

DERECHO PÚBLICO Y JUSTICIA:

Reflexiones teoricas del Derecho.

(TOMO 1)

Compiladores

Juan Carlos de los Rios

Mireya Camacho Celis

Yadira Caballero Quintero



SELLO EDITORIAL
CORUNIAMERICANA



DehJüS
Sociedad, Justicia y Desarrollo Humano

 **SELLO EDITORIAL**
CORUNIAMERICANA

**DERECHO PUBLICO Y JUSTICIA:
Reflexiones teoricas del Derecho. (TOMO I)**

Autores Coordinadores:

Juan Carlos De los Rios
Mireya Camacho Celis
Yadira Caballero Quintero

Autores

Juan Carlos De los Rios Castiblanco
Rocío Vásquez Fruto
Víctor Raúl Amórtegui Molinares
Luis Fernando Romero Medrano
Andrés Antonio Alarcón Lora
Daniel E. Florez-Muñoz
Yaninis Elena Suarez Burgos
Maira Sierra Garcia
Josias Mojica Dominguez
Pedro Triana Martinez
Milton Armando Gómez Cardozo
Juan Esteban Aguirre Espinosa
Ruth Liliana Huelgos Sierra
Yuliana Patricia Almanza Rojas

Libro resultado de investigación, realizado a partir del trabajo colaborativo entre grupos de investigación y el desarrollo de propuestas que contribuyen al fortalecimiento de los indicadores de generación de nuevo conocimiento en el área de Derecho.

Reflexiones teóricas del Derecho público y justicia/ Juan Carlos De Los Ríos Castiblanco ... [et al.]. -- Barranquilla: Corporación Universitaria Americana, 2018.

166 p. ; 17x24 cm.
ISBN: 978-958-5512-37-5

1. Derecho Público -- Reflexiones 2. Acciones constitucionales 3. Constitucionalización -- Derecho civil -- Colombia 4. Recursos hídricos -- Derecho humano -- Corporación Universitaria Americana. I. De Los Ríos Castiblanco, Juan Carlos II. Vásquez Fruto, Rocio del Socorro III Amórtegui Molinares, Víctor Raúl IV. Romero Medrano, Luis Fernando V. Alarcón Lora, Andrés Antonio .VI. Florez Muñoz, Daniel Eduardo .VII. Suarez Burgos, Yaninis Elena .VIII. Sierra García, Maira. IX. Mojica Domínguez, Josías Daniel .IX. Triana, Pedro. X. Gómez Cardozo, Milton Armando.XI. Aguirre Espinosa, Juan Esteban.XII. Huelgos Sierra, Ruth Liliana .XIII Almanza Rojas, Yuliana Patricia.

342.02 R332 2018 cd 21 ed.
Corporación Universitaria Americana-Sistema de Bibliotecas

Corporación Universitaria Americana©

Sello Editorial Coruniamericana©

ISBN: 978-958-5512-37-5

DERECHO PUBLICO Y JUSTICIA: REFLEXIONES TEORICAS DEL DERECHO. (TOMO I)

Autores Coordinadores:

© **Juan Carlos De los Ríos**, © **Mireya Camacho Celis**, © **Yadira Caballero Quintero**

Autores:

© **Juan Carlos De los Ríos Castiblanco**, © **Rocío Vásquez Fruto**, © **Víctor Raúl Amórtegui Molinares**, © **Luis Fernando Romero Medrano**, © **Andrés Antonio Alarcón Lora**, © **Daniel E. Florez-Muñoz**, © **Yaninis Elena Suarez Burgos**, © **Maira Sierra Garcia**, © **Josías Mojica Dominguez**, © **Pedro Triana Martinez**, © **Milton Armando Gómez Cardozo**, © **Juan Esteban Aguirre Espinosa**
© **Ruth Liliana Huelgos Sierra**, © **Yuliana Patricia Almanza Rojas**

Presidente

JAIME ENRIQUE MUÑOZ

Rectora Nacional

ALBA LUCÍA CORREDOR GÓMEZ

Vicerrector Académico Nacional

MARIBEL YOLANDA MOLINA CORREA

Vicerrector de Investigación Nacional

ASTELIO DE JESÚS SILVERA SARMIENTO

Director Sello Editorial

JUAN CARLOS ROBLEDO FERNÁNDEZ

Sello Editorial Coruniamericana

selloeditorialcoruniamericana@coruniamericana.edu.co

Diagramación y portada: Kelly J. Isaacs González

Corrección de estilo: Eva Luna Contreras Mariño

1ª edición: 11 de diciembre de 2018

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada en sistema recuperable o transmitida en ninguna forma o por medio electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, u otro, sin previa autorización por escrito del Sello Editorial Coruniamericana y de los autores. Los conceptos expresados en este documento son responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente corresponden con los de la Corporación Universitaria Americana y da cumplimiento al Depósito Legal según lo establecido en la Ley 44 de 1993, los decretos 460 del 16 de marzo de 1995, el 2150 de 1995, el 358 de 2000 y la Ley 1379 de 2010.

Pares Evaluadores

Phd Maria Andrea Bocanegra
Universidad Del Atlántico

PhD Jairo Contreras Capella
Universidad Del Atlántico

Comité Científico

Mg. Diemer Lascarro Castellar
Universidad Del Atlántico

Mg. Carlos Lascarro Castellar
Universidad Del Atlántico

Mg. Emma Doris López Rodríguez
Universidad Simón Bolívar

Mg. Carlos Mauricio Archila Guio
Universidad Cooperativa De Colombia

Contenido

PRESENTACIÓN.....	7
FUNDAMENTOS TEÓRICOS DEL DERECHO PÚBLICO, ESTADO Y CIUDADANÍA.....	8
<i>Juan Carlos De los Ríos Castiblanco</i>	
FUNDAMENTOS PARA LA FORMACIÓN DE PROFESIONALES DEL DERECHO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	15
<i>Rocio Vásquez Fruto</i>	
EL CARÁCTER CIENTÍFICO DEL DERECHO.....	31
<i>Rocio Vásquez Fruto - Víctor Raúl Amórtegui Molinares – Luis Fernando Romero Medrano - Jairo González</i>	
EL EFECTO IRRADIADOR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DESDE LA DOGMÁTICA DE LOS MÁRGENES DE ACCIÓN: Hacia una analítica del fenómeno de la Constitucionalización del Derecho	52
<i>Andrés Antonio Alarcón Lora - Daniel E. Flórez-Muñoz - Yaninis Elena Suarez Burgos</i>	
ACCIONES CONSTITUCIONALES.....	102
<i>Maira Sierra García - Josías Mojica Domínguez - Pedro Triana Martínez</i>	
EL DERECHO HUMANO AL AGUA.....	120
<i>Milton Armando Gómez Cardozo - Juan Carlos De los Ríos Castiblanco</i>	
CONSTITUCIONALIZACION DEL PROCESO CIVIL DENTRO DEL ESTADO REPUBLICANO COLOMBIANO.....	151
<i>Juan Esteban Aguirre Espinosa - Ruth Liliana Huelgos Sierra - Yuliana Patricia Almanza Rojas</i>	

Presentación

El texto “Reflexiones Teóricas De Derecho Público Y Justicia” es resultado de investigación en el marco de la estrategia metodológica de Evaluación de las acciones, estrategias y contenidos pedagógicos de las asignaturas correspondientes al área de derecho público en la formación de los abogados y abogadas. Con el objetivo de evaluar e identificar las temáticas que presentan dificultades de aprehensión del conocimiento en el área del derecho público, se dispuso conocer las acciones y estrategias pedagógicas comunes en la enseñanza de derecho público, caracterizando los modelos exitosos y debilidades del aprendizaje. Posteriormente se identificó ejes temáticos que evidencian dificultades en el aprendizaje. Y en tercera etapa con este libro de investigación se Elaboraron contenidos de ejes temáticos de difícil aprendizaje con métodos alternativos de refuerzo como alguno de los productos del proyecto.

El presente texto de investigación fue desarrollado mediante ejercicios cooperativos y colaborativos de docentes del área de derecho público de las instituciones de la educación superior; Corporación Universitaria Americana, Universidad de Cartagena, Universidad del Atlántico, Universidad Sergio Arboleda, Uniremington y Universidad Católica Luis Amigo. Se tomó el esquema de trabajo presencial e independiente según los temas identificados, posteriores al diagnóstico producto del proyecto de investigación, evidenciados en talleres, seminarios lúdicos, dialogo de saberes, construcción colectiva de conocimientos, foros de discusión y toma de una muestra representativa dirigida a estudiantes y profesores, convirtiéndose esté Libro de investigación en una herramienta de fortalecimiento en la formación en Derecho.

Juan Carlos De los ríos Castiblanco.

FUNDAMENTOS TEÓRICOS DEL DERECHO PÚBLICO, ESTADO Y CIUDADANÍA

Juan Carlos De los ríos Castiblanco*

* Abogado de la Universidad del Atlántico, Magister en Derecho Universidad del Norte, Investigador Asociado Colciencias, Profesor de La Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, De la Corporación Universitaria Americana, y miembro de los Grupo de investigación "Derecho Justicia y estado Social de Derecho". jderios@coruniamericana.edu.co

Resumen

El contenido del presente escrito busca revisar algunos fundamentos teóricos y estudios fenomenológicos que dan lugar a que el Derecho Público sea la rama del derecho pensada como advenimiento de un ente ficticio (El Estado), creado por el hombre, causante de problemas como Hobbes (2010) diría en el Leviatán, pero que resuelve otros problemas, por lo que es necesario., por otro lado, el Estado sin el uso de anclas o sujeción esta llamado al abuso o arbitrariedad, que bien lo resolvería Rousseau (2010) cuando compromete al Estado al bienestar del ser humano, y el ser humano se compromete a sujetarse al Estado y la ley, así las cosas el estudio en sentido estricto del derecho público y la justicia tendría muchos matices y fenómenos que fortalecer y debatir. En ese sentido como es lógico de las tensiones que se dan entre el estado y la ciudadanía, desde la doctrina se avizora un deseo de limitaciones al poder y su ejercicio, así como también la protección de los deberes, derechos y garantías dentro de un Estado de Derecho.

Palabras Clave: Derecho público, Estado, ciudadanía, justicia, bienestar.

Abstract

The content of this paper seeks to review some theoretical elements and phenomena that give rise to recognition of Public Law as a branch of law that is thought of as the advent of the fictitious entity (the State), created by man, which causes problems as Hobbes would say in the Leviathan, but it solves other problems, so it is necessary. On the other hand, the state without the use of anchors can commit abuses and arbitrary decisions or acts. Rousseau would solve those situations by saying that the state should commit itself to the welfare of the human being, while this human being is committed to hold on to the state and the law. Thus the study in the strict sense of public law and justice would have many nuances and phenomena to strengthen and discuss. In this sense, as a logical result of the tensions that exist between the state and citizens there is a desire for limitations on power and its exercise, viewed from a doctrinal point of view, as well as the protection of duties, rights and guarantees within a Rule of Law.

Palabras Clave: Public law, State, citizenship, justice, welfare.

Introducción

El Derecho se permite no solo funcionar como catalizador de conflictos, sino también prevenirlos, y para que esto tenga efecto, el derecho ha tenido que trasegar por crisis en las cuales siempre el Derecho se ha convertido en ordenamientos jurídicos más complejos para dar soluciones a tales crisis.

Cuando se hace referencia al derecho público, el protagonista es el Estado y su relación con otros entes del estado, con otros estados o con las personas. También hace referencia al ejercicio de sus funciones capacidades y limitaciones. Se entiende que las personas por sí mismas y sin autoridades legítimas no podrían lograr una armonía ni bienestares como sostiene Engels (1891), por el contrario la inseguridad y anarquía sería lo imperante, esas crisis han impulsado al hombre a limitarse a través de la ley y el Estado, interesado por lograr seguridad y bienestar.

Teniendo en cuenta las causas de las crisis, las construcciones teóricas en lo jurídico, ciencia política, y economía, teniendo en cuenta las leyes resultantes de esos procesos teóricos, y el efecto de dichas normas, se propone responder las siguientes preguntas; ¿Cómo evolucionara el derecho Público?, ¿Cuáles son las bases teóricas para que el Estado y la ciudadanía convivan armoniosamente?, ¿Qué retos asume el derecho para abordar las nuevas crisis?

Antecedentes y Bases Teóricas Del Derecho Público

Casi todo en el derecho tiene algún grado de ficción, a excepción del ser humano quien en el fondo es el objeto del derecho, todo ha sido diseñado para regular las relaciones y mejorar la calidad de vida de los seres humanos. Desde el inicio cuando las relaciones humanas solamente se limitaban a la sobrevivencia y para ello un trabajo colaborativo de conveniencia era innegable, que en algún momento apareciera el conflicto o la crisis y que esto creara inseguridad, emerge el derecho como instrumento de orden necesario, si bien es cierto que el ser humano no tenía una jerarquía y estaba sometido al más básico instinto a salvaguardarse, también es cierto que ese mismo instinto lleva al hombre a cumplir con dos tendencias irrenunciables; por un lado, a no estar solo, a ser sociable a tener una familia o en ese entonces denominadas las hordas, Clanes o tribus, pero también, por otro lado, a no poder huir de la crisis o el conflicto, los seres humanos son naturalmente conflictivos (Engels, 1891).

Esta dos tendencias resumidas en no querer estar solos, pero también de

que si hay más de dos personas hay conflictos, con el tiempo hizo necesario la existencia de acuerdos y estos acuerdos evolucionan en normas. Es relevante la importancia de las denominadas Gens, o de la máxima autoridad del Páter Familias (Petit, 2007). estos últimos responsables de tales acuerdos o normas de comportamiento entre individuos de la época primitiva, cabe resaltar que aquellos elementos de identidad que se constituyen con el tiempo; la cultura, la música, el lenguaje, entre otras, hacen que se dé un efecto de coordinación, solidaridad y el establecimiento de parentescos o nexos por afinidad entre miembros de distintas familias, teniendo como resultado la creación de concejo de ancianos, quien eran la máxima autoridad dentro de un territorio donde había presencia muchas familias y que es entendido este fenómeno como el antecedente del estado.

Ese estado naciente es un estado solidario por conveniencia, caracterizado por el ejercicio de roles de las autoridades de familia, en el marco del sistema económico y que con el tiempo esos roles se renovaban de generación en generación, dando paso al concepto de monarquía, y abusos de la monarquía por la concentración de poderes, o dominio de la fuerza.

La figura de la monarquía trae consigo el ejercicio del poder, no por el conocimiento o la elección de los y las ciudadanas, sino que se debe a las calidades y estatus de las personas que en virtud de un linaje les corresponde gobernar. De la monarquía se tiene evidencia escrita que datan desde el año 2900 AC, en el periodo protodinástico, pero el debate académico cita la posibilidad de monarquías establecidas desde los años 4000 AC. Sin embargo, no se tiene claro la organización y ejercicio de dichas monarquías (Carrión, 1992, p.73).

Sí bien es cierto que en la época clásica griega se habla de ciudades estados y de flexibilización de la monarquía dándole acceso a las democracias restringidas, es claro que la discusión permanente sobre quién debe, de qué forma y con qué limitantes, se podría gobernar. la ponderación dada a la sabiduría y la ética lleva a los clásicos griegos Sócrates, Platón y Aristóteles, a criticar y hasta justificar las extralimitaciones del gobernante con fines específicos. Por otro lado en oriente ya se trataba del establecimiento de grandes imperios, influencia que llega a los occidentales con la fundación y la expansión de Roma, que manifestó el pleno uso de su ejercicio de gobierno a través de la subordinación, la fuerza y la concentración de poderes, concentración más evidenciada, posterior a la fragmentación del imperio Romano, a las monarquías europeas que tienen su ruptura en el marco de la Revolución Francesa, y subsiste bajo diversas

variables estructurales y sistémicas de los Estados.

Siendo evidentes los abusos de la monarquía estalla la revolución francesa, y con ésta la base del derecho público moderno plasmado en “la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano”, la sustancia de las corrientes que avalaban el equilibrio de poderes, y sistemas basados en pesos y contra pesos de las autoridades, que limitaran al Estado y que permitieran un escudo a los ciudadanos y ciudadanas que al poste se hablaría de “Estado de Derecho” en los términos de Rousseau (2010) o Montesquieu (2007).

De todo lo anterior resultan los sistemas políticos democráticos y regímenes políticos autoritarios; los primeros que podríamos clasificar como Parlamentaristas, presidencialistas, bipartidistas, multipartidistas, Unitarios, Federales, y según su forma de escrutinio electoral; los Segundos caracterizados por los regímenes democráticos degradados, regímenes de partido único, y de corte militaristas, de todos estos modelos América Latina y Colombia se han alimentado, se ha tomado como herencia características híbridas de gobierno que mezclan la democracia fingidas con la concentración de poder y menoscabo de las diferencias, dictaduras impulsadas y financiadas por potencias, que por un lado rechazan la violencia y llama a la defensa de las libertades, y por otro le dan vida a regímenes vulnerantes de estos derechos y libertades es el caso de la dictadura en Chile del General Pinochet o Paul Kagame Dictador de Ruanda (Gargarella, 2014).

América latina ha sido receptora de la influencias española, francesa y portuguesa, desde lo normativo y de organización del estado, posteriormente se avizora a la unión Norteamericana como modelo de Estado para las naciones que se deslindaban de las colonias Europeas, sin embargo la cura puede pensarse que resulto peor que la enfermedad, sin embargo en esa búsqueda de los países suramericanos experimentaron estados federales, unitarios, dictaduras militares entre otros sistemas y regímenes, mas no el monárquico que se entiende figura superada por percibirse afin a la concentración de poderes, no obstante esas percepciones y temores se verían materializados en ordenamientos muy desequilibrados que a la poste tendrían los mismos resultados. En la misma vía encontramos las transformaciones normativas o mejor denominarlo evolución constitucional y legal trae consigo la influencia del derecho social, del Neoconstitucionalismo y por qué no nombrar los estados de derecho, social de derecho y hasta social benefactor, que podría considerarse una formalidad jurídica que como bien lo diría a mediados del 2005 el ex magistrado y en ese periodo candidato presidencial Carlos Gaviria

Díaz, con el slogan “Construyamos democracia, no más desigualdad”

El llamado boom latinoamericano, o Constitucionalismo Latinoamericano, resulta atractivo por el contenido garantista y diferencial teniendo en cuenta la riqueza étnica y cultural que posteriormente se podría denominar como discriminación positiva, que en Colombia no podría ser la excepción, y que entre otras se convierte en la primera Carta Política de avanzada, con un problema; su materialización es formal con falencias en la materialización de lo que defiende e inspira (Martínez, 2014).

Esté constitucionalismo latinoamericano trae consigo ver a la naturaleza como sujeto de derecho, necesario no para el disfrute del ser humano, sino como en el caso de la constitución Boliviana cohabitante del equilibrio de la existencia, así también sitúa al ser humano como merecedor de la dignidad, igualdad y libertad formal y material.

Debates concluyentes

El Derecho público entonces después de exponer bases teóricas y algunos retos, situa como objeto la materialización de un constructo tan maravilloso como el derecho constitucional moderno latinoamericano, por aquello de una existencia formal mas no del todo cumplimiento material. Tal fenómeno de aplicación constitucional traen consigo una realidad basada en la inequidad y desigualdad, además de instituciones corruptas o inoperantes como las Cortes y el cartel de la toga, Reficar, Agro ingreso seguro ente otros. Por otro lado existe la percepción de una sociedad somnolienta, y en algunos casos cómplice del ataque al estado constitucional de derecho, que bien asimilaría Zygmunt Bauman a la realidad de un individuo que atua sobre su bienestar, sí que sea relevante una sociedad bien establecida contraria a la idea de equilibrio estatal de Rousseau y presentando la idea de la “Sociedad Liquida”.

Si estructuralmente el estado Colombiano y el sustento jurídico esta tan distante a la realidad, entonces se podría plantear que el derecho público en Colombia es un derecho fallido, o limitado, que solamente podría ser ajustado por la indignación y presión de los ciudadanos y ciudadanas (Rawls, 1995, p.332), el Iluminismo participativo en la eleccion de liderazgos distintos, y sobre todo fortalecimiento de las instituciones, mediante la intención de lograr la confianza de la ciudadanía con el simple cumplimiento de las funciones del Estado.

Referencias

- Carrión, N. (1992). *La monarquía en la historia antigua de Iberia*. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2519701.pdf>
- Engels, F. (1891) *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*. Bogotá: Momo ediciones.
- Gargarella, R. (2014). *La Sala de Máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires, Argentina: Katz.
- Gaviria, C. (2006, mayo 26). Entrevista por Fabiola Calvo Ocampo – Recuperado de: <http://www.colombiainforma.info/entrevista-a-carlos-gaviria-democracia-y-exclusion-son-antagonicos/>
- Hobbes, T. (2010). *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*. Trad. Manuel Sánchez Sarto. México: Fondo de Cultura Económica.
- Martínez, R. (2014) *Teoría y práctica del poder constituyente*. Series: Monografías 926.
- Montesquieu. (2007). *Del espíritu de las leyes*. Intr. Enrique Tierno Galván; trad. Mercedes Blázquez, Pedro de la Vega.
- Petit, E. (2007) *Tratado elemental de derecho romano*. Trad. Fernández Gonzales, tr. Rizzi, José ma.
- Rawls, J. (1995) *Teoría de la Justicia*. Tra. María Dolores Gonzales, México: Fondo de Cultura Económica.
- Rousseau, J. (2010) *El contrato social*. Bogotá, Colombia: Libros Hidalgo.

FUNDAMENTOS PARA LA FORMACIÓN DE PROFESIONALES DEL DERECHO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Rocío Vásquez Fruto*

* Abogada y psicóloga. Especialista en familia, en Gestión de Proyectos Educativos. Magister en Educación y doctorante en ciencias Sociales. Decana de la facultad de Humanidades y Ciencias Sociales y el programa de Derecho de la Corporación Universitaria Americana.

Resumen

En el siguiente artículo se abordan algunos fundamentos de la ética para la formación de profesionales del derecho desde la perspectiva de los derechos humanos, tomando como referentes a varios autores como Luigi Ferrajoli y su teoría sobre los derechos humanos y el pacifismo y a Adela Cortina y su teoría de la ética de los derechos humanos, entre otros.

Palabras clave: Inclusión social, currículo, formación integral, derechos humanos, dignidad humana, dimensión ética.

Abstract

The following paper addresses some foundations of ethics for the training of legal professionals from the perspective of human rights, taking as reference several authors such as Luigi Ferrajoli and his theory on human rights and pacifism and Adela Cortina and her theory of the ethics of human rights, among others.

Keywords: Social inclusion, curriculum, integral formation, human rights, human dignity, ethical dimension.

Introducción

En los últimos años se ha venido hablando cada vez más de una crisis en el derecho en el contexto mundial, suramericano y específicamente colombiano. Lo anterior entre otras cosas por la desgastada imagen de los abogados y abogadas, la ineficacia de las normas, los altos niveles de corrupción en diferentes escenarios y por supuesto en la administración de justicia, entre otros aspectos.

Luigi Ferrajoli señala la existencia de una crisis del derecho que según expresa se manifiesta de tres maneras. La primera la crisis de la legalidad, “es decir, del valor vinculante asociado a las reglas por los titulares de los poderes públicos. Se expresa en la ausencia o en la ineficacia de los controles, y, por tanto, en la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad del poder” (Ferrajoli, 2004, p.15). La segunda modalidad es la crisis del Estado social, que “se manifiesta en la inflación legislativa provocada por la presión de los intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, la creciente producción de leyes acto, el proceso de descodificación y el desarrollo de una legislación fragmentaria, incluso en materia penal, habitualmente bajo el signo de la emergencia y de la excepción” (Ferrajoli, 2004, p.16). Y la tercera modalidad es la crisis del Estado nacional, “que se manifiesta en cambio de los lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes y, por consiguiente, en un debilitamiento del constitucionalismo” (Ferrajoli, 2004, p. 16).

A estas formas de crisis del derecho enunciadas y explicadas por Ferrajoli, se suma la crisis en la enseñanza del derecho, crisis en la formación de los abogados y abogadas de los últimos tiempos, la cual ha sido estudiada y puesta en diferentes escenarios de discusión por varios autores, por la Asociación colombiana de facultades y programas de derecho Acofade, en diversos foros y documentos, y que ha tocado su fondo en esta última década, en que se han cuestionado duramente la estructura, metodología y enfoque de los programas de derecho.

La crisis de la enseñanza del derecho es quizá la más grave de todas las que puedan afectar el derecho a nivel nacional e internacional, puesto que afecta a miles y millares de personas que, en lugar de ser clientes, bien asesorados, cuyos intereses fueran defendidos con lujo de honestidad y fundamento jurídico, podrían ser en cambio víctimas de una deformación, de una práctica descontextualizada, deshonesto y corrupta.

Antecedentes de estudios sobre la problemática: Este es un tema del cual se viene hablando en la comunidad académica desde hace varios años, por ejemplo, en el año 1999 Marco Gerardo Monroy Cabra, publicó en la Revista de la Universidad del Rosario un artículo denominado “Reflexiones sobre la enseñanza del derecho en Colombia”. En él se describió el estado de la enseñanza del derecho, resaltando como parte del diagnóstico los siguientes problemas: ausencia de reglamentación legal; falta de control sobre la creación y funcionamiento de las facultades de derecho; excesivo número de facultades de derecho; debilidades académicas especialmente referidas a la investigación jurídica y socio jurídica, pensum rígido, falta de interdisciplinariedad y humanismo, debilidad en formación general.

En el año 2000 se publicó el libro titulado “Crisis en la enseñanza del Derecho. Alternativas de Solución”, elaborado por las Doctoras Ana Giacometto Ferrer y Alicia García González. En el libro se muestra el estudio realizado acerca de la evolución histórica del derecho en Colombia, la crisis de la educación superior en general, la crisis de la enseñanza del derecho en general y del derecho procesal en particular y finalmente se presentaron algunas alternativas de solución. En cuanto a la crisis de la enseñanza del derecho en general, las autoras presentaron un diagnóstico a partir de una investigación que realizaron, en la cual evidenciaron pocos acuerdos en aspectos fundamentales de la formación entre las facultades, desactualización y vacíos en la formación, desconocimiento de las normas procesales, falencias en el plan de estudios y metodología de enseñanza tradicional, con énfasis en la memorización (Giacometto & García, 2000).

Otra investigación relacionada con la enseñanza del derecho y el mundo de los abogados, su comportamiento y la imagen de ellos en la sociedad, la realizó la Universidad Externado de Colombia, liderada por Germán Silva García; fue publicada en el año 2001 y se denominó “El Mundo real de los Abogados y la Justicia”. En ella se analizaron las características socioculturales de los abogados, su relación y concepción del valor de la justicia y las ideologías profesionales, entre otros aspectos. Desde ese momento se tocaba la necesidad de repensar la enseñanza del derecho desde la organización de los contenidos, como desde su metodología.

Acofado en los “Lineamientos técnicos para los programas de derecho en Colombia”, sintetizan la problemática de estos programas en cinco puntos, de los cuales destacamos los tres siguientes: Falta de regulación actualizada en competencias jurídicas comunicativas, éticas, conflictivas y cognitivas;

falta de exigencia en la formación; falta de articulación entre la evaluación de los contenidos mínimos y las competencias básicas de aprendizaje. Las dos primeras por ser particulares de los programas y facultades, por lo cual podemos influir más directamente en ellas y la tercera, por ser una de las más importantes, en el entendido, que si no se tienen unas bases fundamentales como las competencias básicas y además no se relacionan o se integran a las competencias específicas y contenidos de formación, los resultados no pueden ser los esperados, como se ha podido observar (Molina & Carreño, 2017).

Como conclusión del primer capítulo de los “Lineamientos técnicos para los programas de Derecho en Colombia”, acerca de los Antecedentes de la formación Jurídica en Colombia”, se pudo establecer por Acofade, que la formación en las facultades de derecho se encuentra en crisis desde hace mucho tiempo, que, si bien se han producido normas para regular este tipo de estudios, se requiere una actualización de la normativa (Molina & Carreño, 2017). De allí la importancia, de volver los ojos hacia los aspectos curriculares, investigativos, de proyección social que rodean la formación de los profesionales del derecho en la región y el país para articularlos a la dimensión ética, logrando de ese modo una mayor aproximación a la deseada formación integral.

Posibilidades del fortalecimiento de la dimensión ética desde el currículo de los programas de derecho: La ética de los abogados y abogadas tiene que fortalecerse desde diferentes escenarios, desde la docencia y específicamente desde el currículo en el estricto sentido del plan de estudios y en su sentido amplio de concepción epistemológica y sentido de la formación en diferentes dimensiones. También debe trabajarse desde la investigación, desde la extensión y la proyección social. Es indiscutible que el fundamento de los contenidos curriculares debe llamar a un ejercicio ético de la profesión jurídica pero además debe complementarse con la ética en la práctica jurídica, cuyo escenario por excelencia es el Consultorio Jurídico, al lado del Centro de Conciliación.

En lo referente al plan de estudios, es bueno aclarar, que la solución no necesariamente está en la inclusión de asignaturas, o en la asignación de créditos académicos y sobre esto mucho se ha discutido en los foros universitarios cada vez que se cuestiona a la Academia frente a determinadas necesidades de formación, competencias o retos a los cuales se espera que responda con sus programas. Sin embargo, dedicar espacios, horarios, personal docente y otros recursos didácticos y bibliográficos a determinados

temas o problemas, genera oportunidades de trabajo en torno a ellos, que posiblemente no se den, si dichos espacios no se crearan. Eso sí, es necesario reiterar, que no basta con que existan asignaturas cuya denominación acuda a la ética, en sentido general y/o profesional.

Se requiere que la dimensión ética sea fortalecida de manera transversal, no entendida solo como una competencia, sino tal como se enuncia una dimensión a trabajar en el ser humano, nunca acabada, por lo tanto, no tiene que estar limitada por la edad o la experiencia profesional u ocupacional de los estudiantes. Lo anterior, porque se suele asumir que el reto de la formación integral que sin duda remite a aspectos éticos, estéticos y culturales, entre otros, se convierte en un gran desafío para las instituciones que reciben personas adultas y adultas mayores en sus programas, al considerar que ya traen una formación y hábitos muy arraigados, que difícilmente pueden ser removidos o siquiera cuestionados en las aulas.

Pero como ya se acaba de afirmar, la dimensión ética del ser humano, nunca puede considerarse como algo acabado, algo que no pueda construirse, reconfigurarse, reaprenderse, o fortalecerse. Cada día, tanto en la vida cotidiana como en la profesional, ante cada nuevo caso, conflicto o consulta, el profesional del derecho puede tener un desafío ético, una encrucijada entre distintos caminos para llevar a cabo su gestión, para obtener los resultados esperados por las personas a las cuales sirve como medio para alcanzar la justicia. Por ello, hay que plantear desde todos los espacios académicos, la necesidad de incluir la aplicabilidad de los valores y principios que garantizan el ejercicio ético de la profesión.

Desde la investigación puede construirse el espejo en que la comunidad académica y en general los profesionales del derecho puedan mirarse con todas sus fallas, incoherencias, vicisitudes, vacíos conceptuales y sobre todo en sus débiles fundamentos éticos. Este espacio de problematización constituido por la investigación, puede poner sobre la mesa otros diagnósticos, que permitan, a partir del reconocimiento de las debilidades encontradas, plantear a su vez alternativas de solución contextualizadas, de acuerdo a la realidad estudiada.

Según esta publicación de Acofade, “Los programas de derecho han concebido la investigación formativa como la manera de proponer proyectos investigativos de aula para promover la cultura de la investigación en los estudiantes, ofrecer cursos de metodología de la investigación, cursos de epistemología de las ciencias jurídicas, proyectos conjuntos en el aula y

metodología de clase” (Molina & Carreño, 2017, p.92).

Tomando como referente lo registrado en Colciencias, no existen en este momento muchos grupos de investigación dedicados al estudio de esta problemática, ni líneas que cuestionen aspectos relacionados con el sentido ético de los abogados y abogadas. Por lo anterior, puede afirmarse que hay una posibilidad de identificar en el problema de la corrupción de la justicia y de los profesionales del derecho, desde las causas, pasando por las características, e incluso, como ya se planteó, diseñar estrategias de solución, para éste fenómeno.

En el documento sobre “Lineamientos técnicos para los programas de derecho en Colombia”, publicado por Acofade, se expresa que “La formación de abogados se enriquece gracias a un pensamiento interdisciplinario y a la capacidad de los estudiantes para pensar y convivir como elementos que contribuyen a forjarlos como profesionales y como ciudadanos, capaces de participar en las controversias sociales. Esto implica una actuar ético y político que orienta las formas culturales y la representación de sí mismos y del conocimiento” (Molina & Carreño, 2017, p.65).

