitaciones al estamento político administrativo para darles desarrollo- hoy en buena medida son concebidas como enunciados normativos imperativos, de aplicación directa (aquí y ahora).

3. ¿Qué postulados plasmados en la Constitución de 1991 muestran un déficit de eficacia?

Como toda constitución, la de 1991 acusa zonas de frustración y muchas cláusulas poseen un cierto carácter utópico, es decir, funcionan como horizonte ideal al cual

* Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

** Profesora del curso *Constitución y Sociedad* de la Universidad EAFIT.

siempre hay que mirar en la acción estatal pero con aceptación de su baja eficacia jurídica (sin profundizar en la eficacia social, su poder transformador de las relaciones sociales). Entre los enunciados de derechos fundamentales que no han podido ser efectivizados mediante las garantías operativas reforzadas encontramos buena parte de los derechos sociales, los derechos colectivos y casi todos los derechos de participación ciudadana directa o semi-directa. Por ejemplo, en cuanto a estos últimos, el ejercicio de mecanismos de participación ciudadana tales como la revocatoria del mandato de alcaldes y gobernadores (constitucionalmente garantizada) es una verdadera "promesa incumplida", es decir, permanece allí en los textos fundamentales sin estrenar.

4. ¿Si la Constitución de 1991 fuese derogada en su mayor parte, qué norma de ella, de seguir vigente, le seguiría dando existencia al modelo de Estado Constitucional de Derecho?

Si esta Constitución sigue sometiéndose a la arrasadora tendencia a su modificación, hay una sola norma que salvaría su esencia: el artículo 86 que estructura la acción de tutela, norma que no dudo en reconocer como la más importante de toda la canónica constitucional vigente. Por eso es vital defenderla frente a cualquier intento de reforma, porque mientras ella permanezca tal como fue concebida y ha funcionado en estos veinte años, el modelo de Estado constitucional puede salvarse, ya que habría un dispositivo capaz de blindar el núcleo esencial de la Constitución: los derechos fundamentales en sus diversas modalidades. La tutela ha permitido construir la idea ciudadana de tener derechos.

Ello en gran medida ha sido posible gracias a la acción de tutela. La gente común ha recobrado la confianza en el derecho y en la jurisdicción. El niño ya sabe que puede acudir al juez para corregir situaciones de maltrato de sus padres y educadores. El ciudadano impotente ante la negativa arbitraria de su EPS a un tratamiento de salud, tiene hoy en el juez una institución protectora de sus dignidad humana. El ciudadano raso ha ganado la certeza de que su petición será respondida en el breve término legal. Y todos ellos saben hoy que en un término perentorio de diez días, sus derechos fundamentales probablemente serán amparados.

5. De acuerdo con las estadísticas, ¿cómo se ha incrementado la utilización de la acción de tutela y en qué temas?

La explosión de la acción de tutela es un hecho innegable, una tendencia que crece en forma exponencial y asume proporciones inverosímiles para un sistema

constitucional de funcionamiento normal (tipo europeo). Iniciamos con 10.732 demandas de tutela, presentadas ante los jueces de la República en 1992, pero ya en 1993 se dobló el número: se presentaron 20.181 tutelas. En 1994 el aumento fue considerable: los jueces dictaron 26.715 sentencias de tutela. En 1995 siguió la curva ascendente: se dictaron 29.950 sentencias, 33.603 en 1997 y 38.248 en 1998. El salto descomunal se aprecia en 1999: 90.248 fallos de tutela. En la década del 2000 hay un nuevo desbordamiento: de 131.765 sentencias en el 2000 pasamos una situación apabullante: según el Presidente de la Corte más de cuatrocientos mil procesos de tutela, la mayoría de ellos en materia de salud y pensiones. Ni siquiera los procesos ejecutivos se acercan a esta estadística.

6. ¿A qué se atribuye la utilización masiva o explosión de la acción de tutela?

El éxito de la tutela como mecanismo judicial tiene varias causas: a) frente a una justicia morosa e indolente la tutela se erige como la otra justicia, la rápida, la que en diez días hábiles le resuelve el problema al usuario de la justicia; b) frente a una justicia formalista, ritual, simbólica, la tutela se revela como una orden de cumplimiento inmediato (en cuarenta y ocho horas), ineludible (el desacato de la orden de tutela tiene una sanción de arresto hasta por 180 días y es causal de destitución); c) la inveterada arbitrariedad en las decisiones públicas y de instituciones privadas (colegios, universidades, empresas de servicios, entidades de salud, iglesias, etc.) lleva a que el ciudadano haya descubierto en la tutela la única arma legítima para defenderse. He allí una tendencia distorsionadora del mecanismo: la tutela, garantía excepcional y subsidiaria, tiende a convertirse en un sustituto, en un atajo de las demás vías judiciales y administrativas de solución de conflictos en el ordenamiento.

7. Ante el desbordamiento de la acción de tutela por parte de los ciudadanos y las distorsiones que de ello se han generado especialmente en cuanto a comportamientos muy amañados de las entidades de salud, que son las más tuteladas, ¿qué reformas serían recomendables a ésta acción?

Ojalá que las anunciadas reformas a presentarse el próximo periodo de sesiones del Congreso no tocan el texto del artículo 86 constitucional. Las consecuencias de cualquier cambio menor en esta materia, son impredecibles, y ello aunque tales modificaciones estén inspiradas en propósitos plausibles. Ya la recién aprobada reforma sobre la "regla fiscal" puede tener incidencia negativa en la formulación judicial de órdenes que impliquen gasto público. Las reformas a la tutela deberían apuntar a la parte operativa y de

eficacia de este mecanismo garante, no a desactivarlo. Así, verbigracia, mediante ley debería establecerse mecanismos que hagan imperativas para las Entidades Prestadoras de Salud las treinta reglas sobre derecho a la salud contenidas en la sentencia T-760 de 2008. De esta manera se harían innecesarias el 60% de las tutelas. Así mismo, por vía de jurisprudencia podría decantarse más el concepto de “vías de hecho” o causales de procedencia de tutela contra providencias judiciales, especialmente afinar lo que procesalmente se denomina “control de entrada”.

8. ¿Cómo se explica el contraste que existe entre la idea de la exacerbación de tener derechos fundamentales como derechos subjetivos (del individuo) y la tenue conciencia de ser sujeto político que incide en procesos de decisión colectiva?

Es esa diferenciación de derechos en la conciencia ciudadana puede, tal vez, originarse en lo expedito de nuestro amparo constitucional para obtener la tutela judicial efectiva de los derechos, en contraste con la mayor dificultad en instaurar y tramitar las acciones populares y de grupo o la acción de cumplimiento. Pero esta baja conciencia del ciudadano raso se advierte también a la hora de obtener, mediante el ejercicio de los mecanismos de participación, ciertas decisiones sociales inaplazables que las élites dirigentes no están dispuestas a adoptar buenamente.

Es decir, la vía normal de lograr buenos servicios de salud, educación, seguridad social, mediante políticas públicas legislativas y administrativas ha sido reemplazada por una especie de construcción judicial del Estado social. Es ésta otra distorsión de nuestro modelo de Estado constitucional, una desviación muy tercermundista y colombiana.

9. ¿A qué atribuye que sean los jueces de la república los que han tenido que asumir el papel de constructores del Estado Social?

Siguiendo un dicho de Darío Echandía, no estamos en Dinamarca sino en Cundinamarca. En la sociedad democrática funcional sólo los órganos legislativo-ejecutivos están legitimados (son idóneos) para repartir los recursos del erario mediante el presupuesto, no el juez con sus providencias. Proveer bienestar y condiciones de vida digna a toda persona es misión propia del estamento político-administrativo, para eso se los elige. En principio, la función jurisdiccional se circunscribe a la tramitación pacífica y justa de los litigios. Pero aquí la Corte Constitucional ha elaborado un principio bastante equilibrado y razonable: en situaciones de grave

e injustificada omisión en la gestión de necesidades humanas básicas, el juez se legitima plenamente para dar cumplimiento a la cláusula del Estado social, incluso sustituyendo a la administración pública sin que ello implique quiebra de la separación de poderes. Ante la indolencia, el desgredo, la malversación, la corrupción y la ineptitud, el juez emerge como figura salvadora y coadyuva a construir un orden socioeconómico justo; gana, no la potestad amplia de decretar gasto, sino la de ordenar gestiones encaminadas a apropiar partidas necesarias.