Las prácticas de Consultorio Jurídico, también requieren una revisión y sobre eso se ha venido trabajando, para hacerlas cada vez más pertinentes y que se conviertan en un espacio de articulación entre docencia, investigación y proyección social. Precisamente, Acofade, en su investigación “Diagnóstico y lineamientos técnicos para los distintos escenarios de la práctica jurídica de los programas de Derecho de las Instituciones de Educación Superior en Colombia”, señala las principales falencias de las prácticas jurídicas según la comunidad académica; estas son: desarticulación entre práctica y teoría, limitados componentes de innovación, recursos mínimos para su funcionamiento.

A las dificultades enunciadas puede agregarse el poco fortalecimiento y seguimiento del componente ético, pues el seguimiento suele hacerse más sobre indicadores de cumplimiento de horarios, número de procesos o de actividades exigidas, pero no se refuerza el tema de los valores y principios de la profesión en la práctica. La estrategia a diseñar podría entonces retomar estos valores esenciales de la profesión y no verlos como algo aislado y desligado de la práctica, pues es allí precisamente donde más se ponen en juego y por lo tanto, más deben promoverse y trabajarse.

Referentes Constitucionales y legales: En la Constitución, el primer referente es el Artículo 1º que expresa que Colombia es un Estado Social de Derecho, con características como la democracia, la consiguiente participación y el pluralismo “fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

En el artículo 2º se encuentran los fines esenciales del Estado Social de Derecho, entre los cuales se destacan: garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. En este punto la Academia se encuentra sumamente comprometida, pues se deriva una responsabilidad social que debe llevar a contribuir al cumplimiento de estos fines a partir de la educación en todos los niveles, desde todas las ciencias y disciplinas, y por supuesto los programas de Derecho están llamados a formar profesionales que apliquen el derecho siempre en pro de la convivencia pacífica y de la justicia.

El artículo 22 expresa que “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”. Un deber ciudadano que luego se consagra nuevamente en el artículo 95, y un deber de las instituciones sociales, incluyendo a la familia, el estado y las instituciones educativas que deben propender por construir y mantener cotidianamente la paz social. Lo anterior se reitera en el artículo 67 que declara “La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente” (Const., 1991).

Finalmente, en el artículo 95, como ya se había dicho, se consagran los deberes ciudadanos, dentro de los cuales se destacan en relación al tema que se trata: respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales; defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica;

participar en la vida política, cívica y comunitaria del país; propender al logro y mantenimiento de la paz; Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia.

De acuerdo al documento de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Igualdad, Dignidad y tolerancia: Un desafío para el Siglo XXI: “La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos. Así el párrafo 1 del Artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la obligación de cada Estado Parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

El mundo contemporáneo, después de superar situaciones atroces de violaciones de derechos humanos demanda justicia y garantía de derechos para todos y todas. Los profesionales del Derecho, tienen una gran responsabilidad en este sentido, quizá el más humano de su profesión, el abogar por los derechos de los otros, de los desfavorecidos, de los necesitados, de los discriminados, de las personas más vulnerables, no solo por factores económicos, sino por cualquier otra circunstancia, garantizando en la medida de lo posible y desde la posición o rol que deba ocupar un trato digno a todos los ciudadanos. Para ello debe cultivarse en los estudiantes las habilidades sociales, su sensibilidad frente a las violaciones de los derechos humanos, de tal manera que asuma con gran compromiso sus labores jurídicas, generando un alto impacto en la sociedad, dejando un precedente, que beneficiaría a muchas personas.

La Ley 1123 de 2007 es la encargada de definir no solo como lo enuncia su objeto, el Código Disciplinario del Abogado, sino que expresa unos Principios Rectores que los profesionales del derecho deben tener en cuenta como lineamientos de su actuación.

- Dignidad Humana
- Legalidad
- Debido Proceso
- Igualdad material
- Aplicación de principios e integración normativa

En cuanto al ámbito de aplicación, si bien se deja claro que esta Ley, no se aplica a los estudiantes adscritos a los Consultorios jurídicos, tal como lo expresa el párrafo del artículo 18 que dice: “Los estudiantes adscritos a los consultorios jurídicos de las universidades del país, serán disciplinados conforme a los estatutos de la correspondiente universidad”, esta circunstancia no es impedimento, para que los estatutos de las instituciones universitarias o universidades, incluyan en sus reglamentos de Consultorio Jurídico, normas que remitan a los Principios Rectores de dicha Ley y materialicen sus principales fines.

La labor desarrollada por los estudiantes adscritos a consultorio jurídico debe ser objeto de seguimiento y control, no solo en cuanto al cumplimiento en los formatos exigidos por la Gestión de calidad, sino en cuanto a una gestión fundada en los más elevados principios del derecho y que recuerden a quienes la ejercen, el sentido ético y noble de su profesión.

De estos principios siendo todos importantes, se propone privilegiar el de la dignidad humana, como fundamento de escenarios de negociación y dialogo en medio de las diferencias, de paz y convivencia, de comunicación respetuosa y construcción colectiva de inclusión e igualdad social.

Referentes teóricos que fundamentan la necesidad del fortalecimiento de la dimensión ética en los profesionales del derecho

Howard Gardner: En su obra “Las cinco mentes del futuro” (2005), expresa como una de las mentes por decirlo así, a fortalecer para los tiempos contemporáneos y futuros es lo que él llama la mente ética. Aquí resalta la importancia de actuar en beneficio de la humanidad, en pro de la sociedad. Su obra acerca de las inteligencias múltiples, aunque no jurídica, aporta a nuestra reflexión porque valida diferentes formas o modalidades de resolución de problemas importantes para la sociedad, forma en que él define la inteligencia. A lo largo de su obra, muestra como una de las principales formas de inteligencia, la inteligencia personal, clasificándola en inteligencia intrapersonal e interpersonal.

La importancia de promover el desarrollo de la inteligencia personal desde Gardner o la inteligencia emocional, desde la perspectiva de Daniel Goleman, radica en que los abogados trabajan con y para las personas permanentemente, resuelven conflictos en los cuales están involucrados seres humanos con todas sus contradicciones, emociones, fortalezas, debilidades y expectativas.

En escenarios como la conciliación, la mediación y otros mecanismos alternativos de solución de conflictos, la empatía suele ser una habilidad cognitiva fundamental para el logro de los objetivos relacionados con el fin de la controversia.

Gardner en su obra, también cuenta con otros títulos pertinentes, como “Mentes flexibles”, “Mentes creativas” y “La educación de la mente y el conocimiento de las disciplinas”. Esta mirada interdisciplinaria facilita fortalecer desde el currículo las habilidades cognitivas, en especial aquellas relacionadas con el respeto a los demás y a su dignidad humana, a la diversidad, la empatía, el manejo y control de emociones, el conocimiento de sí mismo, y las buenas interacciones con el entorno, en cuanto a las personas y el ambiente.

Luigi Ferrajoli: En su texto “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, Ferrajoli al tocar el tema de la epistemología garantista, expresa que “El derecho penal de los ordenamientos desarrollados es un producto predominantemente moderno. Los principios sobre los que se funda su modelo garantista clásico –la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes y la presunción de inocencia- en gran parte son, como es sabido, el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal”.

Desde este texto Ferrajoli plantea su teoría garantista partiendo de un análisis muy completo, para el caso del derecho penal, tocando temas relacionados con las diferencias entre derecho y moral desde distintas perspectivas. Este tipo de autor posibilita debates serios y necesarios en las aulas, no partiendo de supuestos o de opiniones, sino de posturas teóricas muy bien fundamentadas. Siendo esta una buena oportunidad para hablar de la dimensión ética en relación al derecho. En últimas, desde áreas como la del derecho penal, se puede abordar el debate por la ética de los profesionales del derecho, así como desde otras áreas. No es solo en la asignatura de Ética, donde se puede lograr un debate o una reflexión en torno a ella.

En su obra “Razones jurídicas del pacifismo” se encuentran planteamientos que llevan a cuestionar la violencia y su máxima expresión, la guerra, como circunstancias que niegan el derecho y sin embargo son usadas para la supuesta defensa de derechos, justificando tales acciones violentas. “Se comprende de este modo como la irracional incongruencia entre el medio de la guerra y el fin humanitario de la tutela de los derechos no ha sido en absoluto causal. Por el contrario, ha supuesto la trágica confirmación del nexo indisoluble que liga

derecho y razón, legalidad y garantía de los derechos humanos, medios y fines, forma y sustancia de los instrumentos, incluso coercitivos, de tutela de los débiles frente a la ley del más fuerte. De modo más general, dicha incongruencia es un reflejo perverso de la antinomia entre guerra y derecho y entre guerra y derechos enunciada por Hobbes en los orígenes de la civilización jurídica moderna. La guerra es la negación del derecho y de los derechos, ante todo el derecho a la vida, así como el derecho, fuera del cual no es concebible ninguna tutela de los derechos, es la negación de la guerra” (Ferrajoli, 2004, p. 45).

El compromiso de los profesionales del derecho con el pacifismo es un principio ético, en tanto el derecho debe servir a la solución pacífica de los conflictos en una sociedad. “Y es que la guerra por definición no puede ser ni una sanción ni reparación de las violaciones del derecho. Porque no afecta a los responsables sino sobre todo a los inocentes, porque por naturaleza es una violencia desproporcionada e incontrolada porque está reñida con el derecho que, a su vez, constituye su negación” (Ferrajoli, 2004, p.59). Más adelante sigue el autor analizando el tema de la guerra y la necesidad de un pacifismo cuando expresa: “Menos todavía puede la guerra ser un instrumento de mantenimiento del orden. No por casualidad la guerra al terrorismo se ha presentado como “infinita” (Ferrajoli, 2004, p.59).

Adela Cortina: Esta importante académica se ha convertido en un referente por sus reconocidos trabajos y publicaciones en torno a la formación ética, a la formación en humanidades, a su importancia, a la aplicación de una ética de la comunicación, que puede ser aplicada en varios ámbitos de ejercicio del derecho, por ejemplo en lo que se refiere a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, especialmente en la conciliación, donde la comunicación de los seres humanos tiene una singular importancia.

En una conferencia en Chile, en el Instituto de Filosofía de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Ricardo Espinoza, titulada “¿Tienen las humanidades un papel en la educación?”, la catedrática española Adela Cortina (2016) planteó en cuanto a la relevancia de las humanidades, que es muy importante formar en humanidad, en todos los niveles educativos y no solo en los iniciales. Según esta autora la educación en lo que se refiere a la persona humana, debe pensarse hacia el futuro y no solo para el momento. Es decir que no solo debía verse como un requisito más para alcanzar títulos, sino, como algo mucho más importante.

Esta autora resalta la importancia de la ética en las profesiones, teniendo en

cuenta que éstas como asociaciones, agremiaciones o sencillamente colectivos humanos, hacen parte de la sociedad civil. Al respecto expresa “Y es verdad también que las profesiones, que son parte sustantiva de la sociedad civil, llevan en su seno unas exigencias morales que hacen a quienes las ejercen especialmente responsables, hasta el punto de que puede decirse que la ética del profesional es una ética de la responsabilidad por el bien precioso que la sociedad ha puesto en sus manos y, por lo tanto, por las consecuencias que tiene para las personas su modo de proporcionarlo. De ahí que al hablar de «responsabilidad ética de la sociedad civil», una de las realidades sociales más afectadas por ella sea el mundo de las profesiones”.

Señala como algo positivo que las profesiones cuenten con código de ética porque esto es una expresión de su responsabilidad como sociedad civil. Plantea en el artículo que se comenta que “En los últimos tiempos, como una muestra más de los yacimientos de responsabilidad de la sociedad civil, se han multiplicado los códigos de ética de las distintas profesiones: médicos y enfermeras, periodistas, ingenieros, arquitectos, jueces, miembros de la Administración pública. Se crean comités y comisiones para velar por el buen ejercicio de la profesión. Pero hay que reconocer que no solo los profesionales valoran, al menos verbalmente, el desempeño ético de la profesión, sino que la ética cívica se plasma a través de muy distintas realizaciones de la vida social. Y este es un mundo de buenas noticias, que pueden suponer razones para la esperanza”.

Costas Douzinas: Algunos podrían considerar según este autor, que el mundo se encuentra en un momento histórico en que los derechos humanos han triunfado sobre siglos de violaciones y discriminación. “Los derechos humanos han ganado la batalla ideológica de la modernidad. Su aplicación universal y su triunfo pleno parece ser una cuestión de tiempo y de ciertos ajustes entre el espíritu de la época y unos cuantos regímenes recalcitrantes. Su victoria no es otra cosa que el cumplimiento de la promesa ilustrada de la emancipación a través de la razón. Los derechos humanos son la ideología después del final, la derrota de las ideologías, o para adoptar un término en boga, la ideología al final de la historia” (Douzinas, 2008, p.2).

Con Douzinas aparece nuevamente en este análisis, el pacifismo, el compromiso de trabajar por la paz, en el cual estarían comprometidas todas las ciencias, muy especialmente las ciencias sociales y humanas, por consiguiente, el Derecho. En un mundo convulsionado por el desarrollo de unas guerras y la amenaza casi permanente de otras, se hace necesario reflexionar y cuestionar desde la formación ética la actitud violenta y guerrillera que se esconde

también tras discursos de defensa de derechos humanos. Al respecto Douzinas recuerda que “La habilidad para presentar las guerras como justas y la carencia de un árbitro que pueda atravesar las racionalizaciones en conflicto ha hecho de la guerra justa uno de los laberintos morales más complicados. La cuestión de la justicia de la guerra (o de las luchas de liberación, conocidas también como campañas del terror) siempre ha denotado una paradoja interesante: para las partes en el conflicto bélico no hay nada más cierto que la moralidad de su causa, mientras que para los observadores no hay nada más incierto que la justeza de los reclamos morales de los combatientes” (Douzinas, 2008, p.158).

“Los derechos humanos pueden ser examinados desde dos perspectivas principales que están relacionadas pero que son relativamente diferentes, una perspectiva subjetiva y una institucional. Primero ellas ayudan a construir el sujeto (de derecho) como sujeto libre y a la vez como sujeto sometido al derecho. Además, los derechos humanos son un discurso y una práctica poderosos en el derecho doméstico e internacional” (Douzinas, 2008, p.5). Esta reflexión lleva a cuestionar la actuación de los abogados no solo en las instancias judiciales, sino en los demás espacios de interacción con la sociedad, aún en el contexto académico, institucional y comunitario. La responsabilidad social del derecho exige tomar partido frente a temas en que otros profesionales podrían pasar inadvertidos. La promoción y defensa de los derechos humanos no solo se libra en los tribunales, también desde otros escenarios, como la docencia, la investigación, la proyección social, la administración de los programas y en cada situación en que la voz de un abogado pueda escucharse.

Joachim Bauer: Es un neurólogo, médico y psicoterapeuta, quien publicó en español un muy buen texto acerca de la agresividad y su relación con la exclusión social, denominado “La Violencia Cotidiana y Global. Una reflexión sobre sus causas”. En ese libro, plantea una interesante teoría que aporta luces para la comprensión de un fenómeno complejo como la violencia que se convierte en una variable o categoría de estudio para los profesionales del derecho, en cuanto, rompe el orden justo, atenta contra la convivencia pacífica y viola los derechos humanos.

Plantea este autor que “Quien traspase el límite del dolor del cuerpo humano tendrá que vérselas con la agresividad. Pero el paradigma del dolor físico no puede, ni mucho menos revelar toda la dimensión de la violencia humana” (Bauer, 2013, p.66).

Pero el aporte está principalmente en que se establece que “los centros del dolor del cerebro reaccionan también cuando las personas se sienten también

socialmente excluidas o humilladas” (Bauer, 2013, p.67). Por lo tanto, no solo el dolor físico como una emoción multidimensional es capaz de producir una reacción agresiva, sino que la discriminación y exclusión social produce un dolor psíquico que es capaz de generar el mismo efecto, es decir, el ejercicio de la violencia contra su entorno”.

Isabel Agatón: A partir del respeto y primacía de los derechos fundamentales, especialmente, la igualdad, esta autora ha fundamentado suficientemente la necesidad de contar en el país con una justicia de género, que haga frente a la violencia contra las mujeres y sus formas de expresión más terribles, que han conmocionado a las sociedades colombiana, tan acomodada a las distintas violencias que le ha tocado vivir y que no acaba de superar.

La autora señala que “A pesar de los avances legislativos y del fortalecimiento en las políticas del Estado en favor de la igualdad de género, persisten aún en Colombia desigualdades entre hombres y mujeres en áreas como la participación política y el acceso, a disponibilidad, la calidad y la permanencia de los derechos a la salud, el trabajo y la educación” (Agatón, 2013, p.2).

Conclusiones preliminares, y posibles estrategias de operacionalización de estos aportes teóricos

De todo lo anterior puede colegirse que la formación humanística es fundamental para potenciar la dimensión ética de los estudiantes universitarios y para el caso concreto de los estudiantes de derecho. Por muy concreta y pertinente que deba ser la educación de hoy, no puede desligarse de la fundamentación en las humanidades y las ciencias sociales, que pueden ayudar a comprender los compromisos que la persona que se decide por estos estudios, contrae consigo mismo y con la sociedad.

La articulación de la formación con la perspectiva de los derechos humanos es fundamental para la transversalización de los principios y valores que hagan del profesional, una persona con criterio ético suficiente para enfrentar las problemáticas actuales en cuanto a la corrupción. De allí que se requiera sensibilizar a los estudiantes y darles la oportunidad de desarrollar competencias relacionadas con el emprendimiento social, a partir de una organización de la práctica en torno a problemas comunitarios y sociales relacionados con los derechos humanos, abriendo oportunidad para litigios de alto impacto ante cortes relevantes nacionales e internacionales.

Referencias

- Agatón, I. (2013). Justicia de género. Un asunto necesario. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Bauer, J. (2013). La violencia cotidiana y global. Una reflexión sobre sus causas. Primera Edición. Barcelona, España: Plataforma Editorial.
- Cortina, A. (2016). ¿Tienen las humanidades un papel en la educación?" en la formación. Recuperado de: <http://www.pucv.cl/pucv/noticias/primerapersona/adela-cortina-aborda-la-importancia-de-las-humanidades-en-la-educacion/2016-11-11/171816.html>
- Congreso de Colombia. (22 de enero de 2007). Código Disciplinario del Abogado. [La Ley 1123 de 2007]. DO: 46.519
- Douzinas, C. (2008). El fin de los Derechos Humanos. Primera Edición, Legis. Universidad de Antioquia.
- Ferrajoli, L. (2004). Razones jurídicas del pacifismo. Madrid, España: Editorial Trotta. S.A.
- Gardner, H. (2005). Las cinco mentes del futuro. Barcelona, España: Paidós.
- Giacometto, A. & García, A. (2000). Crisis en la enseñanza del Derecho. Alternativas de solución. España: Ediciones Librería del Profesional.
- Molina, C. & Carreño, M. (2017). Lineamientos técnicos para los programas de derecho en Colombia. Acofade. Corporación Universitaria Remington. Primera Edición.
- Monroy Cabra, M. G. (1999). Reflexiones sobre la enseñanza del derecho en Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos*, 1(1), 162-180.
- Silva, G. (2001). *El mundo real de los abogados y la justicia*. Universidad Externado de Colombia.

EL CARÁCTER CIENTÍFICO DEL DERECHO -IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN EN LA FORMACIÓN JURÍDICA-

Roció Vásquez Fruto *

Víctor Raúl Amórtegui Molinares **

Luis Fernando Romero Medrano ***

* Abogada de la Universidad del Atlántico. Psicóloga de la universidad Antonio Nariño. Magister en Educación de la Universidad del Norte. Especialista en familia de la universidad Simón Bolívar. Especialista en Gestión de Proyectos Educativos de la Universidad Simón Bolívar. Doctorante en Ciencias Sociales de la Universidad del Norte.

** Abogado de la Universidad del Atlántico. Maestrando en Derecho del Comercio. Especialista en Derecho Comercial de la Unab. Especialista en Responsabilidad y Seguros de la Universidad del Norte.

*** Abogado de la Universidad Simón Bolívar, Magister en Derecho Administrativo Universidad Simón Bolívar, Profesor de La Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales de la Corporación Universitaria Americana, y de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Autónoma del Caribe.

Resumen

Reconocer el carácter científico del derecho, ha sido un tema debatible. Los argumentos que sustentan, la tesis de la científicidad como los que se identifican con un carácter acientífico, parten de la génesis de la concepción de ciencia. Discusión que data de la época de la ilustración, cuando precisamente se le reconoció carácter científico al conocimiento comprobable, determinado por la verdad surgida de la aplicación del método científico, por lo cual solamente las ciencias naturales entraban dentro de esta orientación, no así las ciencias humanas y sociales como el derecho; cuyo conocimiento no está fundado por un conocimiento comprobables empíricamente, sino por la racionalidad del pensamiento humano.

Por lo cual, determinar el carácter científico del derecho, depende más allá de adscribirle a éste un objeto de conocimiento propio, distinto al de las ciencias naturales, es como nos adscribimos a un concepto tradicional de ciencia. El reto además está en el reconocimiento de los cambios que la ciencia y la forma de hacer ciencia han tenido a lo largo de los últimos siglos. Los argumentos que sustentan su científicidad, son precisamente los aspectos más significativos que distinguen a una verdadera ciencia.

Por otra parte, se reflexiona acerca de la importancia de investigación en el derecho, en la formación de los abogados y abogadas y como los métodos de investigación al interior del derecho han evolucionado significativamente.

Palabras clave: Cientificidad, justicia, normativa, realidad, investigación jurídica, investigación socio jurídica, representaciones teóricas, valores, saberes, ciencia práctica, dogmática jurídica, clasificación del derecho, nuevo conocimiento.

Abstract

Recognizing the scientific nature of law has been a debatable issue. The arguments that support, the thesis of science as those identified with a scientific character, the part of the genesis of the conception of science. Discussion of the data of the time of the illustration, when it was recognized scientific knowledge and verifiable knowledge, the truth arising from the application of the scientific method, the information taken into account. human and social as the law; That knowledge is not founded by empirically verifiable knowledge, but by the rationality of human thought.

Therefore, determining the scientific nature of the right depends beyond the ascription and the use of one's own knowledge, such as that of the natural sciences. The challenge is also in the recognition of the changes that science and the way of doing science have had throughout the last centuries. The arguments that support his science, are precisely those that distinguish a true science.

On the other hand, we reflect on the importance of research in the law, in the training of lawyers and how research methods within the law have evolved significantly.

Keywords: Cientificidad, justice, normative, reality, legal research, theoretical representations, gnoseological approach, values, knowledge, practical science, legal dogmatics, classification of law, new knowledge.

Introducción

El siguiente capítulo aborda el tema de la cientificidad del derecho, su carácter científico, que durante mucho tiempo ha sido discutido, mostrando posturas en uno y otro sentido, y reconociendo los fundamentos que para los autores validan dicho carácter.

Por otra parte, se demuestra la importancia que la investigación tiene para el derecho tanto en el ejercicio profesional, como en el proceso de formación. Se reflexiona acerca de la investigación jurídica, como la sociojurídica, sus fines y en general las diferencias y aportes entre ellas. Se muestra también la forma en que la investigación en el derecho ha evolucionado, la forma en que ha cambiado la cultura jurídica a través de los avances conseguidos y, por lo tanto, de alguna manera, el impacto que la investigación tiene en el desarrollo del derecho, desde el punto de vista teórico y práctico.

Este capítulo es un avance del proyecto de investigación, “La investigación en el derecho, en tiempos de constitucionalización en Colombia” desarrollada por los autores. Se espera que sea un punto de partida para los interesados en este tema, de forma que encuentres referentes válidos para profundizar en él y elaborar nuevas preguntas de investigación en este sentido.

1. Algunas Características del Conocimiento Científico.

La cientificidad del derecho, es un tema trascendental que ha generado muchas discusiones y múltiples debates a lo largo de la historia de este objeto de conocimiento, unos reconociendo su estatus científico y otros negándolo. A estas alturas, en general se reconoce la posibilidad de hacer ciencia desde el derecho, a partir de un estatuto epistemológico propio, unos métodos que han evolucionado a través del tiempo y un objeto de estudio siempre dinámico y vigente en su importancia en la sociedad.

Antes de abordar la discusión anunciada, es menester hacer ciertas precisiones respecto del concepto de ciencia, planteamiento que permitirá una mejor comprensión de lo que nos ocupa. Dicho concepto se funda partir de las características del conocimiento, para que éste pueda rotularse de científico. Podría pensarse que la primera de ella es que se trate de un conocimiento objetivo, verdadero. No obstante filósofos tan influyentes en el último siglo como Karls Popper, respecto de la concepción de ciencia señalaban que ésta progresa gracias al método de ensayo y error, y sostuvo que nunca puede decirse de una

teoría que es verdadera, sino sencillamente que es la mejor de las disponibles en un momento determinado de la evolución de la ciencia (Atienza, 2007).

Otra característica de la ciencia apelando a la ideología que inspiró la época de la ilustración, es que el conocimiento científico, surge de la aplicación del método, es decir, a partir de la observación se logra construir leyes y teorías que son verificables y sirven para explicar y predecir nuevos fenómenos (Atienza, 2007).

Es importante anotar, a propósito del análisis del progreso del conocimiento científico, que de acuerdo a Martínez:

El modelo de ciencia que se originó después del renacimiento sirvió de base para el avance científico y tecnológico de los siglos posteriores. Sin embargo, la explosión de los conocimientos de las disciplinas, de las especialidades y de los enfoques que se ha dado en el siglo XX y la reflexión epistemológica encuentran ese modelo tradicional de ciencia no solo insuficiente, sino, sobre todo, inhibitorio de lo que podría ser un verdadero progreso, tanto particular como integrado de las diferentes áreas del saber (Martínez, 2009, p.17).

Así mismo por mucho tiempo se aceptó que el conocimiento científico, debe adolecer de influencias dogmáticas, es decir, no puede sustentarse en ideologías, ni presupuestos filosóficos, ni mucho menos en creencias religiosas. Debe ser neutral. El conocimiento científico, se identificó con características de objetividad, verdad, demostración, y opuestamente ideológico. Todo aquel conocimiento que lo adolecía no tendría entonces el estatus de ciencia. Como consecuencia de ello, en la época de la ilustración, las ciencias humanas, como el derecho enfrentaron una crisis de legitimidad respecto del conocimiento que las sustenta. Y por ende su carácter de ciencia quedó entredicho.

Durante el Siglo XX, se reconoció un nuevo tipo de sociedad, la sociedad del conocimiento y de la información, una sociedad donde el conocimiento se convirtió en el valor máspreciado, donde se comprendió la importancia de una educación permanente, que no terminaba con la obtención de un título o con alcanzar un cargo representativo o de cierto estatus; la formación era un valor, un fin en sí mismo y no un medio para alcanzar ciertas metas. También se reconoció esta época como un momento marcado por la incertidumbre y el cuestionamiento de muchos saberes, aparentemente consolidados y por último, la forma de construir conocimiento cambió en forma trascendental, al

incluir mediaciones tecnológicas, que hacían posible lo que antes era imposible, que permitían llegar a entidades y bibliotecas, sin moverse de la casa o del sitio de estudio. El acceso a la información no tenía límites y esta situación llevó a replantear muchas cosas en torno a la ciencia y a la investigación.

En las ciencias en general y en las ciencias sociales, los paradigmas han cambiado, los métodos para investigar y por lo tanto para el hacer científico, han cambiado, porque el mundo, los fenómenos, los problemas y las formas de asumir eso que se suele llamar realidad ha cambiado. Se reconoce hoy la importancia de los procesos cognoscitivos y se ha avanzado en su conocimiento, comprendiendo cuánto hay de la subjetividad del ser humano en el proceso de conocer, y cómo esto en lugar de ser un aspecto en contra, suele ser parte necesaria del proceso. Al respecto Martínez Miguelez comenta:

Analizando más a fondo el proceso psicológico de nuestro conocer, constatamos que toda observación va acompañada ya de una interpretación, esto es de una inserción en un esquema o marco referencial que le da sentido, lo cual no supone un obstáculo para el estudio científico, como temía Bacon, sino que es una *mediación necesaria*. Debido a ello toda observación de “algo” es de “algo” porque preexisten esos valores estructurantes del pensamiento, esa *realidad mental fundante o constituyente*, ese trasfondo u horizonte previo, en los cuales se inserta y que le dan sentido. Si ese marco referencial falta, la observación no es tal, el dato no es dato y el hecho no es nada (Martínez, 2009, p.56).

Hay que reconocer que existe una nueva ciencia y una nueva forma de ver la ciencia, en la cual, se deja de considerar al sujeto conocedor “como un espejo y esencialmente pasivo” pasando a un “modelo dialéctico” en que hay una interacción y, por tanto, una relación diferente, entre el investigador y lo investigado (Martínez, 2007, p.18).

Una vez descritas algunas de las características del conocimiento científico, partiendo del paradigma positivista que inspiró la época de la ilustración, corresponde entonces describir los argumentos a favor y en contra que, desde las distintas teorías del derecho, se esgrimen en torno a su carácter científico.

2. Argumentos diversos acerca del carácter científico del Derecho. Desde las teorías del derecho.

Los que niegan el carácter científico de la ciencia jurídica basan sus

argumentos teniendo como presupuesto el método de las ciencias naturales, idea que gobernó la época la ilustración en la que el positivismo expresaba que no hay conocimiento fuera de lo empíricamente verificable (López, 2012), ideología que trajo como consecuencia que se pusieran en entredicho el carácter científico de las llamadas ciencias humanas como el derecho; teorías que no tienen en cuenta que En los años ochenta se planteaba que la ciencia era un orden de actos de conocimientos, descriptivos e integrado por un ordenamiento siempre lógico, y valorados, orden y ordenamiento por el valor verdad; cuando la ciencia tiene su centro de gravedad más orientado hacia la verdad se trata de saber básico y en cambio cuando de se acerca relativamente más a los otros valores se trata de ciencia aplicada (Ciuro, 1980).

Se puede afirmar que el ideal de la ciencia jurídica es alcanzar la justicia como valor complementario de la verdad, de lo cual dependiendo del punto de vista teórico que se maneje puede determinar un mayor o menor alcance a este valor de la ciencia del derecho. Si nos enfocamos en el positivismo jurídico estaríamos limitando el campo de conocimiento del mundo jurídico, que sería únicamente el nomológico, de lo que es factible inferir que se pondría en duda su objeto y su científicidad; esto último determina el alejamiento del derecho a la realidad.

Existen otras teorías que, si bien permiten inferir un carácter científico del derecho, su centro de estudio se ubica en una sola percepción del mundo jurídico extremando en la realidad o en los valores que se pretenden alcanzar con él, predisponiendo en algunos casos el valor económico sobre el valor justicia, o el valor utilidad sobre el fin último del derecho.

Filósofos del derecho como Manuel Atienza, le dan una caracterización al derecho concibiéndolo como una ciencia jurídica, integrada por varios saberes. La ciencia jurídica por antonomasia, el saber jurídico tradicional, es lo que hoy se suele llamar dogmática jurídica, expresa este autor. Hace claridad además en el sentido de que la denominación proviene del positivismo y hace referencia al hecho de que no parte (como la ciencia positivista) de hechos experimentales, sino de proposiciones dadas e intocables, las normas de un Derecho positivo, que operarían como dogmas (Atienza, 2007).

Para Kelsen, citado por Nino, la ciencia jurídica, es una ciencia normativa, pero no porque formule normas, sino que porque su función es exclusivamente describir normas; es decir que su objeto de estudio son las normas jurídicas válidas en un cierto ámbito (Nino, 1983).

De acuerdo a lo indicado por diversas teorías jurídicas y reconocidos filósofos del derecho, el concepto de derecho o parte del mismo, se expresa a partir del estudio de sus elementos, analizándolos y sinterizándolo.

Encontramos diferentes percepciones teóricas del derecho, pero esto a su vez se debe a su cualidad científica, al igual que muchas ciencias, su apreciación en la realidad varía dependiendo de la representación teórica; cada teoría da una explicación particular de los hechos y del objeto de conocimiento, reduce o aporta nuevos hechos al contenido de estudio de la ciencia; cada teoría del derecho determina un análisis de valor más ajustado o alejado de la justicia.

El objeto de la ciencia jurídica está en la realidad social, cuyo estudio parte de la utilización de métodos, ya sea para solucionar problemas particulares poco complejos, como para darle solución a casos relativa o absolutamente complejos. Al existir métodos de estudio y solución de problemas, podemos decir que el derecho es una ciencia, no todos los casos se solucionan igual, es por eso la variedad metodológica para encontrar una explicación o posible respuesta al problema planteado en este campo.