10. ¿De lo dicho puede deducirse que el ciudadano prefiere la representación a la participación directa?

Cuando la democracia participativa no cuenta con el sujeto ciudadano calificado y políticamente intenso (informado y motivado) que ella supone, entonces no puede funcionar sino la representación. Tampoco puede hacerse de la participación ciudadana directa un mito, porque ella no funciona sino en determinados contextos y muy excepcionales. La democracia constitucional de nuestros días en cualquier Estado opera ante todo (en un altísimo porcentaje) mediante instituciones representativas. Y tal vez sea mejor así, tal vez la decisión pública por la vía representativa tiene en muchos casos más virtudes que la llamada vía participativa (la negociación, la deliberación, el respeto a las minorías). La gente común y corriente prefiere que una minoría selecta de su unidad residencial decida la conducción ordinaria de la comunidad de convivencia cotidiana.

11. ¿A qué atribuye el protagonismo que en materia de derechos sociales ha asumido la Corte Constitucional?

Porque ella, especialmente gracias a la labor quiijotesca de la “primera” y la “segunda” Cortes (1992-1993 y 1993-2001, respectivamente) se tomó en serio el carácter normativo de la Constitución: leer los cánones sobre derechos sociales no como enunciados programáticos (invitaciones al legislador) sino como imperativos aquí y ahora, como un reparto de recursos que el constituyente originario hizo ya, de antemano; distribución que reduce el espacio de pluralidad de opciones económicas a escoger por la mayoría. Por ello, aunque el establecimiento fiscal amenace con colapsar, habrá que garantizar a toda costa alimentación adecuada, educación, salud, vivienda a los niños y adolescentes. Ninguna otra lectura admite el art. 44 constitucional. Es la reiterada antinomia Tutela vs. Presupuesto.

Postura que no es exclusiva de aquí. Por los días en que lo hiciera nuestra Corte a su manera, la Audiencia Nacional española (Sala Contencioso-Administrativa, Sentencia de 7 de noviembre de 2000) ordenó al Gobierno de Aznar un

incremento salarial para los empleados nacionales, a fin de conservar el poder adquisitivo de sus emolumentos a tono con el IPC.

12. De las reformas que ha sufrido la Constitución de 1991 durante los veinte años de su vigencia, ¿cuáles considera que han aportado a la puesta en marcha de un real y efectivo Estado social de derecho y cuáles lo han deteriorado?

Evaluadas las treinta o más reformas a la Carta del 91 encontramos que en su mayoría son contra-reformas al diseño constitucional originario. Ninguna avanza en la profundización del modelo. Tal vez la única que quiso llenar un vacío del constituyente de 1991 fue la reforma política de 2003 sobre régimen de partidos y sistema electoral, pero su ineficacia para mejorar el sistema político es lamentable, tal vez porque ningún sistema de legitimidad se mejora con simples reglas, hay en ello un componente ético-social más profundo.

13. ¿Ha generado la Constitución actual, un sentimiento constitucional en Colombia?

Es uno de los aspectos en que la Carta del 91 ha aportado a nuestra cultura jurídica: sentar el embrión de una cultura constitucional como componente de la cultura cívica. La jurisdicción constitucional hoy es vivida –sentida– como la verdadera justicia, la que opera, la que protege al débil, al socialmente excluido. Esta vivencia cotidiana de solución a sus angustias, ha venido generando, sin duda, un “sentimiento constitucional”, para utilizar la expresión acuñada por Karl Loewenstein. Si ello ha contribuido a democratizar la idea del juez protector, ya con ello esta Constitución cumplió un gran papel social y ético. Que esta Constitución sirva hoy como catecismo ético laico en colegios y universidades para enseñar la virtud cívica (respeto por el otro, por la diferencia, por la autonomía, etc.) es algo también muy rescatable. Toda pedagogía cívica necesita de un mito de refuerzo (creencias) que ayude a la asimilación puramente racional del credo constitucional. ¿Encarnará nuestra Carta ese mito?

C Sección Investigación

Discusiones sobre el derecho a la ciudad: una panorámica

Autora: Ana María Gutiérrez Mesa*

Origen de la investigación

El trabajo surgió al identificar la discusión en torno al derecho a la ciudad y en el marco de las preocupaciones y objetivos del Grupo de Investigación Derecho y Poder del Área de Derecho Público de la Universidad EAFIT, de manera particular, en la línea de derechos colectivos existente en el mencionado grupo. La investigación que se describirá a continuación se desprende de la monografía de grado presentada con el fin de obtener el título de abogada en la Universidad EAFIT. Dicho trabajo fue logrado con la dirección del profesor Mario Alberto Montoya Brand.

Objetivos del proyecto

El principal objetivo de la investigación fue el de realizar una descripción del concepto del derecho a la ciudad; descripción que abarcó el estudio y seguimiento a la aparición del mismo, su evolución y la propuesta de clasificación de las principales construcciones teóricas desarrolladas en torno a él -clasificación concebida para dar cuenta del fundamento y punto de partida de cada una de estas construcciones-.

Aún cuando la metodología utilizada tomó como punto de partida la exposición de ideas y teorías adscritas a diversas áreas del conocimiento, su teleología no fue otra que la presentación de los elementos necesarios – en términos históricos y contextuales- para dar respuesta al problema fundamental: ¿tiene sentido hablar de la ciudad como objeto de un derecho exigible en términos estrictamente jurídicos?, ¿deben ser adoptadas, como jurídicamente obligatorias las exigencias urbanísticas, sociológicas y arquitectónicas?, ¿no estaremos más bien frente a un conflicto lingüístico caracterizado por la apropiación de conceptos jurídicos por parte de autores que describen realidades ajenas a la ciencia jurídica?, ¿acaso es el derecho a la ciudad sólo el eco, en otros campos y disciplinas, de varios derechos jurídicamente relevantes?

Metodología

En el desarrollo del informe final de la investigación se construyó un *estado del arte* de la discusión sobre el derecho a la ciudad, para lo que se agruparon en cuatro grandes segmentos las concepciones sobre el derecho a la ciudad, consideradas más relevantes en el debate objeto de estudio. El diseño de estos grupos se realizó a partir de decisiones estrictamente metodológicas; no se trata, en ningún caso, de una clasificación última ni universal. El mismo responde a la intención de presentar los resultados arrojados por el estudio sobre la evolución de la discusión sobre el derecho a la ciudad.

Contexto fáctico

El hecho de que en el siglo XXI más de la mitad de la población mundial vive en ciudades ha hecho que la pregunta por el espacio y la cuestión urbana haya trascendido las discusiones que se llevan a cabo en foros e instituciones a nivel nacional e internacional y, parece, ha sido la génesis de una variedad de propuestas en torno a la creación del derecho a la ciudad como solución a los problemas que surgen en el contexto urbano. En las diversas concepciones de este derecho aparece de manera recurrente la alusión a la *crisis de la ciudad* como asunto de urgente solución y que es definida, en términos generales, como el hecho de encontrar ciudades en las que la calidad de vida de quienes las habitan es sistemáticamente dejada de lado. Se habla de la existencia de ciudades sin ciudadanos.

A nivel local, la importancia de discutir sobre el tema podría encontrar su origen en asuntos un tanto diversos. En primer lugar, en el ordenamiento jurídico colombiano no se encuentra positivizado tal derecho, lo cual sugiere que no es exigible ni ha sido protegido y ni siquiera mencionado por los órganos jurisdiccionales. En segunda instancia, en Colombia parece difícil estudiar el tema urbano y dejar de lado la problemática del sector rural pues en nuestro país este tiene una gran importancia

* Abogada de la Universidad EAFIT.

en términos geográficos, sociales e históricos, además de buenas explicaciones acerca de la configuración de nuestras ciudades.