Para poder determinar su carácter científico, el derecho se especializa en diferentes ramas, teniendo como resultado el derecho público, privado, penal e internacional, y de estos cada uno va desarrollándose en un área más especializada del mundo jurídico, conteniendo cada especialidad un objeto y particularidades distinguibles; encontrando en cada un objeto de investigación y de conocimiento que son explicados de manera singular y dentro de un orden lógico.

La ciencia jurídica en su enfoque gnoseológico tiende a ser pantónimo y a su vez fraccionada; si bien este conocimiento puede decirse que es intuitivo en su mayoría, tiene en la investigación la forma de actualizar y crear conocimiento jurídico científico.

Señala Ciuro Caldani “En cuanto a las formas con que se elabora el conocimiento jurídico, la investigación tiene en este campo menos tradición que en otras disciplinas. No cabe duda de que siendo la justicia cognoscible mediante un sentido racional la intuición tiene aquí una importancia naturalmente mayor, pero tampoco es acertado ignorar que la investigación es una exigencia de todo conocimiento científico (Ciuro, 1980, p.105).

Ha sido la investigación científica jurídica la que ha afirmado la trascendencia

de la ciencia jurídica, permitiendo la producción de nuevo conocimiento y explicando el ya existente; en estos casos la mayor producción de conocimiento jurídico científico es racional, explicando los hechos objeto de conocimiento a través de hipótesis y teorías.

El conocimiento científico racionaliza la experiencia en lugar de limitarse a describirla, la ciencia da cuenta de los hechos no inventándolos si no explicándolos (Bunge, 1985, p.18). Las investigaciones jurídicas, no se limita a describir hechos, buscan su explicación, resolviendo los interrogantes que se plantean en el giro ordinario de esta ciencia, con lo que se construyen las teorías jurídicas, tal como las conocemos hoy en día; algunas de estas teorías son generales y describen las características de la ciencia jurídica (tribalismo, Neo constitucionalismo, Realismo, Pragmatismo, Positivismo, Etc.), otras específicas y desarrollan un elemento especial dentro del derecho (negocio jurídico, imprevisión, contratos conexos, entre otras).

Al adentrarse en el espectro lógico de la ciencia jurídica se puede observar que esta tiene un orden coherente y racional; no son conocimientos aislados, si no producto de una serie de actos metódicos tendiente a determinar y aclarar los hechos ya existentes. Es pertinente precisar, que el conocimiento jurídico es producto de la correlación compleja de varios espectros gnoseológicos; lo que ha generado también su la explicación acientífica por muchos. El derecho puede ser comprendido como una complejidad, resultante de la interacción diversa de todos los tipos conocimiento, es decir, filosófico, tecnológico, empírico y religioso (Dabove, 2003, p.96).

El conocimiento científico jurídico está constituido más que todo por los repartos teóricos de investigaciones, a su vez podemos encontrar en algunos casos aportes de construcción jurisprudencial. La jurisprudencia constituye en su mayoría la solución de casos concretos, es decir la aplicación de saberes, para la solución práctica; mientras que la investigación científica se plantea interrogantes y busca crear respuestas generales, que, si bien tienen interés de permanencia, no es estático ni inmutable. Sin embargo, en los últimos años pueden encontrarse juiciosos y rigurosos estudios acerca del precedente judicial que han constituido un aporte importante para la comprensión de la creación, reconocimiento y reivindicación de derechos; Uno de los autores que ha trabajado sistemática y rigurosamente sobre este tema es Bernal Pulido, muestra en algunas obras que el foco de investigación se ha centrado desde la teoría y filosofía del derecho, como desde algunas áreas concretas, es decir, por un interés práctico, en la investigación sobre el precedente, “Las

bases, naturaleza jurídica, su estructura, virtudes y aplicaciones” (Bernal & Bustamante, 2015, p.9).

Lo señalado es importante, pues todas las ciencias, incluidas las naturales, sus desarrollos teóricos, han permitido modificar los conocimientos previos existentes. Las teorías relacionadas con el conocimiento científico son cambiantes y temporales, no tienen vocación de permanencia.

Las ciencias, tienen diferentes fuentes de conocimiento, no solo el teórico, es más, se puede indicar que ha sido el conocimiento empírico el que dio origen a muchas respuestas de la ciencia en general; cuando las preguntas gnoseológicas empezaron a ser más complejas, su respuesta necesitaba de un elemento demostrativo, y surge entonces las teorías científicas, que dan soporte a las múltiples hipótesis que se plantean para solucionar los problemas de las ciencias.

La ciencia jurídica, desde sus inicios ha estado en constante evolución, y han sido más que todo, las teorías jurídicas las que han dado pie a su desarrollo, aportando nuevos elementos de conocimiento lógico en busca de establecer el verdadero carácter del derecho y sus partes integrantes. El derecho se construye constantemente, es dinámico; su formación como ciencia es adecuada. La vocación de ciencia, ha posibilitado la construcción de diversidad de objetos jurídicos, de modelos de solución, que a su vez como se indicó, tienen aplicación técnica, en la práctica jurídica. Al tener un conjunto ordenado de conocimientos, enfocado en la búsqueda de la justicia, el derecho se desarrolla como ciencia más allá del contenido de la norma jurídica, no solo a nivel científico, sino también en la aplicación práctica.

En este orden de ideas, no solo el contenido normativo, señalando estrictamente aquel conjunto de disposiciones que proviene de repartidores autorizados estatalmente para producir normas; es el que se ha venido aplicando prácticamente en la solución de controversias particulares; lo que ha justificado las teorías jurídicas, que ven el derecho no solo en la norma si no en la realidad y los valores como elementos propios de esta ciencia.

La investigación en el derecho ha evolucionado, específicamente desde las metodologías utilizadas para crear, para hacer investigación en el derecho. Se pueden mencionar el derecho comparado, la jurisprudencia comparada y la teoría comparada como métodos que permiten hoy día aproximarse de manera diferente al análisis tanto teórico como práctico de las normas, de las

sentencias de las altas cortes y de los aportes teóricos producidos en el ámbito latinoamericano (López, 2013).

3. La importancia de la investigación en la formación jurídica

La investigación en el derecho se puede llevar a cabo con fines de ciencia básica, o de ciencia aplicada. Como ciencia básica produce una serie de postulados normativos y conceptos jurídicos, que constituyen el cuerpo teórico y normativo del derecho como ciencia y que están encaminados generalmente al análisis y solución de problemas sociales desde el derecho. Mientras que como ciencia aplicada, busca la solución de problemas jurídicos concretos, a partir del análisis y aplicación de normas tanto internacionales como nacionales. Giraldo (2013), resalta la importancia de la investigación jurídica como una de las principales herramientas de “trabajo del abogado en su vida profesional”. Así, la metodología de la investigación jurídica le permite formular problemas jurídicos, a partir de hechos concretos y situaciones de la vida cotidiana, que pueden resolverse con la aplicación del derecho, entendiendo aquí que se consultan las diferentes fuentes formales del derecho comprendidas desde diferentes métodos de interpretación que se han construido desde la corriente del derecho como ciencia.

En cuanto al objeto del derecho en la investigación jurídica, puede afirmarse que:

Está constituido, como antes lo anotamos, por las fuentes formales, las que por una parte se explicitan a través del lenguaje, elemento de naturaleza simbólica, y por otra, constituyen postulados de deber ser. La aproximación del derecho como objeto de conocimiento debe orientarse, por consiguiente, a la aprehensión del contenido significativo de los términos que integran cada una de las fuentes, y a la determinación del alcance de estas de acuerdo con el fin para el que fueron expedidas (Giraldo, 2013, p.4) de lo anterior se colige que uno de los métodos más afines con la investigación jurídica, es el hermenéutico.

Pérez (2011) expresa que “el objeto de la ciencia del derecho es el conocimiento de las normas del derecho vigente en su verdadero significado y alcance”. Sin embargo, hay que tener en cuenta que desde la investigación histórica es posible abordar la evolución de las normas y aquellas instituciones jurídicas que existieron en momentos históricos determinados, aunque no se encuentren vigentes.

Desde una perspectiva más social se considera objeto de estudio del derecho las diferentes normas que regulan el comportamiento del ser humano en la sociedad, con el fin de establecer su pertinencia, coherencia, eficacia o fundamentación teórica, entre otros aspectos a revisar. De allí se visiona la relevancia de la investigación en el derecho, sea desde la perspectiva jurídica o sociojurídica.

La importancia de la investigación jurídica es fundamental tanto para la formación como para el ejercicio profesional y al respecto el mismo autor, Jacobo Pérez Escobar, manifiesta que:

...si de la investigación científica en general se ha afirmado que es la base de todo progreso, de la investigación científica del derecho habrá igualmente que afirmar que sin ella no es posible el avance de las ciencias jurídicas en orden a poner el derecho al servicio de la vida o a comprenderlo como fenómeno social (Pérez, 2011, p. 9).

En el caso colombiano, observamos que el sistema jurídico, se inspira en la constitución como norma superior; y a su vez esta señala que los jueces en sus providencias están sometidos al imperio de la ley; siguiendo la tradición romanística de prevalencia en la ley. Lo anterior no ha significado un límite a la comprensión científica del derecho por parte de los operadores judiciales, más allá del contenido normativo; pues aplicar el tenor literal estas normas, conduciría a estancar el derecho y limitarlo netamente al contenido de lo que el legislador o los repartidores autorizados señalan.

La Corte Constitucional Colombiana y la doctrina denominada anti formalistas, han indicado, que el imperio a la ley señalado en el texto constitucional, va más allá de la mera norma escrita, repartos. Para la aplicación del derecho, en casos constitucionales y legales, se acude no solo a la norma; si no que el operador judicial, debe evaluar el caso conforme al valor justicia. Aunque estas construcciones, son más técnicas, su fundamento esta en las teorías modernas, cuyo sustento lógico, da soporte y carácter de ciencia al derecho. Esto a su vez ha generado nuevos enfoques del derecho no solo al fondo de los casos particulares, si no al estudio de las decisiones judiciales y su contenido.

Ha indicado la Corte Constitucional, que una interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la

aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico. |Sobre este tema, ha resaltado la Corte en la Sentencia C-836 de 2001, que la intención del constituyente ha sido darle clara y expresa prevalencia a las normas constitucionales –art. 4º Superior- y con ella a la aplicación judicial directa de sus contenidos; por otra parte, lo anterior debe encontrarse en armonía con la aplicación de la ley misma en sentido formal, es decir dictada por el Legislador, la cual debe ser interpretada a partir de los valores, principios, objetivos y derechos consagrados en la Constitución; en tercer lugar, es la Carta Política la que cumple por excelencia la función integradora del ordenamiento; cuarto, que esta responsabilidad recae en todos las autoridades públicas, especialmente en los jueces de la república, y de manera especial en los más altos tribunales; por último, que son por tanto la Constitución y la ley los puntos de partida de la interpretación judicial.

Lo anterior, sustenta el carácter científico del derecho, como actos de conocimiento, ordenados lógicamente y valorados a través de la justicia y otros valores. Que las formas de producción del conocimiento de la ciencia jurídica no solo recaen en el componente nomológico, si no que se encuentra producción teórica, que ha permitido la consolidación de esta ciencia y la determinación conceptual especial de sus componentes, cuyo fin principal está en la consecución del valor justicia; sin que pierda su carácter científico cuando sean otros valores inspiren estas teorías.

En cuanto a la investigación socio jurídica, otra forma de investigar desde el derecho, se encuentran fines diferentes relacionados con preguntas sobre la eficacia y efectividad de las hipótesis normativas, los problemas sociales vigentes en un momento histórico determinado y sus posibles soluciones a partir de la creación de normas o políticas públicas, entre otros mecanismos.

La necesidad de fortalecer la investigación en los programas de derecho para garantizar una formación adecuada y actualizada de los estudiantes, ha sido señalada en diferentes estudios y artículos sobre la enseñanza del derecho, como los realizados desde la asociación colombiana de facultades y programas de derecho, Acofade. Esta reiterada sugerencia busca además responder a la necesidad de relacionar más estrechamente teoría y práctica, al igual que propiciar en los estudiantes el compromiso social que implica la profesión jurídica, de manera que contextualice la actividad académica en

la situación problemática. Esto lo logrará en la medida que se aproxime a tal situación problemática desde todos los puntos de vista posibles, desde diferentes perspectivas teóricas. Así, tratándose de conflictos o problemas sociales o socio jurídicos, sería aconsejable que se estudiara su estructura, incluyendo todos los actores del conflicto, los hechos antecedentes y actuales, el contexto y el sentido o posición que cada uno de los actores tiene. Esta posibilidad es la que brinda la investigación socio jurídica.

Se puede afirmar, entonces, que la manera como se realiza la enseñanza del derecho está relacionada con la forma en que se entiende el concepto de derecho, lo que se entiende como objeto de estudio del derecho y la perspectiva desde la cual el docente se aproxima a ese objeto de estudio. De tal forma que, si se reconoce el derecho como parte de las ciencias sociales y se valora su carácter científico, la investigación resulta un ejercicio inherente a la actividad formativa, que se hace explícita en el currículo, en su sentido estricto y en su sentido más amplio. En el proceso docente y en el ejercicio profesional conviene tomar partido y asumir posiciones teóricas, pero para ello, es necesario conocerlas, tener buenos fundamentos epistemológicos, filosóficos y ontológicos desde el punto de vista del derecho, de manera que lo operativo no quede sin sustento, y no se lleve a cabo sin la debida fundamentación.

Cuando en el ejercicio docente se reflexiona sobre la enseñanza del derecho, las estrategias participativas, constructivistas, activas, resultan oportunas y coherentes con la construcción dialógica del conocimiento jurídico, que no se queda solo en lo abstracto, sino que recoge las fuentes reales y materiales del derecho. Así, el desarrollo de talleres, audiencias y clínicas jurídicas, debates y foros, facilitan la articulación del campo jurídico en el espacio social, para que a su vez se relacione con otros campos en la búsqueda de soluciones a problemas ya no estrictamente jurídicos, sino sociales, políticos y socio jurídicos que requieren de una visión interdisciplinaria, multidisciplinaria y transdisciplinaria. La identificación de espacios de aprendizaje flexible en los cuales se abra la posibilidad de dialogo, de debate pero a la vez de concertación, contribuye al desarrollo de competencias que en el ejercicio del derecho resultan necesarias, sea cual sea el ámbito o especialidad en que se trabaje.

Entre las tendencias contemporáneas de la educación superior, y por lo tanto de los programas de formación en el derecho, ocupa un lugar importante al lado de la flexibilidad curricular, la internacionalización y la proyección social, la interdisciplinaria, una de las características de la investigación socio jurídica. Esa posibilidad de abordar una problemática desde el derecho, pero

sin dejar de lado enfoques, sociológicos, políticos, psicológicos y económicos, enriquece y amplía la visión y la perspectiva de las personas. Esto es válido para otros programas de la educación superior, pero se hace en este capítulo, especial referencia al derecho, por ser el tema central, desde el punto de vista de investigación y su carácter científico en el contexto de la educación superior. Entre las diversas formas como se puede materializar esta tendencia en los programas de formación de abogados, puede mencionarse por su relación con la investigación, la identificación y/o diseño de ejes transversales institucionales o de facultad, como el derecho a un ambiente sano, desarrollo sostenible, emprendimiento, la misma investigación aplicada, bioética, estudios de ciencia, tecnología y sociedad, estudios de paz, convivencia, conflicto, violencia, salud, entre otros. Los ejes transversales ayudan a la caracterización necesaria para definir perfiles profesionales y rasgos distintivos de los programas.

La investigación es la puerta al conocimiento, la verdadera forma de construirlo y de aportar soluciones reales, hipótesis normativas viables y consistentes. En este orden de ideas, la investigación sociojurídico puede y debe describir, analizar, explicar y porque no, proponer alternativas que contribuyan a la solución de problemas reales y por lo tanto a la transformación social.

Poco a poco en las últimas décadas la investigación cobró la importancia que anteriormente no se le confería en los programas de derecho y se convirtió en una oportunidad no solo para comprender los presupuestos epistemológicos del derecho, sino para articular los aspectos teóricos con los prácticos, entendiendo como aspectos prácticos los problemas sociales, conflictos o casos concretos que podían convertirse en objeto de estudio para el derecho. La posibilidad de aterrizar la teoría en los problemas jurídicos y sociojurídicos que se presentan en la vida cotidiana, es lo que hace pertinente la investigación desde el punto de vista del derecho, asumiéndolo como una ciencia social.

Al respecto es oportuna la reflexión que realiza Ávila acerca de la importancia que teoría y práctica tienen no de manera independiente, sino de manera articulada:

La teoría no es necesariamente mala, como tampoco la práctica, como forma de conocimiento, tampoco es innecesaria. La teoría y la práctica se complementan y una sin la otra generan distorsiones que deben ser evitadas. “Estratósfera académica”, por decir de otra manera a la teoría, sin práctica está condenada a ser inútil; de igual modo, práctica sin teoría, es un ejercicio sin dirección y podría ser como dar “palos de ciego”. Una norma realizada desde la

teoría corre el serio riesgo de ser inaplicable; pero una norma realizada desde sólo la práctica, reproducirá inevitablemente un sistema que ha demostrado ser ineficiente e ineficaz para combatir la inequidad. Una norma adecuada debe incorporar el dato de la realidad y también el saber del que ejerce y del que teoriza. Esto es precisamente lo que debería ocurrir en una auténtica democracia (Ávila, 2012, p.7).

La investigación que valida científicamente el derecho, ha de ser una investigación pertinente, coherente con las circunstancias y categorías conceptuales, teóricas, temporales, espaciales y poblacionales de un contexto. Para poder llevar a cabo una investigación pertinente, se requiere fundamentalmente, que se haya identificado un problema, que puede tener múltiples orígenes o significados, puede consistir en necesidades sociales, necesidades de cambio normativo por efecto de transformaciones sociales, vacíos normativos o contradicciones entre normas, vacíos o dificultades en la implementación de las políticas diseñadas para responder a problemas ya identificados.

En la manera como se concibe el problema de investigación influye la interpretación, pues no siempre es simple traducir un problema social en un problema jurídico y aún más, abordarlo como un conflicto o como un negocio jurídico. Hace falta sensibilidad social, pero también fundamentación jurídica para lograrlo, identificando la posible intervención que desde el derecho se puede hacer en dicho problema a partir de la investigación jurídica y/o socio jurídico.

La investigación permite analizar de manera rigurosa la evolución de la sociedad y la evolución del derecho, sus encuentros y desencuentros. Sus avances y limitaciones. Da a quienes se dan la oportunidad, la posibilidad de entender la dinámica del surgimiento del derecho desde sus fuentes formales, reales y materiales. En las conclusiones del libro “Cómo se construyen los derechos” de Diego López Medina, (2016) plantea, a propósito del análisis jurisprudencial sobre matrimonio igualitario en Colombia, de alguna manera la dinámica permanente de las normas jurídicas, “el cambio de las normas jurídicas es permanente. En ocasiones y frente a ciertos temas, el cambio es vertiginoso y quizás estemos en presencia de la respuesta del derecho l cambio social acelerado ocurrido en apenas tres o cuatro lustros” (López, 2016; p.166). Es así, como para algunos el derecho luce sumamente retrasado conforme a los cambios y hechos sociales, mientras para otros, si está dando respuesta de manera rápida a estos cambios, que se dan paulatinamente en

la sociedad. En todo caso, cualquiera de los planteamientos, no pueden ser, sino, resultado de consultas serias, ejercicios de investigación sistemáticos y rigurosos que puedan respaldar desde diferentes marcos teóricos y jurídicos cualquiera de las posiciones expresadas. Lo demás, no será sino objeto de una especulación que no caracteriza el estilo argumentativo de los abogados y abogadas bien fundamentados.

Puede decirse entonces, que el avance en la investigación ha contribuido a la transformación de la cultura jurídica latinoamericana (López, 2013), a partir de la construcción de diversas y nuevas formas de aproximarse a las fuentes del derecho, e incluso al cambio de paradigmas respecto al sistema de fuentes.

Conclusiones

El carácter científico del derecho ha sido un tema recurrente en los estudios jurídicos o de teoría jurídica, la defensa de su cientificidad está soportada desde un sustento argumentativo variable y diverso, cuya discusión, no cabe duda aportaba positiva y significativamente, a la formación de los juristas, y a que la balanza se incline con todo el peso del saber científico hacia una concepción de una verdadera ciencia.

La ciencia del derecho se sustenta desde diversas perspectivas claramente identificables, partiendo desde los elementos de la cientificidad, cuando se expresa que la verdad (valor de la ciencia) está presente en el derecho, pero complementándolo a otro valor como lo es la justicia. Entendiendo que algunas “verdades” tienen un carácter de temporalidad, pues responden a contextos culturales, históricos, políticos, sociales y económicos, teniendo en cuenta que el derecho es producto de la cultura;

Se sustenta también el derecho en su defensa de científica, al concebir diversos valores que se pretender alcanzar, sin perder de vista la realidad en lo que se encuentran inmersos. No hay ciencia, sin unos fines perseguibles y el derecho sí que los tiene.

Dividiendo los saberes en especulativos y prácticos, atendiendo a que precisamente los saberes dan contenido a la ciencia, el derecho se ubica dentro de los últimos al siempre pretender resolver el interrogante sobre qué es lo justo, aquí y ahora. Aunque también es innegable al decir de la filosofía del derecho, que éste lo integran diversos saberes, lógico, práctico,

pero también dogmático. La cientificidad también se puede defender desde elementos particularizantes, y si de eso se trata, el derecho es concebido sin vacilaciones, como una ciencia particularmente normativa.

También acompaña al derecho, el argumento que expresa la necesidad, de que la ciencia debe expresarse a partir de diversas o distintas representaciones teóricas, y precisamente éste, no adolece de dicho componente, pues precisamente una de sus principales características es que está sustentado desde varias teorías (Positivismo, iusnaturalismo, realismo jurídico, neo constitucionalismo, marxismo jurídico y otras).

Si se analiza el derecho desde su interior, encontramos una clasificación (aún vigente) desde elementos que le dan ciertas particularidades, es plausible diferenciar el derecho público del privado, el derecho comercial del derecho civil, el derecho administrativo del derecho constitucional, los derechos humanos del derecho internacional humanitario. Donde cada una de estas ramas esta revestida de elementos de identidad, que consecuentemente identifican al derecho como una ciencia de contenido diverso. Por otra parte, el crecimiento en cuanto a áreas de ejercicio profesional ha sido vertiginoso, de tal forma que se encuentran nuevos desarrollos como el derecho de las telecomunicaciones, el derecho informático, derecho bursátil y derecho financiero, entre otros.

Aunado a todo lo anterior, si para que haya ciencia, se requiere de generación constante de nuevo conocimiento, a partir de la investigación, el derecho cuenta con la investigación jurídica y una investigación socio jurídica, como fuente generadora de nuevo conocimiento, a partir de hipótesis normativas, conceptos e instituciones jurídicas y corrientes teóricas. Por otra parte los métodos y técnicas de investigación han evolucionado, así como los intereses investigativos se han volcado hacia otras fuentes, distintas al texto legal, el interés por el precedente, por ejemplo, ha guiado muchas investigaciones y ha generado avances teóricos desde la interpretación y la argumentación del derecho.

En conclusión, el carácter científico del derecho no es indiscutible, no es un dogma, sin embargo, los argumentos justificativos que defienden esa postura, son precisamente los aspectos más significativos que distinguen a un conocimiento determinado como una verdadera ciencia.

De igual manera, es importante anotar que el ejercicio del derecho y la investigación en el derecho, sea básica o aplicada, debe estar desprovisto de los prejuicios y estereotipos que solo contribuyen a la discriminación, conducta

contraria al respeto por los derechos humanos. Aunque, de otra parte, no puede negarse que, como producto de la cultura, el derecho siempre estará permeado por determinados valores jurídicos propios del momento histórico y de la evolución del derecho en un momento determinado.

Referencias

- Atienza, M. (2007). *El sentido del derecho*. Barcelona, España: Editorial Ariel.
- Ávila, R. (2012). *En defensa del neoconstitucionalismo transformador. Los debates y los argumentos*. Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador. Recuperado de: [http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/372/File/pdfs/PAPER%20UNIVERSITARIO/Ramiro%20Avila%20\(Neoconstitucionalismo\).pdf](http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/372/File/pdfs/PAPER%20UNIVERSITARIO/Ramiro%20Avila%20(Neoconstitucionalismo).pdf)
- Bernal, C. & Bustamante, T. (2015). *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia.
- Bunge, M. (1985). *La Ciencia su método y filosofía*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Siglo Veinte.
- Ciuro, M. A. (1980). *Meditaciones acerca de la ciencia jurídica*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. 2(3). 89
- Corte Constitucional, Sala Plena. (9 de agosto de 2001). Sentencia C-836 de 2001. MP: RODRIGO ESCOBAR GIL
- Dabove, M. I. (2003). *El derecho Como Complejidad de saberes diversos*. En "Ideas y Derecho, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Año III – Número 3. Recuperado de: http://www.der.unicen.edu.ar/uploads/ingreso/libre/diciembre/3.Dabove.El_derecho_como_complejidad_de_saberes_diversos.pdf
- Giraldo, A. (2013). *Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica*. Undécima Edición. Librería Ediciones del Profesional.
- López, D. (2016). *Cómo se construyen los derechos. Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*. Legis. Universidad de los Andes.
- López, H. (2012). *Aportaciones de la hermenéutica a la argumentación jurídica*. México
- López, D. (2013). *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Universidad de los Andes. Universidad Nacional de Colombia. Editorial Legis. Séptima Reimpresión.

- Martínez, M. (2009). *Ciencia y Arte en la Metodología Cualitativa. Métodos hermenéuticos, métodos fenomenológicos, métodos etnográficos. Segunda Edición.* Editorial Trillas.
- Martínez, M. (2007). *La nueva ciencia. Su desafío, lógica y método.* México: Editorial Trillas.
- Nino, C. S. (1983). *Introducción al análisis del derecho.* Barcelona, España: Ed. Ariel.
- Pérez, J. (2011). *Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica. Tercera Edición.* Universidad Técnica Particular de Loja. Corporación de estudios y publicaciones. Editorial Temis.

EL EFECTO IRRADIADOR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DESDE LA DOGMÁTICA DE LOS MÁRGENES DE ACCIÓN: *Hacia una analítica del fenómeno de la Constitucionalización del Derecho*

Andrés Antonio Alarcón Lora*

Daniel E. Flores-Muñoz **

Yaninis Elena Suarez Burgos***

* Doctor en Ciencias de la Educación, Universidad de Cartagena, Docente Investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Cartagena, Líder del Semillero “Reorganización Empresarial”; Jefe del Departamento de Investigaciones Científicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena, Magister en Derecho y Especialista en Derecho Comercial. Abogado Egresado de la Universidad de Cartagena. Email. aalarconl@unicartagena.edu.co; analarcon28@gmail.com

** Docente Investigador, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Cartagena. Candidato a Magister en Derecho, Universidad de Cartagena. Candidato a Magister en Estado de Derecho Global y Democracia Constitucional, Universidad de Génova (Italia). Miembro del Grupo de Investigación en Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos. Director del Semillero de Investigación en Derechos Humanos, Raza y Política Constitucional.

*** Estudiante

Resumen

Para analizar el fenómeno de la Constitucionalización del derecho, el presente trabajo abordará inicialmente (i) las bases o el contexto político-institucional que posibilitó dicho fenómeno, me refiero a la emergencia del Estado Constitucional y la redefinición del concepto clásico de Constitución, ahora entendida como norma jurídica garante de una serie de contenidos que servirán como límite no sólo a la actividad del Estado sino también a las relaciones entre particulares. En un segundo momento, nos concentraremos en (ii) el análisis del concepto de Derechos Fundamentales, en tanto sustancia o contenido material incorporado en los textos constitucionales propios de la segunda posguerra, en este aparte precisaremos su naturaleza y justificación. Seguidamente expondremos de forma introductoria (iii) la dogmática de los márgenes de acción como estrategia competencial de distribución de funciones respetando los contenidos y garantías constitucionales, lo cual llevaría a optimizar los procesos de constitucionalización del derecho bajo criterios normativos razonables. Finalmente estudiaremos el fenómeno de la constitucionalización del derecho desde sus presupuestos, características y posibles desafíos a la luz de los conceptos y categorías previamente señalados.

Palabras clave: Constitucionalización, Derechos Fundamentales, Estado Constitucional, Dogmática de los márgenes de acción.

Abstract

To analyze the phenomenon of the constitution of law, the present direct work (i) the bases or the political-institutional context that made this phenomenon possible, I refer to the emergence of the Constitutional State and the redefinition of the classic concept of Constitution, now understood as legal norm guarantor of a series of contents that serve as a limit not only to the activity of the State but also to the relations between individuals. In a second moment, we will focus on (ii) the analysis of the concept of Fundamental Rights, as substance or material content incorporated in the constitutional texts of the second postwar, in this section we will specify its nature and justification. Then we will introduce in an introductory (iii) the dogmatics of the margins of action as a competence strategy of distribution of functions respecting the contents and constitutional guarantees, which would lead to the processes of constitutionalization of the right under reasonable normative criteria. Finally, we will study the phenomenon of the constitution of law from its presuppositions, characteristics and possible challenges considering the concepts and categories previously indicated.

Keywords: Constitutionalization, Fundamental Rights, Constitutional State, Dogmatic of the margins of action

Introducción

A partir de la Segunda Guerra Mundial, buena parte de los países de Europa y América Latina emprenden procesos de transformaciones constitucionales que repercutirán directamente tanto en la comprensión de los límites al poder público, como en el lugar de la Constitución y del poder judicial al interior del sistema de fuentes y los procesos creación del Derecho.

Esta nueva forma de comprender el constitucionalismo, se encontró asociado, entre otras cosas, con la materialización de los textos constitucionales a través de la dogmática principalistas y con la revaloración del rol del poder judicial a partir de la garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional (Flórez, 2010b), esta última ya no supeditada al frío examen de los procedimientos y modelos de competencias, sino cualificada a partir de contenidos en términos de deberes positivos, libertades y garantías fundamentales, las cuales se experimentarían no solo como límites materiales a la actividad del Estado y de los particulares, sino que condicionantes al interior de los procesos de creación, interpretación y aplicación del derecho ordinario.

Al interior de esta nueva realidad normativa, adscrita al naciente Estado Constitucional de Derecho, el fenómeno llamado constitucionalización del ordenamiento jurídico, cobra un especial lugar, como resultado de la redefinición de los textos constitucionales en términos de norma jurídica sustantiva con capacidad irradiadora, la profundización de las técnicas interpretativas y argumentativas al interior del razonamiento judicial, y la cualificación de las técnicas jurisprudenciales asociadas con la garantía jurisdiccional de la integralidad y supremacía constitucional, típicamente asociadas con fallos modulatorios y la construcción jurisprudencial del derecho. Este fenómeno heterogéneo y fragmentario impactará las bases de buena parte de las áreas del derecho ordinario, redefiniendo el alcance de su normatividad y supliendo algunas de sus más tradicionales instituciones.

El derecho constitucional se establece como fundamento de la validez de la totalidad de las ramas del derecho (Flórez, 2010b; Bernal, 2014) y más que eso lleva la fuerza irradiadora de las cláusulas que consagran derechos fundamentales a escenarios históricamente reservados para principios tales como la autonomía de la voluntad en el campo del derecho privado.

Sin embargo, aún siguen siendo muy pocos los estudios que sobre el fenómeno de la constitucionalización se han publicado, la mayor parte de la literatura hasta

el momento se ha ocupado de analizar y evaluar el impacto que dicho fenómeno ha tenido sobre determinadas áreas o sobre los riesgos que dicho fenómenos supone para la preservación del orden democrático, sin embargo, salvo contadas excepciones, son extraños las investigaciones que apunten a la comprensión del fenómeno en tanto tal, precisando sus categorías, sus presupuestos y avanzando en una analítica de su funcionamiento. En este punto, podríamos preguntarnos ¿en qué sentido hablamos de “constitucionalización del derecho”?

Ricardo Guastini (2016), en un reciente trabajo precisa que bajo la expresión “constitucionalización del ordenamiento jurídico” se pueden estar empleando por lo menos tres significados.

1. En un primer sentido –y este es, quizá el significado intuitivo más común- se puede hablar de constitucionalización para referirse a la introducción de una primera constitución escrita en un ordenamiento que anteriormente carecía de ella.
2. En un segundo sentido, se habla en ocasiones de constitucionalización para referirse a aquel proceso histórico que (entre los siglos XVII y XVIII) ha transformado en jurídica la relación política entre el soberano y el súbdito. Este fenómeno, nótese, es diferente del precedente, ya que no siempre el proceso en cuestión se ha resuelto en una codificación constitucional, esto es, en la adopción de una constitución escrita.
3. En un tercer sentido se habla hoy en día de constitucionalización para referirse a un proceso de transformación de un ordenamiento jurídico, al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una constitución extremadamente penetrante, invasiva, desbordante (Guastini, 2016, p. 175).