Por su parte, y concentrados en el caso de Medellín, la discusión sobre el concepto del derecho a la ciudad se ve inmersa en un momento de grandes transformaciones respecto de la problemática urbana. Transformaciones que se traducen en cambios que tocan temas como la manera en que se está planeando la ciudad, la forma en que se construye y diseña la misma y, por qué no, incluso la esencia misma de la ciudad que está siendo moldeada por estos aires transformadores en tanto estos cambios incluyen revoluciones de las formas de pensar y de vivir la ciudad.

Todo lo anterior ha llevado a que las preguntas sobre la planeación de la ciudad o del espacio superen las consideraciones sobre la cantidad de metros cuadrados en los que habitarán los ciudadanos o la cantidad y ubicación de espacios comunes, y tiendan a hacerse preguntas serias sobre la calidad o la manera como este espacio dignificará y enriquecerá la existencia de los mismos.

Reseña

Como ya se advirtió, en el trabajo se emprendió la tarea de presentar una descripción de las concepciones del derecho a la ciudad más relevantes, las características de cada una de las propuestas, su evolución y, desde una perspectiva jurídica, la viabilidad y conveniencia de ser adoptadas por parte de un ordenamiento jurídico. El proceso de caracterización de las distintas concepciones respondió a un sistema de relaciones cruzadas, consistente en la identificación explícita de elementos comunes y recurrentes, así como aquellos disímiles, útiles al momento tanto de reforzar como de cuestionar las tesis objeto de estudio.

La propuesta del sociólogo francés Henri Lefebvre, constituye la primera de las ideas estudiadas al ser considerada de forma unánime como la idea originaria de este derecho a la ciudad. El autor acuñó el término para denunciar el impacto negativo que sufrían las ciudades a causa del capitalismo y la industrialización, fenómenos que habían convertido los centros urbanos en valor de consumo, en una mercancía, y que relegaron la concepción de la ciudad como valor de uso para los ciudadanos a un segundo plano, cuando no fue que lo eliminaron totalmente. En estos términos, el derecho a la ciudad propuesto por Lefebvre no se entiende como categoría abstracta o artificial; se trata de un elemento inherente a la vida humana en centros urbanos que sufren constantes modificaciones y que, en

tiempos de Lefebvre, dejaron por fuera la satisfacción de necesidades humanas fundamentales -diferentes a aquellas necesidades *funcionalistas*, centrales en las construcciones de las urbanizaciones francesas de aquellos años-, que tienen que reivindicarse a partir de la formulación explícita de un derecho.

La obra del urbanista español Jordi Borja, considerado como el sucesor académico de Lefebvre, constituyó el objeto del segundo grupo de análisis. Borja concibe el derecho a la ciudad en los términos de la apropiación ciudadana del espacio público, apropiación caracterizada por la participación activa y definitiva de los ciudadanos, tal y como la misma expresión aclara, en la generación del espacio público.

En tercer lugar, se detuvo el estudio en la concepción del derecho a la ciudad como *derecho a los derechos*. Según los teóricos dedicados al desarrollo de esta idea, el derecho a la ciudad es aquel radicado en cabeza de los ciudadanos y que les permite tener, desarrollar y exigir efectivamente los derechos humanos en el contexto de la ciudad. A esta concepción parece subyacer la idea de la existencia de metaderechos. En el desarrollo de la investigación se incluyó el análisis desde la teoría jurídica de la utilidad que una idea tal puede tener o los problemas que, desde los postulados de protección y garantía de los derechos, se logran identificar.

Finalmente, la idea del derecho a la ciudad se ha definido como *derecho colectivo*. Así ha quedado plasmado en la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad: instrumento elaborado por diferentes organizaciones no gubernamentales que se han comprometido con la construcción de ciudades justas, democráticas y sustentables, y se dedican, en su mayoría, a impulsar la promulgación de un cuerpo legislativo internacional que funcione como marco para definir los límites y el contenido de las regulaciones nacionales. Para los defensores de esta concepción, tal cuerpo legislativo debe considerar, inexorablemente, la existencia de un derecho a la ciudad tutelable de forma efectiva ante las jurisdicciones locales.