El sentido en el que utilizaremos la expresión será el tercero de los reseñados, justamente como expresión de un renovado concepto de Constitución y el acompañamiento de éste con un conjunto de diseños teóricos e institucionales que hacen posible su capacidad de irradiación normativa.

Para analizar el fenómeno de la constitucionalización del derecho, el presente trabajo abordará inicialmente (i) las bases o el contexto político-institucional que posibilitó dicho fenómeno, me refiero a la emergencia del Estado Constitucional

y la redefinición del concepto clásico de Constitución, ahora entendida como norma jurídica garante de una serie de contenidos que servirán como límite no sólo a la actividad del Estado sino también a las relaciones entre particulares. En un segundo momento, nos concentraremos en (ii) el análisis del concepto de Derechos Fundamentales, en tanto sustancia o contenido material incorporado en los textos constitucionales propios de la segunda posguerra, en este aparte precisaremos su naturaleza y justificación.

Seguidamente expondremos de forma introductoria (iii) la dogmática de los márgenes de acción como estrategia competencial de distribución de funciones respetando los contenidos y garantías constitucionales, lo cual llevaría a optimizar los procesos de constitucionalización del derecho bajo criterios normativos razonables. Finalmente estudiaremos el fenómeno de la constitucionalización del derecho desde sus presupuestos, características y posibles desafíos a la luz de los conceptos y categorías previamente señalados.

Para la realización de este trabajo se optó por un método cualitativo y se hizo uso de las técnicas propias de la investigación documental. El objetivo del presente trabajo es comprender los presupuestos y principales rasgos doctrinales del fenómeno de la constitucionalización del derecho en el marco del Estado Constitucional contemporáneo, el lector podrá, al finalizar el mismo, determinar si dicho objetivo fue satisfecho en su integridad.

1. Reconstruyendo Las Bases: El Estado Constitucional Y La Constitución Como Norma Jurídica

Siguiendo al profesor Werner Kägi (2005) podríamos afirmar que lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional es la incorporación de una dimensión material y normativa del texto constitucional, el cual –parafreaseando a Ihering– extiende “la fuerza vinculante bilateral de la norma” tanto a la totalidad de las autoridades estatales como a los ciudadanos en general, lo anterior en contraposición a toda forma de Estado de privilegios de viejo y nuevo cuño, por regla general afianzados en el principio de autoridad sin más que no encuentra sino en la reglamentación de sus procedimientos el único límite efectivo al ejercicio del poder.

En ese orden de ideas, la Constitución jurídica (Carrillo, 2015; Bellamy, 2010) transforma el poder desnudo, formalmente limitado, en un legítimo poder normativamente reglado y materialmente comprometido con valores y preceptos anclados en principios democráticos y la defensa de la dignidad

humana, esto solo es posible precisando no sólo los criterios formales de actuación y de competencia orgánica sino adicionando los aspectos sustanciales que deben ser asegurados, promovidos y privilegiados tanto en la actividad estatal como al interior de las relaciones entre particulares.

En ese orden de ideas, el Estado constitucional nace íntimamente ligado con la existencia de Constituciones rígidas (Guastini, 2003), con contenidos y fuerza normativa (Flórez, 2012a), así como con un diseño institucional en el que se prevé la existencia de órganos llamados a asegurar el respeto de su supremacía a partir del control de la actividad de los poderes públicos y la extensión de dichas garantías al interior de las relaciones entre los ciudadanos (Arango, 2004).

1.1. Hacia un Nuevo Paradigma I: El Estado Constitucional

La realidad normativa anteriormente descrita impactará al interior de las formas en las que son comprendido, teorizado y aplicado el derecho al interior de los Estados constitucionales, especialmente a partir de la segunda posguerra en Europa y América Latina (Flórez, 2013). Avanzando de un concepto restringido de Constitución, excesivamente abstracto y formal, típicamente asociado con una simple pieza lógico-sistemática, políticamente neutral y presente en cualquier tipo de Estado, de cualquier época y de cualquier signo y contenido (García, 1985, p. 43) hacia una visión mucho más concreta, material y actuante de Constitución.

Condicionada por la experiencia histórica de la posguerra, el texto constitucional es ahora entendido –siguiendo a García Enterría (1985)- como un instrumento jurídico y expresión histórica del principio de autodeterminación política comunitaria, un texto orientado tanto a la configuración y ordenación de los poderes del Estado, como al estableciendo de los límites al ejercicio del poder a partir de la definición de un contenido articulado con un conjunto de libertades y derechos fundamentales, así como con deberes objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad.

En todos esos contenidos la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos, como a los ciudadanos (García, 1985, p. 47).

El concepto de Constitución es un concepto dinámico (Mercado, 2008), supeditado no sólo a los presupuestos conceptuales desde donde se le aborde,

sino fundamentalmente a las realidades políticas de los Estados que exigen del derecho constitucional, por una parte, nuevas y renovadas formas de establecer límites al poder, y por otra parte, creando garantías sustanciales y procedimentales para los asociados. Hablar de Constitución en la actualidad, implica a hablar en la mayoría de los casos, de documentos con fuerza y contenido normativo, que establecen los diseños institucionales de los Estados y a su vez consagran garantías y libertades para sus asociados.

Esto nos lleva a afirmar, que la transformación del concepto de Constitución implica a su vez el desarrollo evolutivo del concepto de Estado de Derecho, en esto radica la importancia de la noción de Estado Constitucional (Flórez, 2010a), dado que solo es al interior de esta realidad político-normativa encarnada donde es posible reconocer la problemática propia de la expansión de las garantías constitucionales sobre el ordenamiento jurídico. Está demás señalar que una concepción puramente competencial u orgánica de Constitución, carente de contenidos dogmáticos con fuerza normativa como los que se encuentran en las cartas de derechos del siglo XVIII, difícilmente cuenta con las condiciones objetivas e institucionales para el afianzamiento de un proceso de irradiación constitucional efectivo.

En ese sentido, el proceso de constitucionalización del derecho es uno de los principales efectos que sobre la legislación ordinaria se deriva del concepto de constitución rígida y material que es propia del Estado Constitucional, tal como se dijo anteriormente, es éste el contexto institucional, político y jurídico-normativo que posibilita el desarrollo del principalismo constitucional y el control jurisdiccional con arreglo a contenidos en aras de asegurar la supremacía constitucional, ambas condiciones necesarias para la consolidación del fenómeno objeto de análisis en el presente texto.

En este punto conviene detenerse en la comprensión detallada de lo que entendemos por Estado Constitucional, para luego entrar a analizar con mayor detenimiento el contenido material propio del concepto de Constitución adscrito a este modelo estatal. En ese orden de ideas, ¿cuáles son los rasgos fundamentales del Estado Constitucional? podemos afirmar que el Estado Constitucional de Derecho supone una modificación evolutiva del modelo de Estado de Derecho clásico, conservando algunos de sus rasgos, pero agregando y modificando parcialmente otros.

A la luz de lo expuesto por Comanducci (2010), el rasgo de mayor relevancia jurídica que incorpora el Estado Constitucional es la cualificación del principio

de legalidad, en el entendido que el mismo involucra no sólo la clásica dimensión *per lege* ampliamente afianzada por el constitucionalismo del siglo XVIII y XIX, sino también una dimensión *sub lege* que sin lugar a dudas redefinirá algunas de las instituciones, modelos de competencia y sistemas de fuentes propias de modelos estatales previos.

Así pues, el Estado Constitucional es un modelo estatal que desde el principio de legalidad incorpora la dimensión *per lege* en el entendido de que actúa a través de leyes generales –que se dirigen a clases de ciudadanos- y abstractas – que regulan clases de casos.

La generalidad es una característica que se opone a los privilegios y asegura la igualdad formal ante la ley. La abstracción es una característica que se opone a la retroactividad de la ley y asegura cierto grado de estabilidad y certeza del Derecho, así como cierto grado de previsibilidad de las decisiones judiciales. Estos rasgos ya estaban presentes en el modelo de Estado de Derecho decimonónico (Comanducci, 2010, p. 47).

Por otra parte, el principio de legalidad en el Estado Constitucional trabaja igualmente bajo una dimensión *sub lege* en un doble sentido,

a.) Porque, en el plano formal todo poder se encuentra subordinado a leyes generales y abstractas que lo disciplinan, cuya observancia está controlada por jueces independientes (el tribunal constitucional para las leyes; los jueces ordinarios para las sentencias; los tribunales administrativos o los jueces ordinarios para los actos de la administración);

b.) Porque, en el plano sustancial, todos los poderes están al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos (en la constitución hay obligaciones de los órganos públicos correspondientes a los derechos fundamentales; los ciudadanos tienen el derecho de activar la tutela judicial de sus derechos).

Un Estado *sub lege*, en el plano sustancial, es un Estado donde tiene vigencia el principio de legitimidad (es decir, el principio de legalidad en sentido sustancial): todos los actos normativos, incluso las leyes, deben conformarse al contenido de los derechos fundamentales (Comanducci, 2010, p. 47).

Para Luigi Ferrajoli (2001, p.31) bajo la expresión “Estado de Derecho” se pueden significar dos cosas diferentes, razón por la cual conviene entrar a

distinguir con rigor cada uno de sus sentidos, el primero de ellos entiende la idea de Estado de Derecho desde un sentido lato, débil o formal, con el cual designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos.

En este sentido, correspondiente al uso alemán del término *Rechtsstaat*, son estados de derecho todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluso los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal. Por otra parte, en un segundo sentido que podríamos denominar fuerte o sustancial, Estado de Derecho designa, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos.

Bajo ese entendido, Ferrajoli (2001, p.31) sostiene que estas dos acepciones corresponden a dos modelos normativos diferentes. El primero denominado “modelo paleo-iuspositivista” propio del Estado legislativo de Derecho (o Estado Legal), el cual tiene su nacimiento con el surgimiento de los Estado Nación en la Europa del siglo XVIII y que se fundamenta especialmente en el monopolio de la producción jurídica.

El segundo modelo, es denominado por Ferrajoli como modelo neo-iuspositivista propio del Estado Constitucional de Derecho (o Estado Constitucional) que tiene como origen la crisis de la democracia representativa y los nuevos desafíos que a la concepción clásica de control institucional del poder suscitó la segunda posguerra, este modelo de Estado nace a partir de la subordinación del principio de legalidad a constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez (Ferrajoli, 2001, p.34).

Esta situación supuso tres alteraciones identificables en el tránsito del Estado legislativo de Derecho al Estado Constitucional de Derecho. Al respecto señala Ferrajoli (2001):

Ante todo, cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. La existencia (o vigencia) de las normas, que en el paradigma paleo-iuspositivista se había disociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida y por consiguiente vigente, sea sustancialmente

inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales.

Cambia, en segundo lugar, el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, a la que la posible divergencia entre constitución y legislación confiere un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino crítico y proyectivo en relación con su propio objeto. En efecto, en el estado constitucional de derecho la constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa, sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas.

Paralelamente, se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto, también, un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional. De aquí se deriva, tanto para la cultura jurídica como para la jurisdicción, una dimensión pragmática y una responsabilidad cívica, desconocidas para la razón jurídica propia del viejo iuspositivismo formalista: el señalamiento de las antinomias y las lagunas, y la promoción de su superación por medio de las garantías existentes, o la proyección de las garantías que falten (Ferrajoli, 2001, p. 34).

Sin embargo, podemos identificar un cuarto cambio tributario del tránsito hacia modelo de constitucionalismo actualmente vigente. Me refiero a la subordinación del derecho a legislado a los principios constitucionales, lo cual equivale a incorporar una dimensión sustancial, no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza misma de la democracia, para la cual los derechos fundamentales incorporados en las Constituciones rígidas representan un límite, a la vez que la complementan en tanto insumo para la convivencia comunitaria y la participación política.

Al respecto, Ferrajoli agrega que los mismos pueden ser pensados como un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos. Y por otra parte la completa porque estas mismas prohibiciones y obligaciones se configuran como otras tantas garantías de los derechos de todos, frente a los abusos de tales poderes que —como la experiencia enseña— podrían de otro modo arrollar, junto con los derechos, al propio método

democrático (Ferrajoli, 2001, p. 35).

1.2. Hacia un Nuevo Paradigma II: Implicaciones institucionales de la Dimensión Material de la Constitución Rígida

Estas garantías y libertades que constituyen criterios sustanciales o materiales de la validez jurídica –entendidas como derechos fundamentales (Alexy, 1997; Flórez, 2012b & Bernal, 2005; 2014) - son, en principio, experimentados al interior del Estado Constitucional como límites materiales al poder público, es decir marcos que determinan el ejercicio de cada una de las ramas del poder estatal y sus respectivos órganos, en ese orden de ideas, los procesos y decisiones propios de la administración pública, la legislación y la aplicación del derecho encuentran bajo la idea de derechos fundamentales, situaciones normativas prevalentes que deben ser necesariamente respetadas, so pena de quedar carente de validez jurídica previo control concreto o abstracto de constitucionalidad.

Sin embargo, esta eficacia de los derechos fundamentales al interior de la actividad del Estado viene acompañada también de un segundo tipo de efecto, se trata de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, la cual se encuentra orientada a asegurar la prevalencia de estos al interior de las relaciones entre particulares.

Una notable característica de este concepto de Constitución cualificado con un contenido normativo compuesto por catálogos de derechos fundamentales, es que incorpora instrumentos e instituciones llamados a asegurar su prevalencia y el respeto de estas garantías, nos referimos a acciones judiciales y tribunales o cortes constitucionales que mediante su actividad jurisdiccional entran a redefinir no solo el respeto del principio de supremacía constitucional, sino también los sistemas de fuentes tradicionales del Estado de Derecho decimonónico, la comprensión de los sistemas frenos y contrapesos, los límites de la participación democrática y especialmente la construcción puramente legislativa del derecho.

Ala luz de lo expuesto se entiende que bajo el modelo de Estado Constitucional el legislador pierde la omnipotencia que ostentaba en modelos estatales previos, esta situación viene acompañada del deber u obligación positiva en cabeza del Estado de implementar algunos tipos de derechos fundamentales. Una de las dimensiones explicativas propias del Estado Constitucional es justamente la asociada con el proceso de constitucionalización del derecho, término con el que se designa estrategias preponderantemente judiciales orientadas a “saturar” la

formulación, interpretación y aplicación del derecho a la luz de las dogmáticas de los derechos fundamentales

Un derecho constitucionalizado –siguiendo a Comanducci (2010, p. 48)- se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los compartimientos de los actores políticos. Se trata además de un concepto gradual: un derecho puede ser más o menos constitucionalizado en conformidad a las necesidades de intervención atendiendo a criterios tales como asimetría material de los sujetos que entablan la relación jurídica y los derechos fundamentales comprometidos en el área dogmática específica.

La constitucionalización del derecho surge a partir de la sujeción de todas las autoridades a los principios, derechos y deberes constitucionales, según el profesor Arango dicho fenómeno se expresa de diferentes maneras:

La apropiación de los derechos fundamentales por la población en general, el establecimiento de acciones constitucionales para la protección de derechos –acción de tutela, de cumplimiento, de grupo, pública de inconstitucionalidad-, la adopción de diversos mecanismos de participación política. La constitucionalización del derecho se hace igualmente perceptible en el deber de respeto de los contenidos constitucionales por parte de los jueces ordinarios en el ejercicio de su jurisdicción, hasta el extremo de ser pasibles de la acción de tutela cuando sus decisiones, por incurrir en actuaciones arbitrarias, se convierten en vías de hecho que lesionan derechos fundamentales de las partes (Arango, 2004, p. 229).

En escenarios previos al modelo del Estado Constitucional, las problemáticas asociadas con la relaciones entre el texto constitucional y el derecho ordinario serían superadas a partir del criterio de autoridad del órgano encargado de resolver el conflicto competencial en el marco del diseño institucional vigente, en la actualidad, por el contrario, dicha discusión va más allá del argumento competencial y pasa por razones de tipo político, moral e incluso filosófico (Carrillo, 2009), asumiendo criterios materiales de garantías y el compromiso abierto con valores y principios que regulan especialmente los órganos encargados de la defensa constitucional.

Esta situación se problematiza aún más ante la naturaleza principialística de los derechos fundamentales, por tal razón, en el siguiente aparte precisaremos un

concepto de derechos fundamental que nos permita comprender de forma más cabal los diferentes mecanismos mediante los cuales la garantía jurisdiccional de los mismos condiciona los procesos de producción, interpretación y aplicación del derecho.

2. ¿Qué Son Los Derechos Fundamentales? Constitución, Principios Jurídicos Y Mandatos De Optimización

A la luz de lo expuesto hasta el momento, es posible afirmar que existe una estrecha relación tanto histórica como conceptual entre los conceptos de rigidez constitucional, contenido material de la Constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad. La convergencia de todas estas condiciones al interior de un mismo diseño constitucional parecer ser una de las grandes particularidades del constitucionalismo normativo contemporáneo, a la vez que funge como presupuesto a nivel político para una verdadera y sólida democracia sustantiva vinculada al modelo de Estado Constitucional. Este hecho permite afirmar – junto a Gloria Lopera (2004)- que para que un Estado merezca el calificativo de “constitucional” es preciso que cuente con una auténtica Constitución normativa, esta idea ya venía siendo preconizada por Konrad Hesse (1983), cuando proponía rescatar la fuerza normativa de la Constitución con ocasión a la crisis política y jurídica que comprometía las bases del modelo estatal decimonónico, Hesse (1983) reconocía la fuerza normativa de la Constitución como una dimensión orientada a la posibilidad de construir puentes entre la norma y la realidad constitucional, lo anterior en atención a la necesidad de optimizar las condiciones para su efectiva realización.

Esta pretensión hace que su propuesta cobre especial importancia explicativa en el actual contexto, dado que aquello que Hesse (1983) llamaba un proceso de “coordinación correlativa”, a través del cual el ser constitucional y el deber ser constitucional se condicionaban recíprocamente a partir de una relación dialógica, se constituye en el principal logro del constitucionalismo contemporáneo. El mismo viene enriquecido por el principalismo y las diferentes estrategias de intervención judicial que contribuyen en la construcción de puentes que posibilitan un texto constitucional viviente y en permanente actualización, lo cual repercute en la vigencia normativa del mismo ante los desafíos políticos, económicos y culturales propios de los contextos sociales actuales. Retomando lo planteado por Hesse (1983), conviene anotar que

La constitución jurídica no es de ninguna manera el trozo de papel como la calificó Lasalle en cierto momento; la constitución no es radicalmente

‘incapaz de controlar efectivamente el reparto del poder político’ como nos enseñó Georg Jellinek y como aún nos quisiera hacer creer un naturalismo y un sociologismo sedicentemente escéptico. La constitución no es independiente de las circunstancias históricas concretas de su tiempo. Pero tampoco es pura y simplemente dependiente de ellas. Y en caso de conflicto entre la realidad histórica y el contenido de sus normas no tiene que ser necesariamente la más débil.

Existen, por el contrario, presupuestos realizables bajo los cuales la constitución jurídica puede mantener su fuerza normativa en caso de conflicto. Sólo cuando estos presupuestos no se atienden devienen las cuestiones constitucionales cuestiones de poder (Hesse, 1983, p. 71).

De lo anterior se colinda la necesidad de avanzar en un concepto de Constitución que permita comprender el lugar jurídico de las garantías y libertades en ella incorporadas y sobretodo la forma en la que las mismas se desarrollan ante la garantía jurisdiccional de su supremacía. Constitución rígida y control de constitucionalidad son las condiciones sine quanon para que el efecto irradiador de los derechos fundamentales se consolide como proceso de constitucionalización del derecho al interior del Estado Constitucional.

En ese orden de ideas, para una comprensión cabal de la naturaleza de los Derechos Fundamentales al interior de la Constituciones contemporáneas, es necesario inicialmente explorar la evolución de los diferentes conceptos de Constitución, que permita identificar las particularidades que el Constitucionalismo Principialista supone a la hora de incorporar normativamente el horizonte axiológico concreto que suponen los valores y principios constitucionales, elementos hasta el momento extraños en los procesos de adjudicación judicial, típicamente cimentado bajo el modelo de reglas propio del derecho legislado.

Esto permitirá, de igual forma, superar una serie de debates en torno a la justificación de los mismo y la naturaleza política de las prestaciones iusfundamentales, debates que en buena medida vienen determinados por una configuración no compartida del objeto “Constitución”, dificultad acrecentada por el hecho de que todo concepto de Constitución tiende a incorpora aspectos ideológicos y metodológicos abiertamente disimiles.

Por tal razón, es necesario seguir avanzando de lo general a lo concreto, ya habiendo expuesto los rasgos generales del Estado Constitucional, analizaremos

los diferentes conceptos de Constitución que posibilitaron el surgimiento y desarrollo del constitucionalismo contemporáneo, para luego, entrar a abordar analíticamente la dogmática de los derechos fundamentales, en tanto contenido normativo objeto de irradiación constitucional que se realiza sobre los ordenamientos jurídicos.

2.1. ¿Qué es la Constitución? El Modelo de la Constitución como Orden y el Modelo de la Constitución como Norma

Como es bien conocido la idea de Constitución es mucho más antigua que su concepto -comenta Manuel Aragón Reyes (2007, p. 29) este último será desarrollado en los modelos estatales productos de la independencia norteamericana y la revolución francesa y a partir de ahí emprenderán un desarrollo que ha traído una multiplicidad de debates doctrinales en torno a las características, naturaleza y especificidad del texto constitucional en relación a otros tipos de normatividad jurídica.

Sin embargo, -siguiendo a Aragón- en la actualidad la única discusión rigurosa que sobre la Constitución se sostiene aún, es la que enfrente a los partidarios de la Constitución como norma abierta y a los partidarios de la Constitución como sistema de valores, o hablando en términos de interpretación constitucional, la que enfrenta a los defensores del “originalísimo” y el “no-originalísimo” en los Estados Unidos o la que enfrentó a los partidarios del método hermenéutico clásico (representados casi exclusivamente por Forsthoff) y a los partidarios de los métodos “modernos” de interpretación (prácticamente todos los demás constitucionalistas alemanes).

De manera muy resumida podría decirse que, realmente, aceptado hoy, sin contradictores de relieve, el significado y valor jurídico de la Constitución, la única discusión que aún sigue existiendo es la que se apoya, de un lado, en las raíces (bien sólidas y fecundas, por cierto) del pensamiento kelseniano y, de otro, en los postulados (de difícil refutación radical, por cierto) de la llamada “jurisprudencia de valores”. Lo que ya resulta hoy como un lugar común es el pensamiento jurídico (y político) más solvente, es que la Constitución es norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicable, que garantiza la limitación del poder para asegurar que éste, en cuanto que deriva del pueblo, no se imponga inexorablemente sobre la condición libre de los propios ciudadanos. Es decir, la Constitución no es otra cosa que la juridificación de la democracia, y así debe ser entendida (Aragón, 2007, p.32).

Paolo Comanducci afirma que el vocablo “Constitución” se emplea en el ámbito jurídico con más de un significado, o, dicho de otro modo, existen una pluralidad de conceptos de Constitución que cobran mayor relevancia al interior de debates asociados con la especificidad de la interpretación constitucional, los límites constitucionales a la democracia, el rol político de los tribunales y cortes constitucionales, por solo mencionar algunos ejemplos. Por tal razón, es necesario avanzar en la clarificación del concepto de Constitución, para así reducir en lo posible la ambigüedad propia del término.

En la actualidad pueden distinguirse al menos dos modelos compuestos cada uno por dos sub-modelos, sencillos, casi elementales, notablemente simplificadores respecto a la complejidad de los conceptos de Constitución que, desde el siglo XVIII hasta hoy, han circulado por la cultura jurídica (Comanducci, 2010, p. 117). Podríamos –siguiendo a Comanducci– denominar a los dos primeros como “modelos de la constitución como orden” y al tercero y cuarto “modelos de la constitución como norma”.

El primer sub-modelo de constitución adscrito a la idea de la constitución como orden, podría ser calificado como axiológico. La Constitución es entendida aquí como un conjunto de fenómenos sociales que en su conjunto y dentro de la esfera jurídico-política, aparecen dotados del máximo valor intrínseco o se presenta como generadores de normas. Como se infiere de lo expuesto hasta el momento, el sub-modelo de Constitución como orden axiológico, no hace alusión directa a las normas constitucionales sino que designa una estructura de la sociedad y/o del Estado.

El segundo sub-modelo de constitución adscrito al modelo de constitución como orden, podría ser denominado como sub-modelo descriptivo de la Constitución. Para éste la Constitución designa una situación estable para un tiempo determinado de las relaciones de poder, sociales y políticas, también podría afirmarse que dicho sub-modelo describe los elementos más relevantes del sistema social y/o político equilibrados momentáneamente por un acuerdo de voluntades.

Dentro del modelo de la Constitución como norma, tenemos un primer sub-modelo de Constitución denominado como descriptivo de la Constitución entendida como norma. Al interior de éste, la Constitución designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, consuetudinarias o expresadas en un documento que, con respecto a las otras reglas jurídicas,

son fundamentales, entendiendo por fundamentales el carácter fundante de las mismas en relación con el ordenamiento jurídico.

El cuarto sub-modelo se refiere al modelo axiológico de la Constitución como norma, para el cual –nos precisa Comanducci- la Constitución designa un conjunto de reglas jurídicas, consuetudinarias o expresadas en un documento que, con respecto a las otras reglas jurídicas son fundamentales, hasta aquí se mantiene la definición precedente, dado que este sub-modelo incorpora también un valor específico a los contenidos constitucionales, por tanto la Constitución aparece cargada con un valor intrínseco, siendo un valor en sí misma.

En la siguiente tabla se podrá evidenciar de forma más clara las distintas acepciones del concepto de Constitución a la luz de lo expuesto hasta el momento.

Tabla 1.

Excepciones del concepto de constitucionalización.

	Constitución como Orden	Constitución como Norma
Axiológico	(1) La Constitución es un orden dotado de valor y productor de normas por sí mismo. Un ejemplo de este concepto se encuentra en la idea de “concepto positivo” de Constitución de Schmitt, así como en las ideas constitucionales de fines del siglo XVIII defendidas por filósofos tradicionalistas y contrarrevolucionarios tales como Burke y De Maistre	(4) Es el modelo más reciente, se afianza después de la segunda posguerra y se encuentra ligado con la actuación de diferentes Cortes y Tribunales constitucionales en Europa. Dicha concepción para de una idea de Constitución que goza de una dimensión normativa y a su vez deseable o valorativamente positiva. Es sostenido por Alexy, Nino, Habermas y Dworkin entre otros
Descriptivo	(2) Identifican la Constitución con la estructura fundamental de la sociedad y se tienden a alimentar de marcos disciplinares próximos al campo de la sociología y la ciencia política. Habitualmente tal empleo aparece asociado con el uso de Constitución en el sentido de norma, y se presenta cuando se hacen saltos de un concepto normativo a uno sociopolítico de Constitución. Como ejemplo de este tipo de ejercicio tenemos a Zagrebelsky y Troper.	(3) Circunscribe las concepciones que identifican la constitución con un texto normativo específico, de tal modo que se habla de concepto documental de Constitución. Este modelo nace a partir de las revoluciones americana y francesa y se difunde después entre liberales y demócratas del siglo XIX y XX. Adscrito a este modelo encontramos la concepción de Constitución de Hans Kelsen.

Fuente: *Elaboración Propia.*

Conviene en este punto que nos detengamos en las particularidades del cuarto sub-modelo de Constitución (Modelo Axiológico de la Constitución como Norma), dado que será la base para la comprensión del lugar jurídico y político de los derechos fundamentales, en tanto contenido material de los textos constitucionales. Al respecto señala Comanducci que para esta concepción la Constitución se distingue de otros documentos normativos, tales como la ley, en razón a (Comanducci, 2007, p.23):

- a. La Constitución se sitúa en el vértice de la jerarquía de las fuentes y, además, modifica cualitativamente esa jerarquía. El “legicentrismo” del modelo estatal francés es sustituido por la omnipresencia de la constitución, que informa por sí misma a todo el sistema: por ejemplo, toda la legislación es entendida como actuación de la constitución y se interpreta a la luz de la constitución. Ya no resulta posible concebir los sistemas jurídicos como sistemas exclusivamente dinámicos: se entienden más bien como sistemas estáticos.
- b. La constitución es un conjunto de normas (como en el tercer modelo). Sin embargo, no sólo contiene reglas, sino también principios, que son los que la caracterizan. Esos principios no son formulados necesariamente de modo expreso y pueden ser reconstruidos tanto a partir del texto como prescindiendo de él.
- c. La constitución tiene una relación especial con la democracia, en un doble sentido: c1.) hay una conexión necesaria entre (una concepción de la) democracia –la democracia como isonomía- y (el cuarto modelo de) constitución (no puede haber constitución sin democracia, ni democracia sin constitución); y c2.) la constitución funciona necesariamente como límite de la democracia entendida como regla de la mayoría.
- d. La constitución funciona como puente entre el Derecho y la moral (o la política), ya que abre el sistema jurídico a consideraciones de tipo moral en un doble sentido: d1.) los principios constitucionales son principios morales positivizados; y d2.) la justificación en el ámbito jurídico (sobre todo la justificación de la interpretación) no puede dejar de recurrir a principios morales.
- e. La aplicación de la constitución, a diferencia de la de la ley, no puede hacerse por el método de subsunción, sino que, precisamente por la presencia de los principios, debe realizarse generalmente por medio del método de la

ponderación (Comanducci, 2007, p. 23).

Tal como se logra evidenciar, cada concepto de Constitución incorpora bien sea de forma explícita o de forma implícita, una visión de democracia y sociedad que dota de sentido sus márgenes, naturaleza y alcance. En ese orden de ideas, el concepto de Constitución propio del constitucionalismo de la segunda posguerra nace íntimamente ligado con una concepción de democracia sustantiva y una lectura del Estado soportada bajo el respeto de la dignidad humana y el compromiso abierto con los procesos reglados de participación ciudadana.

El contenido material que alimenta los textos constitucionales en mención con la denominación de derechos fundamentales, han sido pensados bajo la lógica de brindar las condiciones materiales necesarias en términos de deberes positivos y libertades negativas, para el desarrollo digno de la persona al interior de la sociedad y en el marco de la democracia, por tal razón los mismos se plantea en términos de mandatos de optimización, es decir, como máximas que direccionan la actividad estatal hacia un norte que asegure la profundización progresiva de las garantías iusfundamentales. En el siguiente aparte, analizaremos más en detalle la naturaleza de los derechos fundamentales y de esa forma comprenderemos los alcances normativos de la dimensión material que le es propia al concepto de Constitución adscrito al Estado Constitucional.

2.2. Las Dimensiones y Construcciones Teóricas de los Derechos Fundamentales

Frente a la noción de los Derecho Fundamentales, el jurista alemán Robert Alexy (2005) distingue tres dimensiones de análisis. La primera de estas dimensiones la podríamos denominar “dimensión filosófica” de los derechos fundamentales, es la concerniente al contenido de estos y su fundamentación; la segunda dimensión atañe a su institucionalización al interior del sistema jurídico, esta dimensión la podríamos denominar “dimensión política”; y finalmente tenemos la referente a su interpretación, esta última dimensión hermenéutica la denominaremos, “dimensión jurídica” de los Derechos Fundamentales. Sin embargo, resulta difícil entender como algo puede sustanciarse, institucionalizarse e interpretarse sin tener plena claridad de qué es aquello que ha de ser respaldado por razones, transformado en realidad o vivificado mediante la práctica interpretativa (Alexy, 2005), por tal razón el primer paso al interior del estudio de los Derechos Fundamentales es construir una noción que permita definir sus contornos y precisar sus contenidos.

Con relación a la clasificación de las construcciones teóricas orientadas a definir los Derechos Fundamentales, Alexy (2005) identifica dos grandes grupos: La construcción cerrada y estricta, por un lado, y la amplia y comprensiva, por el otro. La primera de estas construcciones puede denominarse “construcción como regla”, mientras que la segunda puede llamarse “construcción de principios”. Sin embargo, es importante señalar que ninguna de las construcciones puede desarrollarse de forma pura, a pesar de que representan diferentes tendencias en lo concerniente a los límites de la interpretación judicial en los Estados Contemporáneos y las tensiones implícitas entre Derechos y Democracia.

Según la construcción cerrada y estricta, las normas que confieren derechos fundamentales no se distinguen esencialmente de otras normas del sistema jurídico. Obviamente, al ser normas constitucionales se encuentran en un nivel jerárquico privilegiado con relación al resto de normas que conforman el ordenamiento, y su objeto son por lo tanto derechos muy importantes que se encuentran formulados de manera abstracta.

No obstante, según la construcción de reglas, ninguno de los rasgos señalados constituye una diferencia verdaderamente significativa o fundamental como para distinguir o privilegiar un proceso hermenéutico constitucional frente a uno legal. Esta posición en el mundo de habla hispana la viene desarrollando entre otros Juan Antonio García Amado. Para este autor español, las normas constitucionales (Derechos Fundamentales) son reglas jurídicas y son aplicables del mismo modo que las demás. Su característica distintiva es que protegen ciertas posiciones de los individuos frente al Estado abstractamente descritas.

Por otra parte, los derechos fundamentales también pueden ser entendidos como principios, para Alexy la noción de principio se concibe como un mandato de optimización, es decir, una disposición que ordena que algo se realice en la mayor medida posible atendiendo a las condiciones fácticas y jurídicas del caso. A diferencia de las reglas que deben ser cumplidas bajo la forma de todo o nada, los principios pueden ser cumplidos de forma gradual y de esa forma asegurar las garantías de dos principios que en determinado caso estén en confrontación (colisión).

Los principios –señala Carrillo (2015, p. 14)- no contiene mandatos definitivos, ni exige un cumplimiento pleno de lo que ordenan, como las reglas que solo pueden ser cumplidas o no cumplidas. En el caso de las reglas, se da un supuesto de hecho que cae dentro de una de ellas, y esta se considera válida, se aplica; de lo contrario no se aplica; los principios, como ya se dijo, pueden ser

cumplidos de manera gradual; de allí su carácter de *prima facie*. Analicemos esta lectura de los derechos fundamentales como principios a partir de un caso concreto, el Caso Lüth.

2.3. El Caso Lüth: Constitucionalización y Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales en Alemania

Por su parte, la construcción comprensiva u holística entiende –en contra posición al modelo de construcción de derechos fundamentales como reglas– que las normas que confieren derechos fundamentales no solo protegen posiciones de los individuos frente al Estado abstractamente descrita. Siguiendo a Alexy (2005), la función profunda de los derechos fundamentales se ubica en un marco más amplio. En el caso alemán, esa estructura amplia se presentó plenamente por primera vez en 1958, en la decisión del Tribunal Constitucional Federal en el caso Lüth.

En este caso –que constituye la principal referencia para comprender el fenómeno de la constitucionalización del derecho desde la dogmática constitucional continental– el señor Erich Lüth había pedido al público, a los dueños de salas de cine y a los distribuidores que boicotearan los filmes producidos por Veit Harlan después de 1945, arguyendo que se trataba del más prominente director de películas de la época nazi. Más particularmente, Lüth se refería a la película “*Jud Süß*”, película líder de propaganda antisemita. El Tribunal de Distrito de Hamburgo sostuvo que Lüth debía abstenerse de formular cualquier apelación para boicotear el nuevo film de Harlan “*Amante Inmortal*”. La razón presentada para esta decisión fue que llamar al boicot violaba el artículo 826 del Código Civil alemán, yendo en contra del orden público. Lüth interpuso un recurso de constitucionalidad contra esa decisión.

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania consideró que la llamada de Lüth al boicot de esa clase de filmes estaban protegidos *prima facie* por la libertad de expresión garantizada por el artículo 5° de la Ley Fundamental contiene tres cláusulas que limitan la libertad de expresión garantizada por el artículo 1°. La primera de estas restricciones es la cláusula de “*Ley General*”.

Al respecto, el Tribunal Constitucional sostuvo que el artículo 826 del Código Civil alemán aplicado por el Tribunal de Hamburgo era una ley general en el sentido de la primera cláusula limitante, la cláusula de “*Ley General*”. Es precisamente en este punto donde la dicotomía entre el sentido estricto y cerrado –es decir, la construcción de reglas– y el amplio y comprensivo –es decir,

la construcción de principios- entra en juego. Si seguimos la construcción de reglas, la tarea consistiría, simplemente, en contestar dos preguntas. La primera, si en realidad la apelación de boicot de Lüth es un caso para incluir bajo la libertad de expresión. A propósito, el Tribunal Constitucional dio una respuesta positiva, y yo considero que es correcto.

La segunda pregunta es si el artículo 826 del Código Civil alemán es aplicable al caso. Este es el supuesto en el cual la llamada al boicot sería contraria al orden público. El Tribunal de Hamburgo argumentó que ciertamente era contraria al orden público, ya que pretendía prevenir que Harlan resurgiera como creador representativo, a pesar de haber pasado por un proceso de “desnazificación”, y de que no había sido condenado en ningún procedimiento penal por haber cometido crímenes nazis. En tal caso, la llamada al boicot debería ser declarada –en el mismo sentido que el Tribunal de Hamburgo- como contraria a “las convicciones democráticas del derecho y la moral del pueblo alemán”.

El Tribunal Constitucional –continúa señalando Robert Alexy- sostuvo que hacer aisladamente las dos subsunciones anteriores no era suficiente, por lo que exigió que se llevara a cabo una ponderación o balanceo de los principios constitucionales en cuestión, en la que se indicaran las condiciones en las que las reglas de Derecho civil pueden limitar un Derecho constitucional. El resultado de esta ponderación fue que debe dársele prioridad al principio de libertad de expresión sobre las consideraciones constitucionales en conflicto. Se estableció que la cláusula “en contra del orden público” del artículo 826 debía ser interpretada de acuerdo con dicha prioridad. En otras palabras, la tesis de Lüth prevaleció.

La decisión en el caso Lüth relaciona tres ideas que han servido de manera fundamental para dar forma al Derecho constitucional alemán y a los desarrollos teóricos de Robert Alexy. La primera es que la garantía constitucional de los derechos individuales no es simplemente la garantía de los clásicos derechos de defensa de los ciudadanos frente al Estado. Citando al Tribunal Constitucional Federal, puede decirse que los derechos fundamentales substancian, “al mismo tiempo, un orden objetivo de valores”. Se ha discutido acerca de lo que pudo haber querido decir el Tribunal con “orden objetivo de valores”. Después el Tribunal simplemente habla de “los principios... expresados por los derechos fundamentales”. En esta misma línea, se podría decir que la idea básica del caso de Lüth es que los derechos fundamentales no sólo tienen el carácter de reglas, sino también de principios.

La segunda idea, estrechamente relacionada con la primera, es que los valores o principios encontrados en los derechos en los derechos fundamentales no son sólo aplicables a la relación entre individuo y Estado, sino “a todas las demás áreas del Derecho”. Gracias a esto se produjo un “efecto de irradiación” de derechos fundamentales a todo el sistema jurídico. Los derechos fundamentales se tornaron ubicuos. La tercera idea viene presupuestada por la estructura de los valores y de los principios. Tanto los valores como los principios tienden a entrar en conflicto. Un conflicto de principios sólo se puede resolver a través de la ponderación. Por lo tanto, la lección más importante de la decisión en el caso Lüth para el trabajo jurídico cotidiano es el siguiente: “una ponderación de intereses” se vuelve necesaria (Alexy, 2005, p.73).

2.4. Hacia una Dogmática de los Derechos Fundamentales

Desde la dogmática constitucional los Derechos Fundamentales pueden ser entendidos como “derechos subjetivos con un alto grado de importancia” al interior de un sistema jurídico determinado, los cuales supone una relación jurídica tan importante que es sacada o excluida del debate político parlamentario y protegida independientemente de las circunstancias de hecho o de derecho por las que atravesase determinado Estado; Robert Alexy (2005; 2003) en distintas ocasiones (Alexy, 2005; 2003) ha señalado que los Derechos Fundamentales son en últimas, la positivización constitucional de los Derechos Humanos, dejando claro de esta forma el contenido moral de los mismos y las difusas fronteras que separan la Filosofía Moral y Política de la Dogmática Constitucional.

En ese sentido, no es posible plantear el problema de la fundamentación o sustanciación de los Derechos Fundamentales sin que se planteen los mismos problemas respecto a los Derechos Humanos. Cuando hablamos de Derechos Fundamentales –comenta Alexy (2005, p.78)- entran en juego necesariamente tres tipos de conceptos: uno formal, uno sustancial y otro de naturaleza procedimental. Se utiliza un concepto formal cuando el derecho fundamental como un derecho contenido en la Constitución Política o en cierta parte de ella; si la Constitución clasifica dicho Derecho como Fundamental, o si la Constitución le otorga una protección especial.

Por otra parte, tenemos la idea de Derecho Fundamental desde la perspectiva sustancial, en este caso, el concepto de Derecho Fundamental debe incluir criterios que están por encima y que van más allá del hecho de que un derecho sea mencionado, recogido o garantizado en la Constitución. Carl Schmitt y

Ernest Forsthoff, estos autores sostienen que los Derechos Fundamentales son derechos de defensa del ciudadano contra el Estado. Ahora bien, para poder seguir a Schmitt y a Forsthoff en este punto, tendríamos que aceptar una concepción libertaria de los Derechos Fundamentales. Desde luego, tenemos buenas razones para incluir Derechos Libertarios en un concepto sustancial de los Derechos Fundamentales; sin embargo, también hay buenas razones para no restringir el concepto a este tipo de derechos.

El tercer concepto de Derechos Fundamental tiene un carácter procedimental. Este concepto refleja los problemas institucionales de la transformación de los Derechos Humanos en derecho positivo, a saber: la incorporación de Derechos Humanos en la Constitución y el sometimiento de toda autoridad del Estado al control de constitucionalidad supone limitar el poder del parlamento. En este orden de cosas, los Derechos Fundamentales son una manifestación de desconfianza en el proceso democrático, es decir, serían, al mismo tiempo, la base y la frontera de la democracia. En correspondencia con esta idea, habría un concepto procedimental de Derechos Fundamentales, sobre la base del cual se sostendría que los Derechos Fundamentales son tan importantes que la decisión de protegerlos no puede dejarse al arbitrio de las mayorías parlamentarias (Alexy, 2005, p.49).

Vemos entonces que la noción estructural de Derecho Fundamental se encuentra compuesta principalmente por dos categorías: Derecho Subjetivo e Importancia social. Por lo tanto, todo Derecho Fundamental de satisfacer las características propias de los derechos subjetivos y debe significar algún grado de importancia social inter-subjetivamente admitida. Al respecto Rodolfo Arango (2005) en su trabajo doctoral titulado “El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales”, aborda la problemática de la caracterización de los Derechos Fundamentales en la doctrinal internacional en los siguientes términos:

Según esta concepción de los derechos fundamentales, no existe ningún derecho fundamental que no sea al mismo tiempo un derecho subjetivo –es decir, que encuentre en la relación necesaria con por lo menos una norma jurídica, una obligación jurídica y una posición jurídica- y ostente un alto grado de importancia. Las características de la norma jurídica (M1), la obligación jurídica (M2) y la posición jurídica (M3) adquieren una cualidad especial en el caso de los derechos fundamentales. Como normas jurídicas (M1) vale sólo un tipo especial de normas, las normas de derechos fundamentales. Como obligaciones jurídicas (M2) sólo cuentan las obligaciones jurídicas fundamentales y como posiciones jurídicas (M3)

aquellas que sólo puedan ser obtenidas de las disposiciones de derechos fundamentales mediante una justificación jurídica fundamental correcta.

El grado de importancia del derecho (M4) encierra un juicio de valor que está ligado a una proposición normativa. Entre los juicios de valor (plano axiológico) y las proposiciones normativas (plano deontológico) existe una relación fundamental. Los juicios de valor que expresan el grado de importancia de un derecho fungen como razones para disposiciones de derechos fundamentales. La introducción de un juicio de valor como una característica conceptual de los derechos fundamentales abre la puerta hacia la problemática que en el plano de la discusión sobre derechos fundamentales toca el problema de la justificación de las valoraciones sobre derechos fundamentales (Arango, 2005, p. 33).

2.5. Los Derechos Fundamentales en tanto Mandatos de Optimización

Los derechos fundamentales concebidos como principios constituyen en la actualidad una teoría que goza de una importante aceptación tanto en la doctrina como en la práctica de tribunales y cortes constitucionales a lo largo del mundo. Una comprensión elemental de tal visión de las garantías iusfundamentales, no exige comprender la vinculación necesaria que existe entre los principios, entendidos como mandatos de optimización, y el juicio de proporcionalidad. Al respecto plantea Alexy (1997), “el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y ésta implica aquella” (p. 111). Esto implica que la máxima de proporcionalidad se deriva lógicamente de la naturaleza principalistas de los derechos fundamentales, pero que a su vez ésta máxima define lo que podemos entender por “optimización”.

La máxima de proporcionalidad nos plantea Alexy insistentemente se encuentra compuesta por los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los dos primeros se derivan de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas, mientras que el tercer orienta la optimización con relación a las posibilidades jurídicas:

Para ver con mayor claridad esta implicación, examinemos cómo funciona la máxima de proporcionalidad cuando se trata de optimizar dos principios que entran en colisión como resultado de una intervención legislativa (M1) que, con el fin de proteger un derecho fundamental o un bien colectivo expresado en el principio P1 impone una restricción al derecho fundamental contenido en el principio P2. A través del examen

de adecuación se lleva a cabo una selección de los medios idóneos para satisfacer P1, lo que constituye el primer paso necesario para establecer lo que ordena tal principio con relación a las posibilidades fácticas. El juicio de adecuación se orienta, por tanto, a determinar si, en el supuesto que se examina, M1 constituye un medio idóneo para satisfacer P1.

El segundo paso consiste en el examen de necesidad, donde se verifica que entre diversos medios igualmente idóneos (M1–M2) para satisfacer P1 sea escogido el que resulte más benigno con relación P2. Consideremos dos supuestos:

1) Si tanto M1 como M2 resultan igualmente idóneos con relación a P1 (P1: M1 = M2), pero M2 afecta menos intensamente que M1 al principio P2 o, dicho de otro modo, P2 puede ser realizado en mayor medida si se elige M2 y no M1 (P2: M1 < M2), entonces desde el punto de vista de la optimización de ambos principios con respecto a las posibilidades fácticas sólo M2 está permitido y M1 está prohibido.

2) Pero si, además de ser igualmente idóneos para satisfacer P1, desde la perspectiva de P2, tanto M1 como M2 resultaran ser igualmente restrictivos (P2: M1 = M2), entonces ambos medios estarían permitidos, lo que en este caso llevaría a considerar que la opción legislativa a favor de M1 representa una adecuada optimización de los principios en juego con relación a las posibilidades fácticas.

A su vez, el juicio de *proporcionalidad en sentido estricto* expresa lo que significa la optimización en relación con las posibilidades jurídicas, es decir, respecto a los principios que juegan en sentido contrario. Aquí el criterio lo suministra la ley de la ponderación, según la cual: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. De él se sigue que la ponderación, aplicada a nuestro ejemplo, puede dividirse en tres pasos que consisten en: 1) definir el grado de la no satisfacción o afectación de P2; 2) definir la importancia de la satisfacción del principio contrario (P1); 3) definir si la importancia de la satisfacción de P1 justifica la afectación o no satisfacción de P2. Los resultados de esta ponderación se expresan mediante una regla cuya estructura responde a la llamada *ley de la colisión* que establece lo siguiente: “las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente” (Lopera, 2008, p. 214).

A juicio del profesor Robert Alexy, los derechos fundamentales tienen la forma de principios jurídicos, señalando que la diferencia fundamental entre las reglas y los principios es justamente que estos últimos representan mandatos de optimización, o lo que es lo mismo, constituyen “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídica y reales existentes” (Alexy, 1997, p. 86). Por tal razón, sobre la idea de optimización recae el argumento central de la separación entre principios y reglas, una distinción cualitativa más que gradual que permite que Alexy afirme: “toda norma es o bien una regla o un principio” (Alexy, 1997, p. 87). Finalmente podríamos anotar, siguiendo a Lopera (2008) que dicha concepción, goza de cuatro características fundamentales:

1. **Graduabilidad:** Los principios ordenan que algo se realice “en la mayor medida posible”. Esto sugiere la posibilidad de un mayor o menor grado de satisfacción del principio dentro de los márgenes que determinan ciertas posibilidades jurídicas y fácticas. Por el contrario, las reglas no admitirían gradación alguna en su cumplimiento, en tanto determinan una medida exacta de satisfacción.
2. **Optimización:** Afirmar que el cumplimiento de los principios debe tener lugar “en la mayor medida posible”, implica que para establecer si el principio ha sido cumplido en cada caso no basta con acreditar un grado de satisfacción cualquiera, sino el más alto posible debido a las circunstancias fácticas y jurídicas.
3. **Deber ser ideal:** El mandato de optimización que incorporan los principios cobra sentido desde la perspectiva de un “deber ser ideal” (ideales Sollen) que marca el horizonte normativo al que debe tender su aplicación, pero en cuya formulación aún no han sido consideradas las circunstancias fácticas (posibilidades reales) y jurídicas (presencia de otras normas en colisión) que condicionan su aplicación. Precisamente en no incorporar dichas condiciones radica su connotación de deber ser “ideal”. Así, en uno de sus primeros trabajos sobre el tema de los principios señala Alexy que, en lugar de mandatos de optimización, podría hablarse también de “deber ser ideal” (ideales Sollen) entendido, en un sentido general y débil, como “todo deber que no presupone que lo debido sea posible jurídica y fácticamente en su totalidad, y por ello exige sólo un cumplimiento aproximativo o en la mayor medida posible”. Por el contrario, las reglas, al establecer determinaciones referidas a las posibilidades jurídicas y fácticas, serían portadoras de un “deber ser definitivo o real”. Esta

propiedad de los principios permitiría explicar el carácter *prima facie* de los mandatos que imponen al igual que su peculiar comportamiento en caso de colisión.

4. Carácter *prima facie*: El mandato que incorporan los principios no es definitivo sino sólo *prima facie*. Sólo alcanzan a ser mandatos definitivos una vez que, consideradas todas las circunstancias, se establece la medida ordenada de su satisfacción en cada caso, mediante la aplicación de la máxima de proporcionalidad. No obstante, la cualidad *prima facie* no es exclusiva de los principios, pues también las reglas pueden llegar a perder de su carácter definitivo y adoptar un carácter *prima facie*, si bien diferente al de los principios, pues el de aquellas tendría una mayor fuerza derivada, no sólo del principio sustancial que fundamenta la regla, sino del respaldo que les confiere el principio formal que ordena seguir las determinaciones normativas impuestas por una autoridad legítima (Lopera, 2008, p.217).

2.5.1. Hacia una Justificación de los Derechos Fundamentales

Sin lugar a duda, se debe distinguir entre la justificación filosófica y la justificación jurídica de los derechos fundamentales, en la medida en que frente a la pregunta qué derechos pueden ser tan importantes como para considerarlos inherentes a las personas, ¿al punto en que su reconocimiento no puede dejarse sujeto a la libre disposición de la dinámica política? Se pueden aducir una multiplicidad de argumentaciones y tesis filosóficas, sin embargo, en una dimensión normativa la discusión adquiere otra dimensión, la cual funge en la misma como criterio de corrección.

Teniendo en cuenta el hecho de que la disputa constitucional por los derechos lejos de librarse en un campo de batalla vacío se libra al interior de una densa realidad normativa, una realidad plagada de normas (constituciones, declaraciones, convenciones, etc.) que permiten una más o menos justificación correcta de las valoraciones que sobre los derechos fundamentales realicen las altas cortes, a partir de las reglas y los principios de la argumentación jurídica.

Existe una evidente tensión entre los conceptos que constituyen la noción de Derecho Fundamental –derecho subjetivo y su grado de importancia– podríamos, por ejemplo, plantear los siguientes interrogantes: a.) ¿Todos los derechos acogidos en una Constitución poseen un alto grado de importancia? y b.) ¿Pueden ser considerados derechos importantes, pero aquellos que no se

encuentren consagrados al interior del texto constitucional? En relación con la primera pregunta, la respuesta es absolutamente afirmativa, los derechos que se encuentran recogidos en el precepto constitucional (de forma independiente del lugar dado por la comisión redactora de este) gozan de especial importancia que permite diferenciarlos de los denominados derechos legales.

En la medida en que la incorporación de derechos en una Constitución está orientada a reconocer su importancia y a darles una mayor protección, no siendo posible su modificación por medio de simples leyes. El alto grado de importancia del derecho respectivo se reconoce automáticamente mediante su consagración constitucional (Arango, 2005, p. 33).

La segunda pregunta supone una discusión relativamente distinta, en la medida en que lo que termina constituyendo el sustrato de la discusión es la capacidad misma del poder judicial para crear derechos y obligaciones para el Estado vía interpretación constitucional. Es la cuestión concerniente a la cuestión de los Derechos Fundamentales innominados o no escritos. La problemática de esta discusión es de mayor envergadura en la medida en que toca directamente la conexión entre derechos fundamentales y derechos humanos.

Existen derechos –por ejemplo– cuya importancia se reconoce en un plano supranacional como lo son aquellos cobijados por las declaraciones internacionales de derechos humanos, pero que no han sido positivizados en una Constitución en particular. Por lo que afrontamos la dificultad práctica de saber si estos derechos supranacionales pueden ser o no garantizados como derechos fundamentales por las autoridades judiciales nacionales. Por regla general, los derechos humanos requieren una positivización como condición de validez jurídica en el orden jurídico interno, lo cual implica que “el grado de importancia de un derecho –como en el caso de los derechos humanos:

No es condición suficiente para la existencia de un derecho fundamental. Los derechos fundamentales, además, tienen que ser relacionados con la norma jurídica fundamental (M1), con una obligación jurídica (M2) y con una posición fundamental del derecho (M3); en resumen, deben conceptualizarse como derechos fundamentales.” (Arango, 2005, p.34).

Sin embargo, el requerimiento de la existencia de una relación necesaria entre derecho fundamental y norma jurídica fundamental no supone como conclusión pensar que únicamente los derechos fundamentales que existen

son los reconocidos expresamente en el texto constitucional. En la medida en que también pueden -y deben- ser reconocidos como fundamentales aquellos derechos obtenidos a partir de los desarrollos jurisprudenciales por vía de interpretación constitucional.

En la medida en que el concepto de norma jurídica (MI) es entendido en sentido amplio, por lo que relacionar una posición jurídica fundamental con una disposición jurídica fundamental, es decir, justificarla constitucionalmente, hace parte constitutiva del concepto de derecho fundamental. Consideramos en lo referente a la disputa entre derechos nominados y no nominados, que la misma es una discusión que resulta anacrónica frente a los enormes desarrollos del constitucionalismo contemporáneo, así como de las formas en las que disciplinas como la teoría del lenguaje, la hermenéutica y la filosofía analítica han tenido un impacto en nuestra visión del derecho, por lo tanto, es una discusión a la cual se debe renunciar, en la medida en que tal como lo plantea Ronald Dworkin:

La distinción entre derechos enumerados y no enumerados, como se usa comúnmente en la teoría constitucional, no tiene sentido, porque confunde la referencia con la interpretación (...) La Carta de derechos contiene principios amplios y abstractos de moral política que abarcan, de manera excepcionalmente abstracta, todas las dimensiones de moral política que en nuestra cultura pueden fundamentar el derecho constitucional individual. El punto central sobre aplicar principios a controversias políticas no es uno de referencia, sino uno de interpretación, que es muy diferente (Dworkin, 1996, p.79).

Tal como hemos señalado anteriormente, todo derecho fundamental supone una relación entre un ciudadano y un Estado, dicha relación puede ser entendida como una injerencia o como una omisión. En el primer caso el Estado constituye una amenaza para al interior del campo de acción del particular el cual requiere que el primero incurra en una omisión para de esta forma asegurar sus libertades, este tipo de relaciones se denominan acciones negativas y son propias de los Derechos Fundamentales de Defensa.

Sin embargo, dicha relación entre ciudadano y Estado puede estar encaminada a la intervención estatal como garante de la libertad ciudadana, este tipo de derechos suponen una acción positiva del Estado (un hacer estatal) y son denominados Derechos Fundamentales Prestacionales, Este tipo de derechos aseguran la participación del ciudadano en prestaciones normativas

–tales como los derecho de organización y procedimiento- o la participación del ciudadano en prestaciones fácticas –tal como es el caso del mínimo vital- los primeros Derechos Prestacionales son denominados Prestacionales en sentido amplio y los segundos Prestacionales en sentido estrecho. Este tema es en la actualidad objeto de un prolífico debate al interior del constitucionalismo contemporáneo.

Habiendo precisado los principales rasgos del Estado Constitucional junto a la cualificación del concepto de Constitución que le es propia, y luego de un abordaje analítico a la categoría de Derecho Fundamental en tanto principios constitucionales, podemos entrar a considerar la forma en la que este contenido material de las Constituciones de la segunda posguerra, se irradia al interior de la totalidad del ordenamiento jurídico y se estructura como una nueva base para la producción, interpretación y aplicación del derecho. Para tal fin, analizaremos primero la dimensión competencial sugerida por la dogmática de los márgenes de acción, y luego analizaremos el fenómeno de constitucionalización del derecho en tanto proceso, identificando sus presupuestos y sus principales características.

3. ¿Existen Límites Materiales A La Legislación En El Estado Constitucional? Hacia Una Dogmática De Los Márgenes De Acción

Al abordar la problemática derivada del impacto derivado de la fuerza expansiva de la Constitución y, en especial del sistema de los derechos fundamentales –en tanto principios- al interior de las diferentes ramas del derecho, nos vemos obligados a considerar una serie de dificultades prácticas que a nivel dogmático e institucional comprometen los alcances de la Constitución como fundamento y fuente de interpretación de la totalidad del ordenamiento jurídico, estas dificultades son:

1. El de la delimitación del alcance de los diversos campos en que se desenvuelve el conocimiento jurídico en relación con el derecho constitucional.
2. El de la definición de los sistemas interpretativos que deben desplegarse cuando tal delimitación no es posible o, en todo caso, no resulta clara.
3. Como consecuencia de lo anterior, el de la determinación dogmática e institucional de los alcances de la competencia que corresponden a la

jurisdicción ordinaria y a la jurisdicción constitucional para abordar las cuestiones jurídicas que se ubican, por decir así, en una especie de zona de penumbra competencial vinculada a una indefinición *prima facie* de las fuentes de derecho relevante (Calderón, 2004, pp. 49-50)

La configuración de un sistema jurídico que garantice la eficacia de las cláusulas constitucionales derivadas del carácter material y normativo del texto constitucional, y que a su vez incorpore instancias institucionales concretas para asegurar dicho carácter, exige el análisis de las condiciones que hacen posible que dichas cláusulas puedan proyectar su realización efectiva en cada uno de los ámbitos del derecho. Dichos ámbitos comprometen directamente las instancias encardadas de producir, interpretar y aplicar el derecho. En este sentido la determinación de la manera en que debe operar la constitucionalización requiere ocuparse de aspectos que aluden:

Al contenido posible de las normas que pueden expedir los órganos autorizados para ello (contenido sustancial posible), (ii) a la forma en que tal expedición puede llevarse a cabo (procedimiento formal posible), (iii) al tipo de interpretación admisible de las normas existentes (contenidos interpretativos posibles) y (iv) a la determinación de los resultados concretos según las interpretaciones adoptadas (efectos interpretativos posibles). (Calderón, 2004, p. 52)

Esta situación nos conduce igualmente a un número creciente de problemáticas complejas relacionadas con el alcance de las competencias atribuidas a las autoridades, especialmente las judiciales, en la producción del derecho (Calderón, 2004), dicha problemática se enmarca en un debate de mucha más envergadura circunscrito a las tensiones entre constitucionalismo y democracia (Flórez, 2011).

Pero igualmente compromete las condiciones para una constitucionalización razonable del ordenamiento jurídico, por constitucionalización razonable entiendo un proceso de irradiación constitucional que asegure el respeto de las garantías iusfundamentales de los asociados pero que a la vez establezca con claridad fronteras de autonomía relativa para las diferentes áreas dogmáticas del derecho. Esta pretensión supone el análisis de lo que Robert Alexy ha dado en denominar la dogmática de los márgenes de acción, estrategia de definición de límites claros, controlables y correctos en relación con el alcance de la expansión iusfundamental.

3.1. Aproximación a la Dogmática de los Márgenes de Acción: ¿Qué tanto se debe Constitucionalizar el Derecho?

En palabras del profesor de Kiel, “una constitucionalización adecuada sólo puede construirse por el camino pedregoso y arduo de la dogmática de los márgenes de acción” (Alexy, 2003, p. 53). Muy de cerca a lo expuesto por Alexy, el profesor Juan Jacobo Calderón en su análisis del proceso de constitucionalización del derecho privado en Colombia, precisa que la dogmática de los márgenes de acción entiende que la Constitución a la vez que expresa (a) un orden fundamental, define igualmente (b) un orden marco.

Según ese concepto, la Constitución es un orden fundamental porque pretende resolver los problemas fundamentales de una comunidad. Sin embargo, y dado que la Constitución no contiene respuestas definitivas sobre cada uno de los problemas jurídicos posibles, representa un orden marco en la medida en que a partir de ella se define (1) lo constitucionalmente necesario u ordenado y (2) lo constitucionalmente imposible o prohibido, dejando, en consecuencia, un margen para (3) lo constitucionalmente discrecional o permitido.

Considerando a la Constitución como un orden marco en el sentido mencionado es evidente que la misma no determina definitivamente el sentido de todas las decisiones jurídicas concretas y, en este orden de ideas, existe un espacio de decisión discrecional o permitido que o bien le atañe al legislador, o bien le corresponde al juez ordinario o, es posible, le incumbe a la administración o a los particulares a través de su capacidad de regulación. La determinación de ese espacio es precisamente de lo que se ocupa la dogmática de los márgenes de acción. Tal dogmática busca establecer, a partir del reconocimiento de principios formales de distribución de competencias, qué cuestiones del ordenamiento jurídico no han sido constitucionalizadas y por lo tanto no les corresponde decidir a los Tribunales Constitucionales.

Según las orientaciones generales de dicha dogmática existen dos tipos básicos de márgenes de acción. De una parte, el margen de acción estructural “se forma a partir de los límites de aquello que la constitución ordena y prohíbe”. De otra parte, los márgenes de acción epistémicos se configuran “a partir de los límites de la capacidad para reconocer lo que la Constitución, por una parte, ordena y prohíbe, y por

otra, no ordena ni prohíbe” Lo que se encuentra dentro de tales límites hace parte de un margen de acción (Calderón, 2004, p.68).

En esa misma línea Rodolfo Arango (2004, p. 230) entiende que una Constitución es, a la vez, un orden de materias fundamentales y un orden de competencias. Lo primero en cuanto que el constituyente resuelve y deja plasmado en ella cuestiones de gran importancia para la sociedad, cuya resolución no debe entonces dejarse a la decisión de otras autoridades o de los particulares.

Por su parte, la Constitución establece un orden de competencias que es idéntico al alcance de los ámbitos de actuación atribuidos a diferentes órganos y personas. El ámbito estructural de actuación está conformado por todo aquello que la Constitución ni ordena ni prohíbe, sino que deja en libertad de disposición. Tres ámbitos de estructurales de actuación dentro del marco constitucional son discernibles: el ámbito de la fijación de fines o metas, el ámbito de escogencia de medios para realizar dichos fines o metas y el ámbito de ponderación sin base constitucional (2004, p. 231).

Y agrega,

El ámbito epistémico puede ser de dos clases: empírico o normativo. El ámbito epistémico-empírico de actuación supone que muchas decisiones se adoptan con base en premisas inciertas. Cuando ello sucede, la posibilidad de que se presenten divergencias de opinión respecto de la decisión es elevada. (...) el ámbito epistémico-normativo de actuación, por su parte, supone que la propia Constitución sustrae ciertas posibilidades normativas del control de constitucional (2004, p. 232).

Robert Alexy (2002) -en el famoso Epílogo a su canónico libro *Teoría de los Derechos Fundamentales* - explicita su modelo de Constitución a partir de la confrontación crítica con (i) el modelo puramente procedimental incompatible con la vinculación jurídica del legislador a los derechos fundamentales, dado que el propio modelo se deriva a partir de la negación de cualquier tipo de vinculación material de rango constitucional; y por otra parte, (ii) el modelo puramente material de Constitución, adjudicado a Forshoff bajo el entendido del texto constitucional como “huevo jurídico originario”, bajo el cual no existe ninguna regulación legislativa, negando así el principio de la competencia de la decisión atribuida al legislador democráticamente legitimado.