En este punto parece pertinente llamar la atención sobre la existencia de algunos de los problemas identificados en el estudio de las concepciones del derecho a la ciudad como quedaron arriba categorizadas. Un primer problema es de tipo lingüístico que deberá ser superado si es que se trata de defender la idea del derecho a la ciudad en el marco de un discurso jurídico con pretensiones legislativas: ¿qué debe entenderse por ciudad? ¿se trata de un concepto delimitado por el espacio territorial en el cual interactúan los ciudadanos? o ¿es la posibilidad de utilizar la categoría "ciudadano" la que determina la

existencia de la ciudad, entendida entonces como la existencia de un conjunto de condiciones que permiten diferenciar entre ciudadanos y no ciudadanos sin tener en cuenta un espacio territorial específico?

Podría decirse que, en el núcleo de algunas de las definiciones estudiadas sobre el derecho a la ciudad se encuentra el elemento territorial como fundamento de la definición misma: se propende entonces por la idea de derechos que existen por y en función del contexto urbano. Dos asuntos habrán de resaltarse frente a una propuesta tal: en primer lugar, cabría plantear que la definición de ciudadanía como categoría ligada al territorio de la ciudad corresponde a un pensamiento típicamente medieval según el cual el catálogo de derechos de los que se goza depende del lugar que se habite. En segundo lugar, de manera especial en nuestro país, una concepción de derecho a la ciudad ligada necesariamente al elemento territorial urbano pareciera dejar por fuera toda la problemática del campo y con ello, a gran parte de la población colombiana y a una de las fuentes de las profundas rupturas sociales en la historia nacional.

Resulta además ineludible abordar una precisión conceptual y una crítica al uso que del vocablo *ciudadanía* hacen los expositores de las diversas ideas del derecho a la ciudad, pues parecen haber dejado de lado, y desde la ciencia jurídica se constituye en un error conceptual grave, el hecho que la teoría política ha efectuado importantes aproximaciones al significado y contenido de la ciudadanía.

Por su parte, en el Derecho se denomina ciudadanía a la relación de carácter político que existe entre una persona y el Estado, y que le otorga a esa persona derechos y deberes de carácter especialmente políticos, como por ejemplo el derecho a elegir, ser elegida y ocupar cargos públicos. Así, la ciudadanía es el vínculo jurídico político que, en el caso colombiano, tienen los nacionales colombianos mayores de 18 años que además no estén inmersos en una causal de suspensión del ejercicio de la misma. Ello es importante, entre otras cosas, porque el derecho a la ciudad sería proclamado de los habitantes de la ciudad y no de los habitantes del sector rural que para el Derecho también son ciudadanos.

Conclusiones

1) Una mención apresurada del concepto *derecho a la ciudad* podría ubicar a un hipotético interlocutor en el imaginario lingüístico propio de la ciencia jurídica. En la investigación se sugirió la idea según la cual la carga valorativa de la palabra derecho, particularmente

en su sentido subjetivo, genera de manera automática una sensación de aprobación, compromiso y eficacia que resulta difícil de desvirtuar: tener derecho a algo parece ser intrínsecamente bueno y, en esta medida, la sola posibilidad de contar con un derecho a la ciudad –aunque no se tenga una noción precisa acerca de su contenido– parece ser un estado de cosas deseable, exigible y alcanzable.

Las corrientes y autores de las propuestas del derecho a la ciudad que fueron objeto de estudio parecen denominar tales concepciones como *derecho* sin justificar en la mayoría de las veces la elección de tal categorización y, en otros casos, sin cumplir con las exigencias que la ciencia jurídica ha establecido para la institución de los derechos. Así, la posibilidad de contar con espacios de participación ciudadana en el desarrollo y planeación de la ciudad, solo por ser considerada como un fin deseable, debería ser reconocida por el ordenamiento jurídico en la forma de un derecho exigible.