3.2. El Modelo de Constitución Procedimental-Material: ¿Qué ordena, ¿qué prohíbe y qué calla la Constitución?

En ese orden de ideas, el desafío al Constitucionalismo Principialista de Alexy, era determinar si la teoría de los principios precisaba límites o márgenes a la acción legislativa, es decir si la misma estuviera en condiciones de ordenar y prohibir algunas cosas al legislador, y de no ordenarle ni prohibirle otras. Es por tal razón que la propuesta alexyana se inclina hacia un tercer modelo material-procedimental de Constitución, que se encuentre sostenido en un margen de acción del legislador que compatibilice la garantía de los derechos fundamentales con la discrecionalidad que como autoridad democráticamente constituida ostenta para la producción normativa.

La metáfora del marco puede ser precisada entonces de la siguiente manera: el marco es lo que está ordenado y prohibido. Lo que se confía a la discrecionalidad del Legislador, o sea, lo que no está ordenado ni prohibido, es aquello que se encuentra en el interior del marco. Así, lo discrecional define el margen de acción del Legislador. Este margen de acción es de tipo estructural. Se podría hablar también de un margen de acción material, que se origina a partir de la estructura de las normas de la Constitución. Resulta decisivo el hecho de que su contorno se determina de acuerdo con lo que tiene validez jurídica debido a las normas de la Constitución. El margen de acción estructural consiste entonces en aquello que, debido a los límites, la Constitución ordena y prohíbe definitivamente.

Con base en esta definición puede diferenciarse entre el margen de acción estructural y el margen de acción epistémico o cognitivo. Un margen de acción epistémico no deriva de los límites de lo que la Constitución ordena y prohíbe, sino de los límites de la capacidad para reconocer lo que la Constitución, por una parte, ordena y prohíbe, y por otra, lo que no ordena ni prohíbe, es decir, lo que confía a la discrecionalidad legislativa. Si se quiere afinar el planteamiento, puede decirse que el margen de acción epistémico deriva de los límites de la capacidad para reconocer los límites de la Constitución. Los límites de esta capacidad pueden ser tanto límites del conocimiento empírico, como límites del conocimiento normativo. Que la Constitución admita este tipo de márgenes de acción epistémicos depende del papel que juegan los principios formales, asunto que será discutido más adelante. Aquí interesa solamente la delimitación del margen de acción estructural en relación con el margen de acción epistémico.

El modelo del marco ha sido descrito hasta ahora con ayuda de los conceptos

de mandato, prohibición y de lo discrecional. Esto también puede hacerse con ayuda de los conceptos de necesidad, imposibilidad y posibilidad. Lo que está ordenado por la Constitución es constitucionalmente necesario; lo que está prohibido por la Constitución es constitucionalmente imposible y lo que la Constitución confía a la discrecionalidad del Legislador es tan solo constitucionalmente posible, porque para la Constitución no es necesario ni imposible. Por lo tanto, el problema del marco se puede formular también como el problema de la existencia de un ámbito de lo constitucionalmente posible. Los adversarios de la tesis de la optimización opinan que la existencia de un ámbito semejante es incompatible con la idea de optimización. (Alexy, 2002, pp. 20-21)

3.3. Los Márgenes de Acción Estructural o ¿Sobre qué es constitucionalmente admisible legislar?

La profundidad teórica de la dogmática de los márgenes de acción dificulta su tratamiento integral al interior del presente trabajo, no obstante, su relevancia a la luz de la temática del presente texto se deriva de su utilidad para clarificar los ámbitos de decisión que se encuentran excluidos del control de constitucionalidad ordinario (Calderón, 2004, p. 69), debido a que (i) o no han sido decididos en la constitución (margen de acción estructural) o (ii) la determinación de si tal decisión ha sido adoptada no resulta posible (margen de acción epistémico). Por razones de espacio y en atención a la explicitar los principales marcos que estructuran las relaciones entre Constitución y legislación, sólo explicaremos someramente los márgenes de acción estructural (margen estructural para la fijación de fines, margen estructural para la elección de medios y margen estructural para ponderar).

Robert Alexy (2002, p. 23) entiende el margen estructural para la fijación de fines bajo el supuesto de que el legislador tiene frente a un derecho fundamental una discrecionalidad legislativa derivada del reconocimiento de una reserva competencial de intervención, es decir, la Constitución deja abierta las razones para la intervención legislativa, o menciona las razones para intervenir, pero no ordena que la misma se produzca (ni ordena ni prohíbe). Por su parte, Alexy considera que el segundo margen de acción asociado con la elección de los medios, entra en escena cuando las normas de derecho fundamental no sólo prohíben ciertas intervenciones legislativas, sino también ordenan la ejecución de algunas conductas positivas, como cuando se trata de los deberes de protección (Alexy, 2002, p. 25). Finalmente tenemos el margen de la ponderación, al respecto comenta el profesor Juan Jacobo Calderón (2004).

Todo problema jurídico puede suponer la constatación del enfrentamiento de dos o más intereses. Cuando ello ocurre es necesario acudir a un procedimiento que resulte racionalmente controlable a fin de establecer cuál de los intereses ostenta un mayor peso y, en consecuencia, se erige en razón para la restricción de otro. Tal procedimiento, denominado ponderación, se rige por una ley de conformidad con la cual “cuanto mayor sea el grado de no realización o afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

De esta manera, cuando debe llevarse a cabo una ponderación es necesario desplegar tres exámenes diferentes. Primeramente (a) debe determinarse el grado de no realización o afectación de un principio, a continuación (b) es necesario constatar el grado de la importancia de la satisfacción del otro principio en juego y, finalmente, (c) se requiere una comparación de ambos grados. Si de esta última comparación resulta que la no realización de un principio es alta y la importancia de la satisfacción del otro no es tan grave (media o leve), resultaría que la restricción que se propone es desproporcionada y, en este sentido, no se encontraría autorizada por el ordenamiento jurídico. Si, por el contrario, de la comparación efectuada resulta que la importancia de la satisfacción es igualmente alta, la autoridad correspondiente gozaría de un margen de acción estructural dado que la ponderación no conduce a una conclusión definitiva (Calderón, 2004, p. 70).

El profesor Calderón trae a consideración un excelente ejemplo para poner de manifiesto la forma en la que la dogmática de los márgenes de acción contribuye a la comprensión de la constitucionalización del derecho.

Podría examinarse, antes de continuar con el siguiente paso, el contenido del artículo 524 del Código de Comercio a fin de definir la existencia de un margen de acción estructural para la ponderación. Según este artículo, quienes realizan un contrato de arrendamiento de un local comercial tienen prohibido fijar un término de desahucio inferior a seis meses. A partir de esto, se pueden estimar las siguientes consideraciones: Una, en el sentido de que tal prohibición tiene como finalidad la protección de la estabilidad de la actividad empresarial del arrendatario y el otorgamiento de un plazo para acomodarse a la nueva situación; y otra, que con tal prohibición se restringe el principio de libertad negocial dado que los contratantes no podrían pactar un término inferior para el desahucio.

Llevando a cabo un análisis de ponderación podría sostenerse lo siguiente: (1) El grado de no realización del principio de la autonomía negocial podría catalogarse como medio dado que no existe una prohibición completa de desahucio ni obstáculo alguno para acordar un término superior si así lo convienen las partes. (2) El grado de importancia del principio de protección a la estabilidad empresarial podría, igualmente, catalogarse como medio, dado que dicha protección, aunque importante, no es esencial para que el comerciante pueda desarrollar su actividad. (3) En este sentido, se puede constatar un empate entre ambos grados y, en consecuencia, afirmarse la existencia de un margen de acción estructural para la ponderación que consiste en otorgarle al legislador mercantil la autorización de prescribir o no límites temporales para el desahucio, sin que pueda afirmarse que la Constitución le ha ordenado o prohibido hacerlo. Lo anterior equivale a decir que la solución de este problema desde el punto de vista constitucional no ha sido resuelta definitivamente y, por ello, no le corresponde a un Tribunal Constitucional definir una orientación específica (Calderón, 2004, p. 71).

De esta forma resulta diáfano la relevancia de la dogmática de los márgenes de acción para establecer pautas razonables orientadas a contralorar y definir la manera en la que se presenta la constitucionalización del derecho al interior de los ordenamientos jurídicos. En Colombia la comprensión y estudio de esta teoría resulta de enorme importancia, en especial por el tratamiento que la Corte Constitucional ha hecho expresa y tácitamente de la misma en diferentes fallos de enorme relevancia para la comprensión del fenómeno de la constitucionalización del derecho colombiano (Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-534 de 2005; Sentencia C-507 de 2004; Sentencia C-673 de 2001; Sentencia C-174 de 1996; Sentencia C-093 de 2001 & Sentencia C-112 de 2000).

Sin embargo, habiendo precisado el contexto político-institucional propio del Estado Constitucional, identificando las particularidades de su concepto de Constitución y la dogmática de los Derechos Fundamentales que le es propia, analizamos las condiciones competenciales y normativas que soportan los procesos de expansión constitucional al interior de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, ahora convendría detenerse a analizar puntualmente la constitucionalización como proceso: ¿cuáles son sus presupuestos y sus principales características?.

4. ¿Qué Significa Constitucionalizar Un Ordenamiento Jurídico? Hacia Una Analítica Del Fenómeno De La Constitucionalización Del Derecho

En conformidad a lo planteado hasta el momento, la dogmática de los márgenes de acción asegura un proceso de irradiación de las cláusulas de los derechos fundamentales al interior del ordenamiento jurídico de forma óptima, o si se prefiere, se presenta una adecuada constitucionalización del derecho. Lo adecuado en este contexto es entendido como el punto medio entre el exceso y el déficit, es decir, entre la sobreconstitucionalización y la infraconstitucionalización del ordenamiento jurídico.

No obstante, lo anterior, es necesario recordar que la irradiación constitucional no es homogénea en la totalidad del ordenamiento jurídico, hay áreas más susceptibles que otras frente a la extensión de la garantía iusfundamental. Esto depende directamente del grado de disparidad materiales o asimetría real opere entre los sujetos que entablan las relaciones jurídicas, dicha asimetría puede ser muy elevada en áreas como el procesal penal (procesado vs. Estado), el derecho laboral (empleado vs. Empleador) o el derecho financiero (usuario vs. Entidad financiera), sin embargo, no es tan claro en situaciones próximas al derecho minero o al derecho notarial, por citar dos ejemplos.

Siguiendo a Wilson Suárez, para que un área del derecho pueda ser constitucionalizada requiere que se cumplan tres condiciones generales, la primera de ellas es que dicha área no se encuentre definida enteramente, la segunda es que sea susceptible de cambio y finalmente que ostente poca influencia de la constitución actual. Sin embargo, conviene en este punto detenerse para el análisis de las condiciones necesarias para que la constitucionalización del derecho sea posible.

Un ámbito de derecho no definido enteramente significa que hay cosas por decir en su campo de regulación. Una esfera jurídica en la cual ya se ha dicho todo acerca de las conductas que se regulan no tendría posibilidades reales de ser constitucionalizada. Un ámbito no definido enteramente significa que no se tiene claridad en todos los casos acerca de lo que debe resolver el juez, hay vacíos, contradicciones, ambigüedades, indeterminaciones; es un derecho que puede ser completado e integrado por el derecho constitucional. Es decir, hay elementos de decisión y discrecionalidad en los cuales los parámetros constitucionales pueden ayudar a solucionar y crear problemas. Se trata pues, de un derecho que permite la entrada en regencia del derecho constitucional de diferentes formas. Bien sea para

la aplicación del derecho a los casos no regulados, la regulación conforme en los casos indeterminados o una regulación preferente en contra del derecho legislado.

Además del anterior requisito se hace necesario que el ámbito de derecho no constitucional admita el cambio, es decir, que pueda ser moldeado por el derecho constitucional; si la esfera a ser constitucionalizada no admite la moderación por parte del derecho constitucional, no podría darse el fenómeno. Este requisito quizás puede entenderse implícito en la máxima validez jerárquica de la Constitución.

En tercer lugar: para hablar de que el derecho se está constitucionalizando se hace necesario que tal o cual ámbito, en principio, tenga poca similitud con los contenidos de la Constitución. Entre menos tenga en cuenta el derecho los postulados del derecho constitucional más susceptible es de ser constitucionalizado. Desde cierta perspectiva, la constitucionalización del derecho parte de un derecho no constitucionalizado con la Constitución vigente (Suárez, 2014, p. 324).

Hemos señalado a lo largo del texto que uno de los presupuestos para comprender el fenómeno de la constitucionalización del derecho es la existencia de una Constitución con contenido material, dotada de principios y reglas jurídicas a partir de las cuales establecer un marco normativo de lo prohibido, lo facultado y lo ordenado desde la misma. Analizamos cómo surge este modelo constitucional y especialmente su diferencia frente a otros modelos o concepciones de Constitución previas o ajenas al Estado Constitucional.

En ese orden de ideas, conviene ahora realizar una breve anotación sobre una condición para la constitucionalización del derecho que viene de la mano de esta Constitución cualificada, me refiero a la necesidad de acompañar la misma con órganos y procedimientos competentes para hacer valer su supremacía. Esta condición se encuentra representada en la existencia de control judicial de constitucionalidad, para Ricardo Guastini (2003) existen tres modelos de control de constitucionalidad, el primer modelo es el propio de los Estados Unidos, también llamado *a posteriori* y funciona por vía de excepción, es decir, es un control concreto, que cada juez realiza en el ámbito de su propia competencia jurisdiccional.

Las dos principales características de este modelo son, por una parte, que permite a la ley inconstitucional su entrada en vigor y aplicación hasta tanto

no sea objeto de valoración concreta por el juez en el marco de un proceso. Y, por otra parte, los efectos de las sentencias que realizan dicho control no son generales, sino sólo para el caso. Por tal razón, su generalidad no se deriva de la naturaleza del control, sino del sistema de *stare decisi* que en aras de asegurar principios tales como la igualdad, extiende bajo la noción de precedente la decisión a futuros procesos.

Siguiendo a Guastini (2003) tenemos un segundo modelo, estructurado como control *a priori*, por vía de acción y abstracto. Es el modelo francés. La principal ventaja de este modelo es impedir que entre en vigor una ley inconstitucional, pero pierda de vista que en determinado caso puntuales ello puede suceder (Rico, 2012, p. 581). Finalmente tenemos el modelo propio de Alemania, España, Italia, entre otros, se ejerce *a posteriori*, por vía de excepción. *In concreto* por parte del tribunal constitucional. Por su carácter *a posteriori* no puede impedir la entrada en vigor de leyes inconstitucionales, cuya decisión tiene efectos *erga omnes*, lo que significa que la ley es anulada y no puede volver a ser aplicada nunca por ningún juez (Rico, 2012, p. 581).

Para Guastini son siete las principales condiciones necesarias para hablar de constitucionalización del derecho, en su análisis del caso italiano, Guastini precisa una serie de presupuestos que hacen posible la irradiación de las cláusulas constitucionales a la totalidad del ordenamiento jurídico, algunos de ellos ya han sido señalados a lo largo del texto, no obstante, los retomaremos brevemente en el presente apartado. Luis Alonso Rico (2012) Realiza de forma muy detallada el siguiente resumen de dichas condiciones,

1. La existencia de una Constitución rígida, que por oposición a la flexible debe reunir dos condiciones. La primera, su existencia por escrito; la segunda, la garantía o protección contra la legislación ordinaria, esto es, el carácter intangible que el texto constitucional tiene para evitar que por vía estrictamente legal pueda reformarse, derogarse o adicionarse.
2. La garantía jurisdiccional de la Constitución, lo cual se consigue mediante el control jurisdiccional a fin de que determine si hay o no coincidencia de las leyes con la Constitución.
3. La fuerza vinculante de la Constitución. Guastini explica esta condición aludiendo a las que denomina constituciones “largas”, entendiéndose por tales aquellas que adicional a las normas que organizan el Estado, incluyen otras que contienen derechos, esto es, disposiciones que regulan

directamente las relaciones entre el Estado y el ciudadano, apartándose así de la concepción tradicional según la cual, las Constituciones contenían principios generales no susceptibles de aplicación directa, por lo cual requerían de “peaje legal”. También disposiciones programáticas referidas a libertades y derechos sociales. Con el proceso de constitucionalización, ello cambia, pues la Constitución se torna en norma jurídica que, al margen de su vaguedad o precisión, de su estructura o contenido, es susceptible de aplicación.

4. La sobreinterpretación de la Constitución. Se afirma que toda Constitución es un texto finito, por muy larga que sea, y por lo mismo, limitada y completa. No obstante, siempre tendrá lagunas que no dependen del texto, dice Guastini, sino de la manera como está interpretado, pues son múltiples las alternativas hermenéuticas (Rico, 2012).

Más adelante agrega,

1. La aplicación directa de las normas constitucionales. Con este postulado se pretende deslindar definitivamente el nuevo modelo, del adoptado por la concepción liberal clásica en el que la Constitución es simplemente una talanquera, un límite al poder político, al Estado, en tanto sólo regula las relaciones de los ciudadanos con el Estado o del Estado entre sí, nada más, pero no extiende su ámbito de regulación a los ciudadanos entre sí, tarea ésta que deberá ser asumida por el derecho civil y el penal, que es lo que denominan legislación ordinaria (...) en opuesta antítesis a la concepción clásica liberal expuesta, el modelo [propio de la constitucionalización del derecho] estima que la Constitución regula la totalidad de la vida pública y privada, política y social, entre el Estado y los ciudadanos y entre estos entre sí. Para eso, la proclama como norma jurídica en su totalidad, esto es, el preámbulo, la parte dogmática y la organizativa. También sus principios y valores, bien que la relación conflictiva o litigiosa sea pública o privada, entre el Estado o con el Estado, o entre particulares. Con ellos, los jueces no están limitados a la ley, sino que, en primer término, cuando no existe disposición legal o siendo esta injusta, operan la Constitución la cual se entiende como norma jurídica aplicable directamente. (...)
2. La Interpretación conforme a las leyes. Este requisito está referido no a la manera cómo ha de interpretarse la Constitución, pues ello ha quedado expuesto, sino a la técnica hermenéutica de la ley. Para ello, se señala

que es posible que una ley pueda ser interpretada en abstracto, esto es, al amparo de la simple lectura del texto. También es factible que se interprete para un caso concreto. Ambas operaciones pueden arrojar resultados diversos. Así, por ejemplo, la primera, contraria a una norma constitucional. La segunda, en un todo conforme (Rico, 2012).

En esta situación corresponde al juez determinar la interpretación “correcta”, privilegiando el segundo tipo de interpretación, denominada también “armonizante”, “adecuadora” o “conforme”, es decir, se trata de un proceso de significación en el que siempre se tenderá a privilegiar la interpretación de una ley que sea más ajustada al precepto constitucional, salvando así la integridad de la legislación a partir de una modulación o restricción interpretativa de su contenido. El efecto de esta interpretación es garantizar la validez de una ley a partir del direccionamiento del proceso de su significación, por tal razón se denomina interpretación adecuada (Alarcón, 2011).

Y finalmente encontramos la séptima condición para la existencia de un proceso de constitucionalización del derecho, a saber:

1. Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas (...) El propio autor admite la dificultad de concreción, pues depende de algunos elementos, tales como el contenido de la Constitución, la postura de los jueces, especialmente del Tribunal Constitucional, y, por último, la de los órganos constitucionales y de los actores políticos.
2. El primero, esto es, el contenido de la Constitución que ejemplifica en la Constitución alemana la cual permite a los órganos jurisdiccionales dirimir conflictos puramente políticos.
3. El segundo, que hace alusión a la postura de los jueces especialmente del Tribunal Constitucional que frente a la labor legislativa del parlamento puede optar por la continencia, el autocontrol respecto de los aspectos estrictamente políticos, respetando el ámbito propio del parlamento, o, por el contrario, establecer como elemento de restricción a la conducta y discrecionalidad parlamentaria temas no necesariamente políticos (...)
4. El tercer elemento es la postura de los órganos constitucionales y de los actores políticos. El propio Guastini la encuentra como la más simple de explicar, señalando simplemente que unos y otros acuden a la Constitución para justificar sus decisiones (Rico, 2012, p.284).

En conformidad a lo anterior, la Constitución puede ser configurada como el fundamento de la legislación que sería entendida como su desarrollo o expansión. En este sentido se establece un proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, por una parte, y una sobre-interpretación del texto constitucional por otra. De esto se deriva una consecuencia directa, y es la flexibilización del consenso con relación a las reglas y directrices de interpretación admitidas, ello implica una menor posibilidad de control sobre las decisiones judiciales y una consiguiente ampliación del poder normativo de la Constitución. La supremacía constitucional se reflejará duramente sobre la normatividad infraconstitucional que será (re)interpretada en un sentido conforme al documento jerárquicamente supraordenado (Pozzolo, 2011, p. 171).

La ley, en tanto normatividad general y abstracta sucumbe ante las exigencias de los casos concretos para volverse conforme a la Constitución y, sobre todo, será justificada de conformidad con los objetivos a ser alcanzados.

Siguiendo a Pozzolo (2011) es necesario reconocer que, el legislador no es más libre en los fines, sino que se encuentra casi en el deber de motivar la ley pues ella será válida en tanto que expansión de la Constitución. En el Estado Constitucional, la ley se encuentra subordinada a los criterios sustanciales de la Constitución. El ordenamiento jurídico no podría ser más simplemente fotodinámico, la Constitución podría ser más una mera norma sobre la normatividad” sino que sería ella misma norma de conducta o un conjunto de principios sustanciales dirigidos a todos los asociados y a cuya realización debe proveer el legislador.

Por lo tanto, la ley viene sometida a un doble control. Por un lado, estaría sujeta al control de legalidad y al control de compatibilidad constitucional, de otro lado, estaría sujeta a un control que extiende su racionalidad respecto a su objetivo: estaría sujeta a un juicio que entra a analizar las elecciones legislativas. Así, sometida al juicio de razonabilidad, también la ley se vuelve jurisdiccionalmente censurable bajo el perfil del *exceso de Poder Legislativo* por la que se valora su congruencia con los objetivos constitucionales. De este modo el legislador pierde notable fragmentos de soberanía a favor de los intérpretes de la Constitución. La jurisdicción constitucional aspira a extenderse, entonces, a la discrecionalidad del legislador. Su censura versa sobre los propios contenidos de la ley, luego, lo realizado por este intérprete se desarrolla más allá de la simple función de verificación de la compatibilidad constitucional y las funciones del denominado legislador negativo. En este modelo, la Constitución se dirige

directamente a todos los asociados quienes pueden valorar la persistencia de la legitimidad política del legislador sobre la base de la aplicación de las reglas constitucionales. Pero de este modo, la valoración de la legitimidad política y de la constitucionalidad de las leyes no sería según las reglas específicas del sistema: ella se transforma en control de constitucionalidad difuso incluso donde el sistema prevé uno de tipo concentrado, porque la adecuación a la Constitución del Derecho existente se vuelve una tarea general de la jurisdicción (Pozzolo, 2011, p.174).

Vemos cómo la constitucionalización del derecho lejos de ser un fenómeno aislado o excepcional de los actuales ordenamientos jurídicos, el mismo es el resultado de una serie de procesos que convergen al interior del Estado Constitucional, redefiniendo los puentes que atan la legalidad y la legitimidad, y permitiendo que los jueces, en especial los jueces constitucional, participen de forma activa al interior de los procesos de definición de las garantías y reglas que soportan nuestra vida en sociedad (Alarcón, 2013).

Este proceso en la actualidad tiene viejos y nuevos desafíos. Dentro de los primeros encontramos la tensión entre democracia y producción normativa, el fundamento de la obligatoriedad del derecho ha sido desde los orígenes del Estado de Derecho, la posibilidad de participación en su proceso de creación, la democracia era el único sistema político capaz de conciliar de forma precisa la libertad humana con la obediencia del derecho.

Sin embargo, como hemos señalado, la constitucionalización del derecho ha venido de la mano de la juridización del mismo (Flórez, 2010b), el poder judicial, rama del poder público que adolece legitimidad democrática en términos de elección y representación, es ahora la primera llamada a establecer los modelos normativos sobre los cuales dirimimos nuestros problemas sociales. Este desafío, que no es nuevo, se traduce en la acusación a la constitucionalización del derecho, de disfrazar un nuevo modelo de aristocracia judicial que minaría las bases de una vida democrática en la cual la ciudadanía participe en las decisiones más relevantes de su vida en comunidad.

Un nuevo desafío al fenómeno objeto de análisis, se encuentra en la creciente internacionalización del derecho constitucional (Payares, 2002). El rol cada vez más protagónico de organismos y tribunales supranacionales, tales como Corte Interamericana de Derechos Humanos al interior del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, representa realidades normativas que comprometen las bases de la soberanía nacional y en buena medida la lógica estatal de

construcción de lo jurídico. La tesis central con la que nace el constitucionalismo es aquella que sostiene que no existen poderes buenos por naturaleza, y que, por tal razón, es necesario limitarlos. El poder que ha venido en ascenso desde los diálogos entre jurisdicciones internacionales y jurisdicciones domésticas no prevé control alguno y, por tanto, debe ser objeto de análisis y atención.

Por lo demás, la historia de la constitucionalización del derecho debe ser valorada a la luz de las experiencias concretas de los Estados constitucionales, atendiendo a áreas específicas y en lo posible a temáticas concretas. Como se sostuvo, es un proceso heterogéneo y en buena medida contradictorio, que cobra entidad propia en cada uno de los compartimentos de las áreas dogmáticas hasta donde la jurisprudencia –pero también la ley– permiten que llegue la eficacia de las cláusulas constitucionales y de esta forma se asegura no solo el respeto de la supremacía formal y material de la Constitución, sino también las bases para democracia sustantiva.

Referencias

- Alarcón, A. (2011). Los procesos concursales como mecanismos para conjurar la crisis empresarial. *Revista Mario Alario D'Filippo*, 3(2), 47-64.
- Alarcón, A. (2013). Las sociedades por acciones simplificadas en el nuevo derecho societario colombiano. *Saber; Ciencia Y Libertad*, 8(2), 57-68.
- Alexy, R. (1997). Teoría de la argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. (M. A. Espejo, Trad.) Madrid, España: Centro de estudios constitucionales.
- Alexy, R. (2002). Epílogo a la "teoría de los derechos fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional* (66), 13-64.
- Alexy, R. (2003). Tres escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios (Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2005). Teoría del discurso y derechos constitucionales. Ciudad de México, México: Distribuciones Fontamara.
- Aragón, M. (2007). La Constitución como paradigma. En M. C. (coord.), Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos (págs. 29-40). Madrid, España: Trotta.
- Arango, R. (2004). Derechos, Constitucionalismo y Democracia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arango, R. (2005). El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales. Bogotá, Colombia: Legis.
- Bellamy, R. (2010). Constitucionalismo Político. Madrid, España: Marcial Pons.
- Bernal, C. (2005). El Derecho de los Derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2014). El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales (4º ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Calderón, J. (2004). Constitucionalización del derecho comercial desde la dogmática de los márgenes de acción. Precedente. *Revista Jurídica*, 49-78.
- Carrillo, Y. (2009). La inclusión de la moral en el derecho y la encrucijada actual del positivismo jurídico. *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales* (31), 213-230.
- Carrillo, Y. (2015). Argumentación y Ponderación de Principios Constitucionales. Cartagena, Colombia: Editorial Universidad de Cartagena.
- Comanducci, P. (2007). Modelos e Interpretación de la Constitución. En M. C. (coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos* (págs. 41-70). Madrid, España: Trotta.
- Comanducci, P. (2010). *Hacia una teoría analítica del Derecho*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos Constitucionales.
- Constitución Política de Colombia. (1991). 2da Ed. Legis.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (24 de mayo de 2005). Sentencia C-534 de 2005. PM: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (25 de mayo de 2004). Sentencia C-507 de 2004. MP: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (28 de junio de 2001). Sentencia C-673 de 2001. MP: MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA
- Corte Constitucional, Sala Plena. (29 de abril de 1996). Sentencia C-174 de 1996. MP: JORGE ARANGO MEJÍA.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (31 de enero de 2001). Sentencia C-093 de 2001. MP: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO
- Corte Constitucional, Sala Plena. (9 de febrero de 2000). Sentencia C-112 de 2000. MP: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
- Dworkin, R. (1996). *Freedom's Law, The moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press.

- Ferrajoli, L. (2001). Pasado y Futuro del Estado de Derecho. *Revista Internacional de Filosofía Política* (17), 31-46.
- Flórez, D. (2010a). La Acción Pública de Inconstitucionalidad como garantía del Estado Constitucional en Colombia. *Revista Opinión Jurídica*, 9(18), 89-106.
- Flórez, D. (2010b). Aproximación a los orígenes de la revolución judicial. *Revista Ambiente Jurídico* (12), 126-144.
- Flórez, D. (2011). Derecho y Sociedad en el Estado Constitucional: Una introducción desde Elster, Häberle y Kramer. *Revista Derecho* (35), 1-31.
- Flórez, D. (2012a). Aproximación a los límites del Neoconstitucionalismo como instrumento de transformación social en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 4(17), 33-54.
- Flórez, D. (2012b). El Principialismo como espíritu de la teoría neoconstitucional. Una aproximación a la obra iusfilosófica de Ronald Dworkin. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 7(8), 125-144.
- Flórez, D. (2013). Tres modelos explicativos de las tensiones entre Constitucionalismo y Democracia en América Latina. *Revista Mario Alario D'Filippo*, 5(9), 151-169.
- García, E. (1985). *La Constitución como Norma*. Madrid, España: Civitas.
- Guastini, R. (2003). La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. C. (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)* Madrid, España: Trotta. pp. 49-74.
- Guastini, R. (2016). *La Sintaxis del Derecho*. Madrid España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Hesse, K. (1983). *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Kägi, W. (2005). *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*. Madrid, España: Dykinson.
- Lopera, G. (2004). Los Derechos Fundamentales como mandato de optimización. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* (27), 211-243.

- Lopera, G. (2008). La Aplicación del Derecho en los Sistemas Jurídicos Constitucionalizados. *Revistas Académicas: Universidad EAFIT*, 5(9), 143-168.
- Mercado, D. (2008). Manual de Teoría Constitucional. Cartagena, Colombia: Rodrigo Quito Editores.
- Payares, J. (2002). *Aspectos internacionales de la Constitución Política*. Bogotá, Colombia: Doctrina y Ley.
- Pozzolo, S. (2011). Neoconstitucionalismo y Positivismo Jurídico. Lima, Perú: Palestra.
- Rico, L. (2012). Neoconstitucionalismo o Constitucionalización del orden jurídico ¿Desarrollo legislativo o concreción judicial? En Botero Bernal, A. Filosofía del derecho (pág. CAPÍTULO XII). Medellín, Colombia: Universidad de Medellín.
- Suárez, W. (2014). La Constitucionalización del Derecho en el Ordenamiento Jurídico colombiano. *Vniversitas* (129), 317-351.

ACCIONES CONSTITUCIONALES EN LA CONSTITUCION COLOMBIANA DE 1991

Maira Sierra García*

Josías Mojica Domínguez **

Pedro Triana Martínez ***

* Abogada, Magister en Derecho Público y Especialista en Derecho Público, Docente Universitario en las cátedras de derecho Administrativo General, Derecho Internacional Privado, Derecho Internacional Público, Acciones Constitucionales, en la Corporación Universitaria. Asesora jurídica y Litigante.

** Abogado Magister en Derecho Administrativo y Especialista en Derecho Administrativo, Docente Universitario en las cátedras de derecho Administrativo General, Administrativo Colombiano y Procesal Administrativo en la Corporación Universitaria Americana y Catedrático en la Escuela de Postgrados en la Especialización de Derecho Administrativo en la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla. Asesor y Litigante en la Materia.

*** Docente Investigador, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Cartagena. Candidato a Magister en Derecho, Universidad de Cartagena. Candidato a Magister en Estado de Derecho Global y Democracia Constitucional, Universidad de Génova (Italia). Miembro del Grupo de Investigación en Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos. Director del Semillero de Investigación en Derechos Humanos, Raza y Política Constitucional.

Resumen

En el presente artículo se realiza un estudio de aspectos relativos al derecho procesal constitucional, en lo que atañe especialmente a los diferentes mecanismos de protección de derechos establecidos en la constitución política. Así pues, se hará un recorrido de las distintas acciones constitucionales, desde una perspectiva normativa y a la luz de algunas sentencias relevantes de las altas cortes, a fin de esclarecer elementos de fondo y forma típicos de cada instrumento de protección constitucional, entendiendo que cada cual ya tiene su propio corpus sistémico de conocimiento, aunque es menester señalar, que del contenido no se vislumbran mayores pretensiones de exhaustividad, sino de aportar una guía básica sobre la materia.

Palabras clave: Acciones constitucionales, mecanismos de protección de derechos, derecho procesal constitucional, amparo constitucional.