La conclusión anterior merece ser explicada de manera adecuada para no generar consecuencias desastrosas: no se quiere decir que todos los conceptos pertenecientes al lenguaje del derecho –esta vez en su sentido de disciplina epistemológica– tengan que tener un horizonte de proyección y contenidos absolutamente claro y adecuadamente delimitado. La indeterminación y ambigüedad de las palabras estarán siempre presentes; sin embargo, tales falencias responden a distintos grados que, a su vez, determinarán la viabilidad de su adopción por parte de los operadores jurídicos. Sin embargo, el uso que se hace de la categoría derecho en el desarrollo de los planteamientos teóricos estudiados en esta investigación, lleva a confusiones e imprecisiones de necesaria superación si se pretende establecer un discurso coherente en el ámbito académico.

2) La construcción y sistematización del *estado del arte* que se elaboró en el desarrollo de la investigación parece haber dejado claro que, además de no ser un concepto eminentemente jurídico, el *derecho a la ciudad* es un concepto interdisciplinar, que se encuentra en un estado embrionario, y que ha sido desarrollado y dotado de contenido por parte de enfoques disciplinares disímiles y, en ocasiones, contradictorias. Al respecto, se resalta la importancia de emprender un análisis posterior eminentemente jurídico concretado, por ejemplo, en la determinación del bien jurídico adscrito a un derecho de estas características, en los mecanismos de tutela jurídica ofrecidos para garantizar su vigencia efectiva, o en las condiciones que deben cumplir sus posibles destinatarios para ser considerados como sujetos de derecho. Se aboga porque en un análisis como éste

resultaría ineludible abordar el tema del sector rural y por ende, determinar en qué contextos y realidades nacionales resulta realmente deseable hablar de un derecho a la ciudad.

Es preciso entonces continuar con un proceso investigativo encaminado a conciliar las posiciones y características propias de tradiciones y vivencias ajenas a nuestra historia, de tal suerte que, en caso de considerarse conveniente, el proceso de importación conceptual no se lleve a cabo de manera automática sino contando con las precisiones y adecuaciones necesarias para responder a las condiciones geográficas, demográficas, sociales y económicas particulares de nuestro país, de manera especial, dando a lo rural el lugar que merece y reclama de antaño.

Incurrir en el desconocimiento e irrespeto de los derechos de los campesinos en un país como el nuestro sería aplazar el compromiso pendiente (y sistemáticamente postergado por parte del Estado) de asegurar la afirmación de la ciudadanía para estas poblaciones víctimas de un déficit histórico en la protección de sus derechos básicos, de la exclusión sistemática y la desigualdad.

Por lo pronto, se defiende la idea según la cual en nuestro país convendría más llevar la discusión hacia el fortalecimiento de la cultura de *los derechos en la ciudad y en lo rural*, de manera especial y enfática, hacia la forma de promover el regreso al campo, un campo donde también sean efectivos los derechos establecidos en la Constitución.

Bibliografía básica

BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

BORJA, Jordi. *La ciudad conquistada*. Madrid: Editorial Alianza, 2003.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *"Sobre derechos colectivos: dilemas, enigmas y quimeras"*. En: ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. *Una discusión sobre derechos colectivos*. Editorial Dykinson, 2001.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *La eficacia simbólica del derecho*. Bogotá: Universidad de Los Andes, 1993.

HABITAT INTERNATIONAL COALITION (HIC), *Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad*, 2005

LEFEBVRE, Henri. *El derecho a la ciudad*. Barcelona: Ediciones Península, 1969.

D Sección Comentarios y Reseñas

Veinte años de la Constitución Política de Colombia. Una mirada desde la óptica del proceso judicial colombiano

Autor: Andrés Prieto Quintero*

El Área de Derecho Público de la Escuela de Derecho, invitó a hacer una reflexión sobre el período que ha gobernado la Constitución Política de 1991. Acepté la oferta y en consecuencia, pretendo dar cuenta del resultado que obtuve en las líneas que siguen.

Parto de una convicción, sobre la que no tengo duda: ¡El cambio fundamental que introdujo la Constitución Política de 1991 a la realidad judicial colombiana, consistió en haber creado el trámite o procedimiento de tutela! En efecto, una era la realidad judicial en Colombia antes de la existencia de la acción de tutela y una muy distinta es la que a partir de su ingreso a los estrados judiciales hemos tenido.