Abstract

In the present article we can find a study of aspects related to constitutional procedural law is carried out, with special reference to the different mechanisms of protection of rights established in the political constitution. Thus, a tour of the different constitutional actions will be made, from a normative perspective and in light of some relevant judgments of the high courts, in order to clarify background and typical elements of each instrument of constitutional protection, understanding that each It already has its own systemic corpus of knowledge, although it must be pointed out that the content does not envisage greater claims of completeness, but to provide a basic guide on the subject.

Keywords: Constitutional actions, protection mechanisms of rights, constitutional procedural law, constitutional protection.

1. El Habeas Corpus

En los miles de registros sobre los antecedentes lejanos del habeas corpus suelen aparecer desde el libelo homine exhibendo en la Roma Imperial (las personas libres retenidas injustamente por otras, habrían de ser exhibidas ante el Pretor), hasta las disposiciones inglesas de las Cartas de las Libertades y de las Libertades del Reino y de la Iglesia de principios del siglo XII; de la Carta Magna de Juan Sin Tierra de 1215 (ningún hombre libre sería detenido, preso o desposeído sin previa ley), a la Ley Inglesa de 1640 y el Habeas Corpus Act de 1679 (ampliado en 1816). También forman parte de ese catálogo, entre otros el Privilegio de Aragón de 1287, el Fuero de Aragón de 1428 y el Fuero de Vizcaya de 1527 (Álvarez, 2008, p.35).

Por su parte, en relación con la Acción de Tutela es frecuente encontrar citados muchos de esos mismos documentos del derecho inglés, pues realmente aquellos textos aludían a una garantía genérica de protección de los derechos “naturales”, es decir, de las libertades y los derechos de propiedad (de algunas personas por supuesto). Entre los antecedentes de la acción de tutela, se evoca frecuentemente también el derecho de Castilla que se aplicó en las colonias españolas de América (en el cual había un interdicto de amparo para la protección y restitución de bienes y derechos), así como los ya mencionados fueros aragoneses (que contenían ese “amparo” que representaba el “juicio de manifestación”) e inclusive la Constitución mexicana de 1857 (Juicio de Amparo) (Álvarez, 2008, p.36).

En segundo lugar, cuando leemos comprimidos históricos como esos –muy usuales en los manuales de derecho–, no debería olvidarse que ellos aluden a mundos en los cuales los significados de muchas palabras (“derecho”, “garantía”, “libertad”, “regla”, etc.) son muy distintos: esos tiempos no son los del constitucionalismo tal como lo concebimos contemporáneamente; el Tribuno romano no era el Juez que hoy conocemos, ni el homine libelo exhibiendo un mecanismo de protección frente a las autoridades públicas (“sino un medio para verificar las condiciones en virtud de las cuales un particular sometía a un hombre libre”); el Justicia Mayor no era el magistrado del Estado contemporáneo; y súbditos, plebeyos y aun ciudadanos en los países de América, han tardado mucho en ser admitidos por los grupos privilegiados como sujetos portadores de alguna cualidad que los aproximara a la libertad individual o a los derechos que los miembros de estos mismos grupos defendían para sí mismos. Aunque seguramente el derecho moderno es sólo un mito que reemplazó a otro o –como dice Paolo Grossi– apenas

“el castillo inexpugnable de una persuasiva mitología político-jurídica”, sin duda el derecho era otra cosa en el mundo antiguo, en el mundo medieval y aún en la temprana modernidad: su producción se hacía por otros canales, se valía de voluntades y justificaciones que hoy resultan inadmisibles en la cultura jurídica dominante, y sobre todo, era vivido de forma muy diferente. El mundo era otro y las palabras jurídicas significaban otras cosas (Álvarez, 2008, p.37).

En tercer lugar, al leer la historia de las instituciones que aquí interesan, habríamos de considerar que hay ciertas condiciones específicas de recepción en países que como el nuestro han sido y son “colonias” también de la teoría y de la dogmática jurídica. Y, en cuarto lugar, aún más que “la época” y “los procesos de recepción”, no podría perderse de vista que en este territorio nuestro todavía conviven el derecho y diversas confrontaciones armadas, y que por tanto no es extraña la “(...) instrumentalización de las funciones de administrar justicia, de enervar la violencia y de mantener la idea de legalidad que funda el estado de derecho, a las urgencias de la coyuntura, al pragmatismo de la función de gobierno y a la vertiginosa gestión de la guerra” (Álvarez, 2008, p.38).

La Constitución de 1991 consagra como regla general la reserva judicial en materia de privación de la libertad, lo que implica que la actividad del Estado -que debe incluir la administración de justicia- no puede convertirse en una posibilidad de privación arbitraria de la libertad. De ahí, que no por azar, el artículo 28 constitucional establece como condición esencial para la restricción, el que sea un funcionario judicial quien la decreta, con la observancia de las demás exigencias que allí mismo se señalan (Gamboa, 2009, p.101).

Es en dicho entorno que se ha considerado que los derechos fundamentales y sus mecanismos de protección, constituyen el hito de la Constitución de 1991. Concluye el maestro Manuel José Cepeda, que la acción de tutela y la Constitución de 1991 han transformado radicalmente el derecho colombiano, al punto de plantearse la existencia de un “nuevo constitucionalismo”. Mientras que otros han considerado que este nuevo derecho en realidad es una recepción tardía de tendencias que hace varias décadas se dieron en el exterior. En suma, no se puede soslayar que la Constitución de 1991 supone un cambio de actitud en la mirada, por lo que vulnerar los derechos fundamentales so pretexto de aplicar el *ius puniendi* es contrario al orden jurídico total, pues ataca el núcleo del sistema jurídico,

esto es, el bloque constitucional como fundamento del derecho, en un nivel tal que si la actuación conlleva perjuicio para el sindicato, es evidente su antijuridicidad material (Gamboa, 2009, p.102).

“Esta garantía hace parte de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 9 y 10, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), artículo 7 y 8, ambos aprobados por la Ley 74 del 26 de diciembre de 1978 (Diario Oficial No.32682), razón por la cual no puede ser suspendida ni siquiera durante los estados de excepción, tal como lo señalan perentoriamente los artículos 93 y 214 de la Constitución Política” (Gamboa, 2009, p.102).

Para la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-010 de 1994, en referencia a la naturaleza del Habeas Corpus, Considera señalar, como excepciona el Constituyente, el derecho de defensa en los términos consignados en el artículo 29 del Estatuto Superior que impone la asistencia de un abogado escogido por el sindicato o nombrado de oficio, mientras que en el artículo 30 el Habeas Corpus puede ser interpuesto por la persona misma privada de la libertad o por interpuesta persona, sin que se exija expresamente la calidad de abogado de la misma, otorgándole así el carácter de una acción popular al Habeas Corpus. El Habeas Corpus es un expediente procedimental de aseguramiento de la libertad, cuyos alcances tienen por destino el definir si la captura se realizó con fundamentos ilegales de cualquier género, que se ocupa de las detenciones practicadas sin supuestos materiales que las justifiquen, o de las que han sido dispuestas con vulneración de las garantías constitucionales preestablecidas, o por haberse excedido en el plazo autorizado legalmente para la detención policial.

Adiciona además que con el HABEAS CORPUS en cuanto a la Privación de libertad por particulares se asegura la protección de la libertad física y personal frente a los atentados de que pueda ser objeto por la actuación de cualquier autoridad pública. Además, en principio no es propio de la acción comentada su uso a fin de precaver violaciones a la libertad física que puedan provenir de decisiones de los particulares, como por ejemplo la reclusión en un centro religioso, o el forzoso internamiento en un centro psiquiátrico, o educativo, o familiar, o la hipótesis del secuestro, en cuanto es posible que por el desarrollo de los fenómenos sociales se pueden presentar abusos en este campo, que pueden ser corregidos excepcionalmente también por el Habeas

Corpus, y residualmente por la acción de tutela (Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-010 de 1994).

2. La Acción De Tutela

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión (Const., 1991, art.86).

La acción de tutela puede entablarse contra cualquier servidor público que con ocasión del ejercicio de sus funciones o apartándose de las mismas, viole o amenace derechos fundamentales. Se concibe la acción de tutela como medio judicial idóneo para proteger a la persona del uso arbitrario del poder público que pueda afectar sus derechos fundamentales. Sin embargo, la existencia de otros medios judiciales, impide que en ciertos casos que enumera la ley sea la acción de tutela (cuando se pueda invocar el recurso de Hábeas corpus; cuando se pretenda proteger derechos colectivos, salvo que estén de por medio derechos fundamentales que puedan sufrir un menos cabo irremediable; cuando el daño producido por la violación estuviere consumado; cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto) (Decreto 2591, 1991, art. 6; Cifuentes, 2017, p.167).

3. Accion De Cumplimiento

La Constitución Política de 1991 la consagra así en el artículo 87: “Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el

cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido” (Const., 1991).

Según la corte constitucional en Sentencia C-157-98 **la Acción de cumplimiento** tiene el objeto y finalidad de la acción de cumplimiento es otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter. De esta manera, la referida acción se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado Social de Derecho, que tienden a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económico justo (Corte Constitucional, Sala Plena. C-157, 1998).

La acción de cumplimiento que consagra el artículo 87 de la Constitución, es el derecho que se le confiere a toda persona, natural o jurídica, pública o privada, en cuanto titular de potestades e intereses jurídicos activos frente a las autoridades públicas y aún de los particulares que ejerzan funciones de esta índole, y no meramente destinataria de situaciones pasivas, concretadas en deberes, obligaciones o estados de sujeción, demandados en razón de los intereses públicos o sociales, para poner en movimiento la actividad jurisdiccional del Estado, mediante la formulación de una pretensión dirigida a obtener el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo que ha impuesto ciertos deberes u obligaciones a una autoridad, la cual se muestra renuente a cumplirlos (Corte Constitucional, Sala Plena. C-157, 1998).

Y Exhorta la Corte Constitucional a ilustrar que la acción de cumplimiento- Desarrolla el principio constitucional de la efectividad de los derechos

El referido derecho se nutre del principio constitucional de la efectividad de los derechos que es anejo al Estado Social de Derecho, pues si éste busca crear unas condiciones materiales de existencia que aseguren una vida en condiciones dignas y justas a los integrantes de la comunidad, y la acción de los poderes públicos para lograr estos propósitos se traducen en leyes y actos administrativos, toda persona como integrante de ésta, en ejercicio del derecho de participación política e interesado en que dichos cometidos materiales se realicen, tiene un poder activo para instar el cumplimiento de

dichas leyes y actos, acudiendo para ello al ejercicio de una acción judicial (Corte Constitucional, Sala Plena. C-157, 1998).

Los Derechos que protege la Acción de Cumplimiento, se estipula que está orientada a darle eficacia al ordenamiento jurídico a través de la exigencia a las autoridades y a los particulares que desempeñen funciones públicas, de ejecutar materialmente las normas contenidas en las leyes y lo ordenado en los actos administrativos, sin que por ello deba asumirse que está de por medio o comprometido un derecho constitucional fundamental. En efecto, la misma Ley 393 de 1997 en su artículo 9o. señala que la acción de cumplimiento es improcedente cuando de lo que se trate sea de la protección de derechos fundamentales, pues de acudir a dicha acción con este propósito a la respectiva solicitud debe dársele el trámite prevalente correspondiente a la acción de tutela (Corte Constitucional, Sala Plena. C-157, 1998).

4. HABEAS DATA

Según la Constitución Política Colombiana de 1991, se establece en el artículo 15 que: Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptados o registrados mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Con el fin de prevenir la comisión de actos terroristas, una ley estatutaria reglamentará la forma y condiciones en que las autoridades que ella señale, con fundamento en serios motivos, puedan interceptar o registrar la correspondencia y demás formas de comunicación privada, sin previa orden judicial, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes. Al iniciar cada período de sesiones el Gobierno rendirá informe al Congreso sobre el uso que se haya hecho de esta facultad. Los funcionarios que abusen de las medidas a que se refiere este artículo incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar. Para efectos tributarios judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley (Const., 1991, art. 56).

En principio, puede decirse que sujeto activo del Hábeas data es toda persona, natural o jurídica, cuyos datos particulares sean captados en un archivo público o privado "susceptible de tratamiento automatizado", como lo ha puesto de presente la Corte Constitucional (Cifuentes, 1997, p.87).

La Corte Constitucional ha reconocido que dependiendo de la naturaleza de cada derecho fundamental en concreto, las personas jurídicas pueden ser titulares activos de posiciones ius fundamentales. Desde este punto de vista, nada se podría oponer a que las personas jurídicas pudiesen, en este caso, ser consideradas titulares activos del Hábeas data. La misma consideración del Hábeas data como derecho autónomo, cuya configuración trasciende el ámbito de la intimidad, contribuye a justificar aún más la posibilidad de extender a las personas jurídicas la titularidad del mencionado derecho (Cifuentes, 1997, p.87).

Por el aspecto pasivo, los sujetos potencialmente obligados serían todas aquellas personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que organicen bancos de datos diseñados con el fin de poner en circulación los datos que almacenen o con aptitud para hacerlo y generar información a terceros (Cifuentes, 1997, p.87).

El Hábeas data se incluye en el capítulo 1 del título II de la CP, en el que se enuncian los Derechos Fundamentales. Aunque en estricto rigor el Hábeas data corresponde a un específico proceso constitucional ideado para cumplir diversos propósitos, en la Constitución se enuncian, a título de derecho sustantivo varias facultades de la persona concernida por los datos y se confía a la acción de tutela, en principio, su protección judicial. Si bien la Corte Constitucional se ha limitado a conferir a la ubicación de los derechos bajo el mencionado capítulo y epígrafe, un valor meramente ilustrativo o indicativo de la naturaleza de un determinado derecho – no enteramente conclusivo –, no se ha puesto jamás en duda que el Hábeas data ostente la condición de derecho fundamental (Cifuentes, 1997, p.87).

De otro lado, no deja de tener alguna significación que el artículo 15 de la CP, en el que se regula el Hábeas data, se ocupe básicamente del derecho a la intimidad personal y familiar y de la inviolabilidad de la correspondencia, además de establecer una excepción a la reserva de documentos privados (Cifuentes, 1997, p.87).

De hecho, la Corte Constitucional, en un primer momento, no dudó en

acomodar conceptualmente el Hábeas data dentro del ámbito del derecho a la intimidad. En esa oportunidad se precisó que la intimidad se proyectaba en dos dimensiones: como secreto de la vida privada (sentido estricto) y como libertad (sentido amplio). La primera dimensión ofrecería la visión tradicional de la intimidad marcadamente individualista y portadora de facultades de exclusión de signo negativo. La segunda, conferiría a la intimidad el carácter de libertad pública y la habilitaría para enfrentarlas amenazas que en el mundo moderno se ciernen sobre ella. Concluye la Corte: “[...]en las nuevas condiciones creadas por la emergencia de sofisticadas tecnologías, la intimidad adquiere más y más objetiva naturaleza política como que apunta a lograr un justo equilibrio en la distribución del poder de la información y no exclusivamente, como en el pasado, a garantizar los apetitos de soledad de una persona” (Cifuentes, 1997, p.87).

Posteriormente, en la sentencia de unificación jurisprudencial SU-082 del 1 de marzo de 1995, la Corte rectificará el anterior criterio y atribuirá al Hábeas data una configuración autónoma y propia como quiera que “a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, en Colombia el Hábeas Data está expresamente establecido en la Constitución”. En esta ocasión la Corte señaló que el núcleo esencial del Hábeas data estriba en la defensa del derecho a la “autodeterminación informática”, en cuya virtud la persona a la cual se refieren los datos que reposan en un archivo público o privado está facultada para autorizar su conservación, uso y circulación (Cifuentes, 1997, p.87).

Dos consecuencias principales se siguen de la caracterización del Hábeas data como derecho fundamental. De una parte, la regulación de este derecho y la determinación de los procedimientos y recursos para su protección sólo pueden consagrarse a través de leyes estatutarias (se aprueban por mayoría absoluta de los miembros del Congreso dentro de una sola legislatura y su trámite comprende la revisión previa de la constitucionalidad del proyecto por parte de la Corte Constitucional) (Cifuentes, 1997, p.88).

De otra parte, entre los mecanismos de defensa judicial del derecho, se destaca la acción de tutela que puede reclamarse ante cualquier juez, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario. Con el objeto de ilustrar la efectividad de la tutela, basta señalar que por disposición constitucional “en ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución”. Las sentencias de tutela se remiten a la Corte Constitucional para su eventual revisión (Cifuentes, 1997, p.88).

En ausencia de la ley estatutaria ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional la encargada de delinear los contornos del Hábeas data y desarrollar sus aspectos más relevantes. En ninguna otra materia, como en ésta, las sentencias de la Corte Constitucional, se han convertido en fuente generadora de reglas y criterios jurídicos. Por consiguiente, con base en lo expresado por la Corte se procederá a exponer tanto el contenido como los alcances del Hábeas data (Cifuentes, 1997, p.88).

Ya se anticipó que para la Corte Constitucional el centro de gravedad del Hábeas data viene a estar constituido por la "autodeterminación informática" y por la libertad. Dicha autodeterminación se traduce en la facultad de la persona concernida por los datos almacenados en un archivo público o privado para autorizar su conservación, uso y circulación, lo mismo que para conocerla, actualizarla y rectificarla. Estas facultades se consideran indispensables puesto que sin ellas la circulación libre de la información podría lastimar tanto la identidad de la persona como su libertad. Se descubre, de este modo, una dimensión inédita, pero necesaria, de la autonomía personal: la necesidad de controlar el flujo de información que sobre la persona y sus actos se vierte hacia el exterior y que se reproduce incesantemente a través de los canales informáticos (Cifuentes, 1997, p.89).

5. Acciones Populares

La acción popular se enmarca dentro de las siguientes normas:

-La Constitución Política de Colombia que en su artículo 88 consagró la acción popular como un mecanismo de protección de los derechos e intereses colectivos.

-La Ley 472 de 1998 la cual reglamenta y desarrolla la figura constitucional de la acción popular y establece el procedimiento.

¿Cuáles son las sentencias de constitucionalidad que han analizado el marco normativo de la acción popular?

La normatividad que regula la acción popular se ha visto modificada por las siguientes sentencias de constitucionalidad:

C - 459 de 2004,- C - 088 de 2000, C - 036 de 1998, C - 215 de 1999.

¿Qué es la acción popular?

La acción popular es un mecanismo constitucional procesal consagrado en el artículo 88 de la Constitución Política y desarrollado por la Ley 472 de

1998, que faculta a cualquier persona para acudir ante un juez competente, con el fin de solicitar la protección de los derechos e intereses colectivos, violados o amenazados, por una autoridad pública o por un particular.

¿Para qué se ejercen las acciones populares? Las acciones populares se ejercen para:

- Evitar el daño contingente
- Hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos
- Restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible ¿Cuáles son los rasgos característicos de la acción popular? La acción popular puede ser preventiva, restitutoria e indemnizatoria.

Es preventiva cuando se pretenda eliminar la amenaza a un derecho o interés colectivo para evitar su violación definitiva. Es restitutoria cuando apunta a que las cosas vuelvan a su estado anterior a la vulneración o amenaza, en la medida en que fuere posible.

Según el art. 88 de la Constitución Política Colombiana, la ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos (Const., 1991, art. 88).

De acuerdo a la Ley 472 de 1.998, en su artículo 2º. Las acciones populares, son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.

Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible (Congreso de Colombia, Ley 472, 1998, art. 2).

Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen

violar los derechos e intereses colectivos. Es importante señalar que en el agotamiento opcional de la vía Gubernativa, cuando el derecho o interés colectivo se vea amenazado o vulnerado por la actividad de la administración, no será necesario interponer previamente los recursos administrativos como requisito para intentar la acción popular y en cuanto a la caducidad la Acción Popular podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo. Cuando dicha acción esté dirigida a volver las cosas a su estado anterior, el término para interponerla será de cinco (5) años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración (Congreso de Colombia, Ley 472, 1998).

El artículo 11 destacado en negrilla fue declarado exequible con excepción de la expresión “Cuando dicha acción esté dirigida a volver las cosas a su estado anterior, el término para interponerla será de cinco (5) años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración” que fue declarada inexecutable por Sentencia C-215 de 1999 (Congreso de Colombia, Ley 472, 1998, art. 11).

En la Ley 472 de 1998 no existe una norma expresa que disponga la procedencia de la acción popular contra actos y contratos administrativos, ni tampoco norma que no lo permita, por ello, la jurisprudencia no ha sido uniforme al respecto. Los fallos que han declarado la prosperidad de las acciones populares presentadas contra contratos y actos administrativos lo han hecho, por considerar que aquellos, en los casos estudiados, vulneran derechos colectivos (Congreso de Colombia, Ley 472, 1998).

Respecto de los actos administrativos, la jurisprudencia⁴ ha expresado que la acción popular procede siempre que la existencia del acto o su ejecución amenacen o vulneren un derecho colectivo. Tal eventualidad, puede presentarse de dos maneras: la primera cuando el actor pretende la nulidad del acto; y la segunda, cuando el juez decide su inaplicación, por vía de la excepción⁵. Respecto de los contratos estatales ha dicho que la acción popular puede propender por la suspensión de la ejecución de un contrato o por la declaración de nulidad total o parcial del mismo, cuando quiera que la ejecución o la existencia del contrato, según el caso, constituyan amenaza a un derecho colectivo. Empero, si ya se ha ejercido la acción contractual y por medio de ella se busca la protección del mismo derecho, la acción popular no será procedente (Congreso de Colombia, Ley 472, 1998).

¿Existe un término de caducidad para ejercer la acción popular? La acción popular no tiene un término perentorio para interponerse. Sin embargo, la oportunidad recluye cuando cesa la vulneración del derecho o interés colectivo

(Congreso de Colombia, Ley 472, 1998).

La sentencia C-215 de 1999 proferida por la Corte Constitucional, declaró parcialmente inexecutable el artículo 11 de la Ley 472 de 1998 que establecía un término de caducidad de 5 años para las acciones populares, cuando estas estuvieran dirigidas a volver las cosas al estado anterior. ¿Quién puede interponer la acción popular? La acción popular puede ser interpuesta por cualquier persona natural o jurídica que pretenda obtener la protección de los derechos e intereses colectivos. No es indispensable que el demandante pertenezca a la comunidad afectada con la violación al interés o derecho colectivo (Congreso de Colombia, Ley 472, 1998).

Adicionalmente, las acciones populares pueden ser interpuesta por:

- El Procurador General de la Nación
- El Defensor del Pueblo o sus delegados
- Los Personeros Municipales y Distritales
- Los servidores públicos
- Las Organizaciones No Gubernamentales, las Organizaciones Populares, Cívicas o de índole similar
- Los Alcaldes
- Los servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de los derechos e intereses colectivos

¿Quiénes pueden coadyuvar las acciones populares?

Cualquier persona puede presentarse en el proceso como un tercero interviniente, es decir, coadyuvar la acción, bien sea para ayudar al demandante en las pretensiones o al demandado en las excepciones. De conformidad con el artículo 24 de la Ley 472 de 1998, la coadyuvancia sólo puede presentarse hasta antes de proferirse fallo de primera instancia. Adicionalmente, también pueden coadyuvar las acciones populares: las organizaciones populares, cívicas y similares; el Defensor del Pueblo o sus delegados; los personeros distritales o municipales; y demás autoridades que cumplan la función de velar por los intereses de la comunidad, en virtud de las funciones que tienen estatuidas (Congreso de Colombia, Ley 472, 1998, art. 24).

6. Acciones De Grupo.

Según la ley 472 de 1998 en su artículo 3º, define las Acciones de

grupo como aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad. La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios (Congreso de Colombia, Ley 472, 1998, art. 3).

Los Derechos que ampara las Acciones de Grupo son los derechos individuales, sociales, culturales y derechos colectivos, su finalidad es privada, que busca obtener una indemnización colectiva que después se reparte (Consejo Superior de la Judicatura, s.f.).

La legitimación para actuar se realiza en un número plural de personas perjudicadas que sean miembro del grupo. También el defensor del pueblo y los personeros pero en representación de miembros del grupo, requiere apoderado judicial (Consejo Superior de la Judicatura, s.f.).

El carácter de las acciones de grupo es remedial e indemnizatorio. El contenido de la sentencia en el pago de una suma que constituye un fondo para a su vez pagar a los miembros del grupo (Consejo Superior de la Judicatura, s.f.).

7. Acción De Inconstitucionalidad

Según la Constitución Política Colombiana en su Artículo 241, a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos

- sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.
4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
 5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.
 6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.
 7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.
 8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.
 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.
 11. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones.
 12. Darse su propio reglamento. Además establece en el Parágrafo. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanao el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto. (Constitución Política Colombiana, 1991, pág. 214).

Referencias

Alvarez, T. (2008). *El Habeas Corpus y la tutela de la libertad personal*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Medellín. Colombia.

Cifuentes Muñoz, E. (1997). El hábeas data en Colombia. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19730109>> ISSN 0717-2877

Cifuentes Muñoz, E. (2017). La acción de Tutela. *Ius et Praxis*, 3 (1).

Congreso de Colombia. (26 de diciembre de 1978). Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966. [Ley 74 del 1978]. DO: 32682.

Congreso de Colombia. (30 de abril de 1980). Tratado de Cooperación Amazónica, firmado en Brasilia el 3 de julio de 1978. [Ley 74 de 1979]. DO: 35.447.

Congreso de Colombia. (5 de agosto de 1998). Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo. [Ley 472 de 1998]. DO: 43.357.

Consejo Superior de la Judicatura, Acciones populares, de grupo y de cumplimiento. (s.f.). Acciones populares, de grupo y de cumplimiento.

Constitución Política Colombiana. (1991). Constitución Política Colombiana. Bogotá: Panamericana.

Corte Constitucional, Sala Plena. (11 de mayo de 2004). Sentencia C - 459 de 2004. MP: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

Corte Constitucional, Sala Plena. (14 de abril de 1999). C - 215 de 1999. MP: MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO.

Corte Constitucional, Sala Plena. (19 de febrero de 1998). C - 036 de 1998. MP: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Corte Constitucional, Sala Plena. (2 de febrero de 2000). C - 088 de 2000. MP: FABIO MORON DIAZ.

Corte Constitucional, Sala Plena. (20 de noviembre de 1994). Sentencia C-010 de 1994. MP: FABIO MORON DIAZ.

Corte constitucional, Sala Plena. (29 de abril de 1998). Sentencia C – 157 de 1998. MP: ANTONIO BARRERA CARBONELL y HERNANDO HERRERA VERGARA.

Gamboa, J. M. (2009). Derecho y realidad. Derecho y Realidad.

Presidente de Colombia. (19 de Colombia de 1991). Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. [Decreto 2591 de 1991].

EL DERECHO HUMANO AL AGUA

Milton Armando Gómez Cardozo *
Juan Carlos De Los Ríos Castiblanco **

Todas las culturas están íntimamente ligadas al concepto del agua. En la Muisca, Bachúe surge en una de las ocho lagunas de Iguaque, sobre los páramos, a más de tres mil metros de altitud, lagunas pequeñas, expresión del nacimiento de una raza. Más grandiosidad tiene el mito de Titikaka en los albores del imperio Inca (Corte Constitucional, Sentencia T - 413 de 1995).

* Milton Armando Gómez Cardozo, Abogado Universidad Libre de Colombia. Maestría en Derechos Humanos y Democratización Universidad Externado de Colombia y Carlos III de Madrid. Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Universidad Libre Seccional Barranquilla. Defensor del Pueblo Regional Atlántico. Catedrático Corporación Universitaria Americana, Universidad de la Costa CUC. Correo electrónico: armandogol@yahoo.es

** Abogado de la Universidad del Atlántico, Magister en Derecho Universidad del Norte, Investigador Asociado Colciencias, Profesor de La Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, De la Corporación Universitaria Americana, y miembro de los Grupo de investigación "Derecho Justicia y estado Social de Derecho". jderios@coruniamericana.edu.co.

Introducción

El agua ha estado ligada al desarrollo del hombre a través de la historia. Todas las civilizaciones en el transcurrir de la historia han emergido en torno al agua. El preciado líquido es indispensable para la existencia misma de la humanidad.

Expertos (Campo, 2014), indican que si no se toman correctivos en las políticas públicas el agua se ha de convertir en el “oro del futuro”; es menester verificar la inversión de recursos en infraestructura, el amparo de las fuentes de agua y la promoción de la cultura humana en torno al agua como derecho humano fundamental. Por ello es menester que la comunidad académica a través de sus grupos de investigación documente y analice los factores que rodean el uso adecuado del agua como fuente natural de vida.

El agua como recurso natural, se ve amenazada con fenómenos como: El desarrollo económico, la globalización, explosión demográfica, cambios climáticos, el calentamiento global entre otros; todos ellos atribuibles al ser humano que no ha aprendido a vivir en armonía con la naturaleza. La salida a este fenómeno es promover el desarrollo sostenible, conocido como aquel “... que asegura las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para enfrentarse a sus propias necesidades” (Díaz-Pulido et al., 2009, p.86).

La situación actual puede llevar a convertir el agua en un producto medido por la economía de mercado y sometido a las leyes de la oferta y la demanda, lo que acarreará sin duda a políticas nugatorias del derecho a la accesibilidad del agua. Razones por las cuales el ciudadano debe de estar atento al manejo del agua en las políticas públicas, la responsabilidad social de las empresas que prestan el servicio y responsabilidad en la cultura en torno al agua como derecho humano fundamental.

Con lo anterior, se pretende enlazar los elementos para concretar la idea de la imprescindible necesidad, de que los ciudadanos y ciudadanas participen activamente en el desarrollo de sus estados, que asuman el rol de investigadores sociales, en el diseño y vigilancia de las políticas públicas, como factor que permita mayores niveles de eficacia de los Derechos Humanos y por ende, un ciudadano como protagonista en la transformación positiva de la realidad social del país.

IDENTIFICACION Y DEFINICION DEL PROBLEMA

En primera instancia hay que resaltar la relevancia del ejercicio pleno de la ciudadanía, la cual se cualifica con una la investigación social, en donde se debe elegir su objeto de investigación y veeduría. Es necesario documentarse en cuáles son las necesidades o déficit en materia de política pública en un determinado ente territorial o localidad; servicios públicos, salud, educación..., en nuestras ciudades la lista es inagotable; pero ante la gran cantidad de problemáticas, no se puede caer en la trampa de pretender abarcarlo todo.

Es imperioso especializarse, cada política pública, encierra un derecho humano, que en un estado social y democrático de derecho es base de legitimación del gobierno, cuando pone su operación al servicio de las necesidades de su pueblo soberano, todo esto enmarcado en un sistema democrático que exige la participación activa en la cosa pública. En nuestro ejercicio nos ocuparemos del derecho humano al agua.

La investigación social es un proceso de aprendizaje, debe concretarse a los documentos o información, que se reciban en concreto con la dinámica de la política pública que se indague. Se debe acudir a buscar otras formas o modelos de administrar y ejecutar la política pública que desarrolle, el derecho objeto de la investigación, la historia de la política o las experiencias exitosas en otros lugares.

Inicialmente identificaremos el núcleo esencial del derecho humano al agua, constituido por factores o elementos mínimos, establecidos por órganos internacionales del Sistema Universal de Derechos Humanos, incorporados a la normatividad interna. El núcleo esencial de los derechos fundamentales como categoría límite frente al Estado que debe adoptar medidas legislativas o administrativas, para respetar y garantizar el núcleo del derecho que no puede ser vulnerado, pues con ello perdería cualquier eficacia, afectando la esencia del derecho fundamental.

Normatividad del derecho al agua.

El contenido normativo del Derecho Humano al Agua, se estudiara tomando como fuente la normatividad internacional que regula el Derecho y en el nivel interno se ha elaborado una línea jurisprudencial con la lectura de las decisiones de la Corte Constitucional Colombiana en relación con el derecho al agua, donde se concluye la categoría que da la Corte al agua y las normas internas e

internacionales que soportan tales decisiones.

Normas Internacionales. En el ámbito internacional el Derecho Humano al Agua está reglamentado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en adelante PIDESC (artículos 11 y 12), donde se hace un reconocimiento tácito del derecho al agua, por su relación íntima con el derecho a la dignidad, la vida y la salud (Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales, 1966).

En desarrollo de los artículos anteriores, el Comité de las Naciones Unidas de seguimiento al PIDESC, nominó el Derecho al Agua mediante la Observación General No. 15 (ONU, 2002), que establece que “(...) *el derecho humano al agua potable suficiente y salubre es una precondition a la realización de todos los derechos humanos.*”

La Observación, en sus motivaciones, afirma que el agua es un bien público fundamental para la vida y la salud, indispensable para vivir una vida con dignidad humana, y que es un requisito previo para la realización de otros derechos. Anota la observación No. 15 que el derecho humano al agua atribuye a la persona el derecho a tener acceso a agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y adquirible para el uso personal y doméstico. Lo cual implica todos los momentos vitales, desde la prevención en la hidratación del cuerpo que garantiza la salud, hasta las necesidades de aseo personal y doméstico.