Y no lo digo refiriéndome a los evidentes cambios surgidos como consecuencia de la posibilidad reglada de proteger los derechos fundamentales, tampoco lo hago basándome en la avalancha de acciones de tutela que ha sido presentada y despachada en los juzgados de Colombia.

Lo hago pensando que el cambio no solo se ha sentido en la construcción de una herramienta de la que se sirve la población para controlar los excesos y las ausencias propias del poder, sino también y sobre todo, porque pienso que hubo otro efecto, uno más profundo y quizás, mas importante en la historia general de Colombia y en la particular de los procesos judiciales. Ese otro efecto, del que hablo, puede describirse como un cambio ideológico en la mente de los operadores judiciales. Un cambio que revivió la fe y la confianza de la rama judicial en sí misma, un cambio que hizo que los jueces creyeran de nuevo en su propia capacidad de hacer y transformar la realidad, un cambio que activó al poder judicial como actor determinante en la suerte del Estado colombiano.

Rasgos propios de la tutela, entre los que destaco: la celeridad, que hizo que los jueces volvieran a resolver conflictos actuales y no asuntos del lejano pasado (como

en los procesos jurisdiccionales); la posibilidad de dictar sentencias incongruentes, que les quitó las amarras que en el proceso impone la necesidad de respetar el derecho de defensa de las partes; y, la posibilidad de actuar no solo como jueces, sino además como legisladores, administradores, constituyentes incluso, dando órdenes a diestra y siniestra a todos los poderes del Estado, so pretexto de defender los derechos más valiosos. Fueron aquéllas facultades que hoy le permiten a la Rama Judicial del Poder Público volar por encima del resto de los poderes públicos estatales y concentrar el poder en sus propias manos. Los rasgos anotados hicieron lentamente que la idiosincrasia judicial fuera abandonando su conservatismo característico y que se pasara al activismo judicial.

El cambio de idiosincrasia en el poder judicial tuvo consecuencias: vimos cómo el nuevo poder judicial intervino primero de forma tímida en los procesos jurisdiccionales, para conducirlos por encima de las partes y a veces en contra de la voluntad de ellas mismas, en dirección a la particular idea de justicia que cada juez competente tuviera sobre el asunto; luego los vimos saltar a la palestra pública con ayuda de los medios de comunicación, tuvimos jueces expidiendo comunicados públicos; también jueces de las mayores dignidades que antes guardaban siempre un sobrio silencio, se convirtieron en actores políticos que aparecían amenazantes en la televisión y en los diarios, lanzando diatribas por doquier.

Hoy temo a los jueces que creen que la independencia judicial no es una garantía para los justiciables sino un derecho a hacer lo que el juez quiera... temo a los jueces activistas que se autoerigen en guardianes de la verdad y de la justicia. Quiera dios que vuelvan al justo medio, a la medida propia del autocontrol, que hagan gala de la timidez que es hermana del estudio y la reflexión. De lo contrario, el país está condenado a seguir en el caos judicial insufrible que hoy vive.

* Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT.

Juan Luis Mejía Arango
Rector

Félix Londoño González
Director Investigación y Docencia

Hugo Alberto Castaño Zapata
Decano Escuela de Derecho

Mario Montoya Brand
*Director Área de Derecho Público
y del Grupo de Investigación Derecho y Poder
Director Boletín del Área de Derecho Público*

Nataly Montoya Restrepo
Editora Boletín del Área de Derecho Público

Claudia Giraldo Ramírez
Diagramación y diseño

Carrera 49 N° 7 Sur - 50 | Medellín – Colombia – Suramérica
Teléfono (57) (4) 2619520
Escuela de Derecho Bloque 27, 5º piso

Contacto principal: areaderechopublico@eafit.edu.co

Centro Cultural Biblioteca Luis Echavarría Villegas
canje@eafit.edu.co



UNIVERSIDAD
EAFIT
Abierta al mundo