En el artículo 11, párrafo 1, La palabra incluso significa que el catálogo de derechos no tiene la intención de ser limitado, por tanto dentro de esas condiciones el ser humano, no puede prescindir del derecho al agua.

No obstante, el CPIDESC había emitido la Observación General No. 6, en su artículo 11 (ONU, 1982), donde reconoció el derecho al agua, contenido en el artículo 11, párrafo 1 del PIDESC. De la misma manera, se cumple lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 1 del PIDESC, en cuanto el agua es un elemento indispensable para una buena salud y, por consiguiente, para la vida. Asimismo, ocurre con la agricultura, en donde se debe asegurar el suministro de agua que garantice las condiciones de productividad, como así lo señala Observación General No. 12 (ONU, 1999).

El derecho al agua contiene ambas libertades y atribuciones en materia de Derechos Humanos: la negativa, con la cual se prohíbe cualquier interferencia en el acceso a las fuentes de agua y la no contaminación de las mismas; y, por

otro lado, una acción positiva donde se exige la existencia de un sistema de suministro y manejo hídricos, que le proporcione a los pueblos igualdad de posibilidades en el acceso al agua. El agua es un bien social y cultural y no un bien económico. De aquí, que el desarrollo del derecho al agua debe ser sostenible, para garantizar el acceso a este derecho para la generación presente y las futuras¹.

El derecho al agua, según la Observación General No. 15, debe tener unos mínimos de exigencia, para lo cual se han identificado unos factores:

“Disponibilidad. El suministro de agua para cada persona debe ser suficiente y continuo para el uso personal y doméstico. La cantidad de agua disponible corresponde a unos lineamientos de la Organización Mundial de la Salud (O.M.S), sin que sea un límite para condiciones extremas en donde se demande mayor cantidad de agua.

Calidad. El agua debe tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal y doméstico, debe ser salubre, libre de microorganismos y contaminantes que amenacen la salud de las personas.

Accesibilidad. El agua, los servicios hídricos y las instalaciones deben ser accesibles a todos sin discriminación dentro de la jurisdicción del estado, la accesibilidad tiene cuatro dimensiones:

Accesibilidad física. El sistema abastecedor de agua debe estar al alcance físico y seguro de todos los habitantes de una población:

- El agua suficiente, salubre y aceptable debe estar accesible, dentro de la, o en la inmediata vecindad, de cada casa, escuela y lugar de trabajo.
- Todas las instalaciones y servicios hídricos deben ser de calidades suficientes, adecuadas y sensibles a los requerimientos de género, ciclo vital y privacidad.
- La seguridad física no debe quedar amenazada en el acceso a los servicios hídricos ni a las instalaciones.

Accesibilidad económica. El sistema abastecedor de agua debe estar al alcance económico de todos. Los costos y gravámenes directos e indirectos

¹ Observación General Número 15, op. Cit.

asociados a la seguridad hídrica deben contener un costo razonable que no comprometa la realización de otros derechos.

Sin Discriminación. El agua, los servicios hídricos y las instalaciones deben ser accesibles para todos incluyendo los sectores más vulnerables o marginados de la población.

Accesibilidad a la Información: Incluye el derecho a buscar, recibir y dar información referida a la problemática del agua.”(2002).

LINEA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA SOBRE EL DERECHO HUMANO AL AGUA

La Corte Constitucional Colombiana, en el desarrollo de sus sentencias ha ido paulatinamente incorporando los convenios y las observaciones generales que los diferentes comités de la Organización de las Naciones Unidas, instituidos para hacer seguimiento al desarrollo y cumplimiento de los pactos internacionales hacen en relación con los derechos. Los primeros con carácter vinculante y los segundos considerados como derecho dúctil o suave; que en principio no tendría valor vinculante para los estados.

Es entonces cuando la Corte Constitucional los hace vinculantes a través de sus sentencias, las cuales construye, en muchas ocasiones, utilizando como argumentos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. Con lo cual adquieren, en el caso de las Observaciones Generales y Declaraciones, valor vinculante para el operador público por vía de jurisprudencia. Que en conjunto con los tratados, pactos y convenciones internacionales imponen normativamente deberes de respeto, garantía... Por ello, el estudio de la línea jurisprudencial, como metodología que concreta la jurisprudencia es de innegable importancia para depurar la jurisprudencia constitucional como fuente formal del derecho.

Lo que indica, acudiendo al art. 4 de la constitución, que la carta política está viva y se revitaliza aún más con los fallos de constitucionales de la Corte. Que son ley fundamental para los servidores públicos y particulares que integran la sociedad Colombiana.

JUSTIFICACIÓN DE LA LÍNEA

La Constitución de 1991 define a Colombia como un estado social y

democrático de derecho, en el cual debe primar la justicia material, que se logra con la efectividad de los derechos fundamentales. Fin para el cual se creó la Acción de Tutela, que es el mecanismo que ha dimensionado, de mayor y mejor manera, el carácter vinculante de la Constitución, reivindicando su primacía normativa; a la vez, con el nutrido número de sentencias, ha estructurado la jurisprudencia constitucional, que, en su ratio decidendi, adquiere valor vinculante, de obligatorio cumplimiento, para los operadores jurídicos, proceso que ha consolidado la Jurisdicción Constitucional.

Sin embargo, llama la atención el hecho de que todavía no se tenga precisión sobre el alcance jurisprudencial de algunos derechos fundamentales. Por esta razón, se hace necesario un estudio metodológico de la jurisprudencia constitucional, para precisar de una forma más expedita el contenido de los precedentes constitucionales. Para ello, se ha venido construyendo líneas jurisprudenciales, las cuales, con un análisis pausado y sesudo de las sentencias, sirven como metodología para seguir el rastro de las diferentes posiciones que, en el transcurso del tiempo, ha venido sosteniendo la Corte en un tema o derecho en particular.

Ya desde 1992, la Corte Constitucional planteaba la posibilidad de un catálogo abierto de Derechos Fundamentales; entonces, para su identificación, definía unos criterios que ponen en evidencia la existencia del derecho: 1) conexión directa con los principios constitucionales; 2) eficacia directa y 3) contenido esencial. No siendo más importante la consagración de un derecho fundamental, sino la aplicación eficaz del mismo.

El presente trabajo se nutre de la metodología esbozada por Diego López (2006), en su trabajo de Interpretación Constitucional. En primera instancia, hemos escogido, como punto arquimédico, la sentencia T-381/09, sentencia elegida por ser una de las más recientes en el tiempo a partir de ella se implementó la ingeniería de reversa, utilizando inicialmente las sentencias que se citan en la sentencia arquimédica, de las cuales, entre otras, se hace un análisis de su contenido normativo y hermenéutico en relación con el derecho humano al agua.

Problema Jurídico de la Línea

¿Se Viola el derecho constitucional al suministro de agua potable, dignidad humana, a la vida y la salud frente a la amenaza o vulneración por el prestador del Servicio Público, por incurrir en omisión en la prestación del servicio de

acueducto y alcantarillado? No obstante, existe un problema adjunto: ¿Es procedente la acción de tutela para hacer efectivo el derecho humano al agua?:

Tesis

Se trabajara con dos tesis la primera donde se establece el máximo reconocimiento del derecho y el segundo de donde parte el análisis de la corte.

Tesis I

Existe un derecho fundamental autónomo al agua y la acción de tutela es procedente para su protección.

Tesis II

El agua es un servicio público, cuya limitación afecta directamente los derechos fundamentales a la vida y a la salud; por ello, es procedente su protección por vía de tutela.

Patrón Fáctico Similar

El conjunto de sentencias que se estudiaron, dieciséis (16) en total, corresponde a un período de 18 años, conformando el “nicho citacional”: Sentencia T-406 de 1992, Sentencia T-578-92, Sentencia T-539 de 1993, sentencia T-244 de 1994, sentencia T-523 de 1994, sentencia T-092 de 1995, sentencia T-379 de 1995, sentencia T-413 de 1995, sentencia T-410 de 2003, sentencia T-1104 de 2005, sentencia T-270 de 2007, sentencia T-022 de 2008, sentencia T-888 de 2008, sentencia T-381 de 2009, sentencia T-546 de 2009, sentencia T-143 de 2010, sentencia T-541 de 2013, sentencia T-028 de 2014 y la sentencia T-641 de 2015.

La sentencia fundante de la línea es la Sentencia No. 413 de 1995, por cuanto en el desarrollo de la línea jurisprudencial, contiene elementos normativos que constituyen los primeros pasos hacia el alcance normativo que en la actualidad tiene el derecho humano al agua.

Los hechos a que se refieren las sentencias señalan situaciones en donde se ha vulnerado o amenazado el derecho humano al agua, dignidad humana, la vida y a la salud, por parte de particulares y/ o entes estatales comprometiendo el acceso, la disponibilidad, la continuidad y la calidad del agua potable y saneamiento básico.

Hemos identificado tres fases:

1. Se hace alusión al agua como un derecho económico social y cultural DESC, y se plantea el conflicto entre la progresividad de los DESC, su carácter prestacional y la eficacia de los mismos en el marco del Estado Social de Derecho;
2. Se vincula el agua como derecho con el medio ambiente y el desarrollo sostenible.
3. Tercera fase, en donde ya la Corte decanta su jurisprudencia y habla del derecho humano al agua, cuando está destinado al consumo humano, para lo cual utiliza como fuente instrumentos internacionales.

La relación del agua con los servicios públicos está presente en las tres fases, pero con diferente connotación.

A continuación analizaremos las tres fases señaladas resaltando los más importantes elementos normativos de cada una de ellas.

Primera Fase

En este un primer momento, la Corte, en Sala de Revisión, basa sus consideraciones en los siguientes problemas jurídicos:

Sentencia T-406 /92

- El alcance del estado social de derecho y la delimitación de los derechos fundamentales.
- El alcance de los derechos económicos sociales y culturales y su relación con los derechos fundamentales.

La sentencia es importante ya que traza los primeros caminos hacia la solución del conflicto sobre la capacidad de la Corte de emitir sentencias que ordenaran a las autoridades sobre aspectos de política pública. No obstante, la corte, en la sentencia, deja claro cuál es su finalidad, luego establece la pauta para determinar cuándo un derecho es fundamental, integrando a este concepto los DESC, en casos determinados.

Sobre el derecho al agua, se refiere en el ámbito general de los DESC, pero precisa que su protección se da por la afectación de principios y derechos

constitucionales expresamente fundamentales, así como a través de un análisis sistemático de la Carta.

La Corte maneja el tema del agua más como un servicio público ligado a los fines esenciales del Estado Social.

Sentencia T-578 /92

- La procedencia de la acción de tutela contra particulares.
- La protección de los DESC, en un estado social de derecho.
- Los servicios públicos dentro de los fines esenciales del estado en la constitución del 1991.

El agua es definida dentro de los servicios públicos y su relación con los fines esenciales del estado y el estado social.

Los derechos civiles y políticos no serían posibles sin una efectividad mínima de los derechos sociales., “la base de todos los derechos es la dignidad humana, que constituye un todo indisoluble en donde la realización de unos derechos no puede ir en detrimento de otros.” Convención Americana

Se hace alusión en sentido negativo del derecho al agua, que se hace en sentencia “Igualmente no es derecho constitucional fundamental cuando el suministro de agua esté destinado a la explotación agropecuaria, casos en los que se trata del establecimiento de una servidumbre de acueducto de carácter privado cuya consagración es eminentemente legal y no constitucional”; expresión donde pareciera que la Corte se refería al servicio público de agua, y no a un derecho humano al agua autónomo. Se refuerza tal hipótesis cuando, sobre el análisis del caso concreto, la Corte dice: “El agua constituye fuente de vida y la falta del servicio atenta directamente con el derecho fundamental a la vida de las personas”.

Con lo que podemos inferir que, en el espíritu del fallo, el magistrado aún no asimilaba el agua como derecho humano, sino como servicio público que al atentar contra la salud y otros derechos fundamentales, adquiriría la posibilidad de protección por vía de tutela.

La posición de las sentencias indica una posición inicial en donde se

considera el agua como servicio público esencial.

Segunda Fase.

La Corte, en Sala de Revisión, en las sentencias T- 539 de 1993, T-244 de 1994, T-523 de 1994, T-092 de 1995, T-379 de 1995, basa sus consideraciones en los siguientes problemas jurídicos referidos en forma general a la acción de tutela y al agua, en relación con la procedencia de la Acción de Tutela señala que los elementos que son propios del ambiente sano, son tutelables por su relación directa con la vida y la salud en virtud de la conexidad. Nos ocuparemos solamente de los problemas jurídicos referidos al agua:

El agua es un servicio público esencial, indispensable para la vida. El estado debe reglamentar la forma de prestar los servicios públicos. El agua es un servicio público domiciliario, indispensable para la vida. La ley fijará las competencias y responsabilidades pertinentes, su cobertura, calidad y financiación y el régimen tarifario que tendrá en cuenta, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos (artículo 367 C.N.).

(...)

El suministro de agua potable es un servicio público domiciliario cuya adecuada, completa y permanente prestación resulta indispensable para la vida y la salud de las personas.

El agua es un elemento esencial del medio ambiente. Existe un derecho a gozar de un ambiente sano (agua potable). La Corte hace mención al agua en relación con los derechos colectivos; en la primera fase las sentencias ubican al agua en sede de los DESC, hecho que pone en evidencia lo embrionario del proceso hermenéutico en la corte a cerca del derecho humano al agua. Hace alusión a la posibilidad de ejercer la Acción de Tutela, frente a la violación o amenaza de un derecho colectivo, incluso cuando sea prestado por particulares.

El ambiente sano está ligado entre otras cosas al hecho de consumir agua potable. El mantenimiento de la pureza en la fuente de nacimiento es una política nacional en relación con los recursos naturales renovables.

Función ecológica de la propiedad (protección a los nacimientos de agua). El agua es de dominio público. En relación con la función social de la propiedad, la sentencia hace énfasis en la posibilidad de regular o limitar el alcance de la

libertad económica, cuando así lo exijan las condiciones del ambiente, el interés social y el patrimonio cultural de la nación.

(...)

Las aguas, en su mayoría, son de dominio público, y algunas muy escasas de dominio privado. El Estado es propietario de los cauces y de todo aquello que trata el artículo 83 del Decreto 2811 de 1974 y también es dueño de aguas termales y minerales. Y, tratándose de agua dulce, ésta, como recurso natural renovable, merece protección especialmente en su nacimiento que hoy más que nunca es factor de equilibrio ecológico...”.

La afirmación anterior tiene mayor fuerza cuando la Constitución del 91 estableció en su artículo 332 que el Estado es propietario de los recursos naturales no renovables y ya se dijo que el agua es uno de éstos.

La vulneración del derecho a la salud y a la vida, por el consumo de agua no apta para el consumo humano. El agua -un elemento esencial del medio ambiente -. El deber de garantía del Estado radica en “(...) su preservación, conservación, uso y manejo está vinculado con el derecho que tienen todas las personas a gozar de un ambiente sano (...)”. Se sigue utilizando el tema de la conexidad, pero cada una de las sentencias observamos con menor frecuencia alusión a los servicios públicos.

Sobre el manejo que se debe dar al agua, se anticipan los elementos que constituyen su núcleo esencial, según lo anotado por el CIPIDESC, en la Observación No. 15: “...aparte de que la conservación de la calidad de las aguas, su aptitud, disponibilidad y suficiencia para el consumo humano, se consideran esenciales para asegurar el goce y vigencia de los derechos fundamentales a la salud y a la vida y los demás que se derivan de estos”.

Tercera Fase

Está integrada por la sentencia T-413/95 sentencia fundante de la línea, T-410 de 2003, T-1104 de 2005, T-270 de 2007, T-022 de 2008, T-888 de 2008, T-381 de 2009, T-546 de 2009, T-143 de 2010, T-541 de 2013, T-028 de 2014 y T-641 de 2015. De la misma manera que en la segunda fase nos ocuparemos únicamente de los argumentos que la Corte Constitucional utiliza para definir el derecho humano al agua como derecho fundamental autónomo.

El Estado Social de Derecho y el derecho al agua. La sentencia T-143 de 2010.

“es un objetivo fundamental del Estado el de garantizar “la solución de las necesidades insatisfechas de la población” (art. 366, C.P.). Entre ellas ocupa un lugar especial, como lo dice el texto mismo de la Carta, la solución de la necesidad insatisfecha “de agua potable” (ídem). Esta enunciación ha conducido a una amplia y reiterada jurisprudencia constitucional, en virtud de la cual se ha aceptado que el derecho al agua potable, cuando está destinada al consumo humano, “es un derecho constitucional fundamental y como tal [puede] ser objeto de protección a través de la acción de tutela”.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en la sentencia T-270 de 2007, sobre la continuidad en la prestación de los servicios públicos, los cuales liga a la satisfacción de las necesidades básicas del individuo en desarrollo del Estado Social de Derecho de la carta política de 1991. Los servicios públicos no son una carga sino “un logro de los ciudadanos, en el cual el Estado está al servicio de los gobernados”.

“Los servicios públicos como instancia y técnica de legitimación no son fruto de la decisión discrecional del poder público sino aplicación concreta del principio fundamental de la solidaridad social (CP arts. 1 y 2). A través de la noción de servicio público el Estado tiene el principal instrumento para alcanzar la justicia social y promover condiciones de igualdad real y efectiva.”

Ahora bien, en relación con la solidaridad que implica el pago de la prestación del servicio público, lo cual entra en tensión con las medidas positivas a que está obligado el Estado para la realización de los derechos fundamentales de los coasociados, entre ellos la prestación ininterrumpida de los servicios públicos, la salida a esta tensión debe ser la que menos efectos nocivos implique al ciudadano, para lo cual habrá que acudir a un juicio de proporcionalidad.

“(…) el carácter solidario de los servicios públicos se suma a la necesidad de que estos sean prestados ininterrumpidamente: es decir, que los inconvenientes particulares no tengan como efecto la suspensión en la prestación del servicio.” (Corte Constitucional, Sala sexta de revisión de tutelas, Sentencia T-380, 1994).

La Corporación sostiene que el derecho-deber de las empresas de servicios públicos domiciliarios de suspender el servicio al deudor moroso, tiene tres

finalidades constitucionalmente permitidas y valiosas: 1. La de garantizar la prestación del servicio público a los demás usuarios. 2. La de concretar el deber de solidaridad, que es un principio fundamental del Estado. 3. La de evitar que los propietarios no usuarios de los bienes, sean asaltados en su buena fe por arrendatarios o tenedores incumplidos en sus obligaciones contractuales.

La modificación del modelo de Estado operada por la Constitución de 1991, impone una dinámica diferente en términos de los derechos y las obligaciones de los ciudadanos. A la concesión de un catálogo ampliamente generoso de derechos le corresponde una serie no menos importante de deberes de rango constitucional.

La dinámica que tienen los derechos con los deberes, es el ejercicio permanente que admite tener condiciones de convivencia pacífica, el estado somos todos, el aparato gubernamental no podría operar sin una conciencia ciudadana fuerte, un ciudadano respetuoso de la ley, de las reglas de convivencia, el estado social, implica una serie de obligaciones de hacer y de no retroceder en materia de eficacia de los derechos humanos, pero sin el compromiso ciudadano, los progresos que se consigan con gran esfuerzo se perderán en un solo instante.

El principio de solidaridad es el centro de toda la argumentación anterior, dice la sentencia; “esta dinámica derechos-deberes se realiza de manera especial en el ámbito de la prestación de los servicios públicos cuyo funcionamiento se encuentra constitucionalmente informado por el principio de solidaridad. Donde la prestación del servicio depende de la solidaridad.”

La prestación efectiva de los servicios requiere como elemento principal que las empresas prestadoras sean viables financieramente. La reiteración de prácticas ilegales de no pago deterioran no sólo el interés económico de las empresas, sino que pueden incluso conducir al cierre de las mismas y con ello a la imposibilidad material de la prestación del servicio público. Artículo 365 de la Constitución.

La Dignidad Humana, la Vida y el derecho al agua. La Corte señala en la sentencia 410 de 2003, que la dignidad humana está íntimamente relacionada con la igualdad material, real y efectiva, al tenor de lo preceptuado en artículo 13 constitucional, en el sentido de acceder a bienes y servicios materiales y así disfrutar de ciertas condiciones de vida, entre los que se cuenta el agua como el bien máspreciado por el hombre, necesario para su subsistencia.

En un sentido práctico, introducir la dignidad humana, como elemento hermenéutico del derecho al agua, afianza el sustento dogmático necesario para la protección eficaz del derecho, a través de la acción de tutela.

En desarrollo de lo anterior, la Corte afianza el carácter de derecho fundamental al agua, cada vez más con mayor autonomía, desprendiéndose del factor de conexidad, aunque a esta altura de la línea, la corte deja entrever, que el carácter de derecho humano al agua autónomo y la conexidad en vez de ser contradictorios podrían ser complementarios.

Para ello, introduce el derecho y principio de la dignidad humana, el cual había sido citado en la línea jurisprudencial únicamente en la sentencia T-406 de 1992, pero haciendo referencia al carácter vinculante de los DESC. Manifiesta que la dignidad humana, en su núcleo esencial, incluye condiciones mínimas de existencia, dentro de la órbita de la autonomía, prestacional y de respeto por la libertad.

La sentencia T- 410 de 2003, citando la sentencia T-881 de 2002, en la cual afirma que el derecho a la dignidad humana es un derecho autónomo y fundamental: “El derecho a la dignidad humana, se constituye como un derecho fundamental autónomo, y cuenta con los elementos de todo derecho: un titular claramente identificado (las personas naturales), un objeto de protección más o menos delimitado (autonomía, condiciones de vida, integridad física y moral) y un mecanismo judicial para su protección (acción de tutela). Se consolida entonces como verdadero derecho subjetivo.”

Se puede por la citada vía, por la misma vía, respetuosamente, hacer la misma inferencia con el derecho al agua: El derecho humano al agua se constituye como un derecho fundamental autónomo, y cuenta con los elementos de todo derecho: un titular claramente identificado (las personas naturales), un objeto de protección más o menos delimitado (condiciones de vida, la vida, integridad física, la salud) y un mecanismo judicial para su protección (acción de tutela). Se consolida entonces como verdadero derecho subjetivo.

Reafirma el derecho fundamental al agua, cuando está destinado al consumo humano, su relación directa con la dignidad humana, pues sin el preciado líquido las condiciones de existencia se limitarían en forma considerable, llegando incluso a la extinción de la vida, sobre la dignidad humana índico:

“A lo largo de la jurisprudencia de la Corte en relación con la “dignidad

humana”, ésta Corporación ha identificado tres esferas propias en las que hay lugar a su protección: Primero, la dignidad entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). Segundo, la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y, por último, la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)” (Corte constitucional, Sala Segunda de Revisión, Sentencias T-1134 de 2004; Sala Séptima de Revisión, T-881 de 2002).

En relación con el derecho a la vida, la Corte cita un aparte de la sentencia T-578 de 1992, ya reseñada.

“En principio, el agua constituye fuente de vida y la falta del servicio atenta directamente con el derecho fundamental a la vida de las personas. Así pues, el servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado en tanto que afecte la vida de las personas (CP art. 11), la salubridad pública (CP arts. 365 y 366) o la salud (CP art. 49), es un derecho constitucional fundamental y como tal ser objeto de protección a través de la acción de tutela.”

Grupos de especial protección. La Corte en su sentencia T- 143 de 2010, especifica que cuando la acción de tutela este dirigida a la protección de un grupo, para el caso de la Sentencia, una comunidad indígena, titulares de los derechos a la integridad, a la supervivencia y el derecho fundamental a la integridad étnica y cultural, como comunidades diversas que esos derechos tienen carácter fundamental y pueden ser protegidos mediante acción de tutela, en cada caso. Cita la sentencia el Convenio 169 de la OIT, el art 7, 330 C.N.

Ya la sentencia T-523/94, planteaba dentro de sus comentarios, el estado de indefensión o de subordinación del afectado y el criterio de igualdad material, que trae consigo las acciones afirmativas; principio de igualdad consagrado en la constitución en el art. 13, permite un trato distinto en las siguientes condiciones:

“1- En primer lugar, que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; 2- En segundo lugar, que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad; 3- En Tercer lugar, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; 4- En cuarto lugar, que el supuesto de hecho-esto es, la diferencia de situación, la

finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga- sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna; Y en quinto lugar, que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican.” (Corte constitucional, Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-523 de 1994).

Derecho al agua, su carácter de servicio público. La sentencia T-410/03 dice:

“El agua es un derecho fundamental cuando está destinada al consumo humano, caso en el cual puede ser amparado a través de la acción de tutela”.

Luego, reitera los análisis en relación con el agua potable, su carácter de servicio público, su relación con la vida y con los fines esenciales del estado social de derecho.

Cita la Corte, en la sentencia T-1104/05, la Gaceta Constitucional (1991), donde se hace indica que los servicios públicos en el derecho moderno son derechos fundamentales

“(…) Estado debe procurar el bien común y la satisfacción de las necesidades colectivas, entre ellas las de los servicios públicos cuyo tratamiento en el Derecho moderno los consagra como uno de los derechos fundamentales de los asociados”.

La incorporación, en la jurisprudencia, de lo anotado en la gaceta constitucional No. 51, introducen un argumento para indicar que en algunos casos los servicios públicos esenciales constituyen derechos fundamentales y abre una gama de posibilidades a la exigencia del derecho humano al agua como derecho autónomo. Como hemos anotado en la parte introductoria, los doctrinantes hablan de una dignidad humana unitaria (Bazán, 1997), en donde no se podría hablar de una división o clasificación de derechos, por el carácter universal, interdependiente e indivisible de los derechos humanos.

El Derecho al agua y los Instrumentos Internacionales. La sentencia T-270 de 2007, introduce en la jurisprudencia normas internacionales.

En lo atinente al derecho a la vida en condiciones dignas y el derecho al agua, la sentencia acude a instrumentos internacionales; cita el Pacto Internacional

de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 11 – sobre el derecho a un nivel de vida adecuado, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados - y el artículo 12 - derecho a la salud en condiciones óptimas; relacionados con otros derechos de la declaración de derechos humanos, derechos a la vida y a la dignidad humana).

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en el año 2002, en sesiones en Ginebra, presentó la observación número 15, sobre el derecho al agua:

“El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos.

(...)

El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica.”

Indica que el agua es necesaria para la vida del hombre en todos los ámbitos; personal y doméstico: Producción de alimentos, higiene, ejercer el derecho al trabajo.

“(…) También debe darse prioridad a los recursos hídricos necesarios para evitar el hambre y las enfermedades, así como para cumplir las obligaciones fundamentales que entraña cada uno de los derechos del Pacto”

En síntesis los elementos que debe cumplir el derecho al agua: i) debe ser adecuado a la dignidad, la vida y la salud humana; ii) el agua debe tratarse como un bien social y cultural y no como un bien económico; iii) el ejercicio del derecho al agua debe ser de tal forma que sea sostenible tanto para las generaciones actuales como para las futuras

La observación trae los elementos del derecho al agua: i) La disponibilidad; ii) La calidad; y iii) La accesibilidad. La corte indica que la carta política del 1991,

hace eco de los postulados 365 y 366 de la constitución política.

Para introducir lo normado en la Observación General No. 15 la corte hace uso del Bloque de Constitucionalidad:

“i) Los derechos y deberes consagrados en la Constitución se interpretan de acuerdo con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. ii) El Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales hace parte del bloque de constitucionalidad, ampliando el espectro de protección por vía de tutela de los derechos fundamentales. ii) las observaciones efectuadas por el órgano competente, esto es, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, se constituyen en criterio válido de interpretación del Pacto, cumpliendo así una función de complementariedad del marco normativo de los derechos fundamentales que se consideran vulnerados. iv) los Estados partes del Pacto “tienen la obligación especial de facilitar agua y garantizar el suministro necesario de agua a quienes no disponen de medios suficientes, v) Que en el numeral 27 de la Observación comentada, el Comité indicó como mecanismo idóneo para garantizar la asequibilidad de la población al agua por parte de “los Estados Partes (...)” la adopción de “(...)políticas adecuadas en materia de precios; como el suministro de agua a título gratuito o a bajo costo (...)” (2002).

La Corte Constitucional, en la sentencia T- 270 de 2007, por primera vez, manera expresa, dice que el agua es un derecho social autónomo. Puntualiza:

“i) La prestación de los servicios públicos se rige por los principios de eficiencia y solidaridad,

ii) Que el agua potable, a la luz del art. 93 de la Constitución Política de 1991, en virtud de la cual se acoge como criterio de interpretación válido, la recomendación No. 15 del pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales, debe considerarse como “un derecho social autónomo,”

iii) Que la misma observación en los numerales 57 y 58 indica que “La incorporación en el ordenamiento jurídico interno de los instrumentos internacionales en los que se reconoce el derecho al agua puede ampliar considerablemente el alcance y la eficacia de las medidas correctivas, por lo que debe alentarse en todos los casos. Esa incorporación permite que

los tribunales juzguen los casos de violaciones del derecho al agua, o por lo menos de las obligaciones fundamentales, invocando directamente el pacto, Los estados Partes deben alentar a los jueces, árbitros y demás jurisperitos a que, en el desempeño de sus funciones, presten mayor atención a las violaciones del derecho al agua.” (Corte Constitucional, Sala primera de revisión. Sentencia T-270 de 2007).

La Convención sobre los Derechos del Niño reglamenta la protección reforzada en cabeza de la población infantil. El instrumento implica un deber de garantía para los estados, el cual se expresa en la obligación en el caso del agua al suministro continuo de agua potable a los niños para combatir enfermedades y la malnutrición. Su artículo 24.2 preceptúa:

“2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

(...)

c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente”. (Convención sobre los derechos del niño, 2006).

Otro instrumento de derecho internacional de los derechos humanos es la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que dispone que el suministro de agua potable es condición de posibilidad, además, del derecho a la igualdad de las mujeres en relación con los hombres:

Artículo 14, “...2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a,...h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones (1979).

Políticas publicas garantía del goce efectivo de los derechos humanos. La

sentencia T-143 de 2010, defiende la necesidad de que el carácter prestacional y programático de algunos derechos humanos, requiere de un programa una política pública que permita el avance progresivo del derecho.

En consecuencia, se desconocen las obligaciones constitucionales de carácter prestacional y programático, derivadas de un derecho fundamental, cuando la entidad responsable de garantizar el goce de un derecho ni siquiera cuenta con un programa o con una política pública que le permita avanzar progresivamente en el cumplimiento de sus obligaciones correlativas”. (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-760 de 2008).

La sentencia T-143 de 2010, enuncia tres condiciones adicionales que debe reunir la política pública para cumplir el presupuesto trazado anteriormente:

“... (i) en primer lugar, esa política debe estar acompañada de un plan de acción real para poner en marcha la política pública:

Dice la corte, se viola una obligación de carácter prestacional y programática, derivada de un derecho fundamental, cuando ni siquiera se cuenta con un plan para progresivamente cumplirla. (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-760 de 2008).

“...(ii) En segundo lugar, las finalidades de cada paso del plan deben estar específicamente centradas en la garantía del goce efectivo del derecho fundamental del cual se derivaron las obligaciones progresivas, en virtud de las cuales el plan se concibió:

También se viola el derecho cuando el plan (i) “solo está escrito y no haya sido iniciada su ejecución” (ii) “que así se esté implementando, sea evidentemente *inane*, bien sea porque no es sensible a los verdaderos problemas y necesidades de los titulares del derecho en cuestión, o porque su ejecución se ha diferido indefinidamente, o durante un período de tiempo irrazonable”. (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-595 de 2002).

(iii) En tercer lugar, las etapas de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política deben desarrollarse en un contexto que garantice la participación democrática de quienes van a verse afectados por ella:

La tercera condición es que los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública permitan la participación

democrática, por tanto ha considerado como inaceptable que exista un plan: “(i) Que no abra espacios de participación para las diferentes etapas del plan, o (ii) que si brinde espacios, pero estos sean inocuos y solo prevean una participación intrascendente.” (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-595 de 2002).

ACLARACION DEL VOTO SENTENCIA T-143 DE 2010. El magistrado Mauricio González Cuervo, indica que no se puede consagrar el Derecho al agua como un derecho fundamental autónomo con lo cual resaltamos un retroceso en la línea jurisprudencial, en el desarrollo de la máxima protección del derecho al agua. Dice:

“no puede entenderse que el derecho al agua sea un derecho fundamental autónomo, sino que por el contrario es su conexidad con derechos fundamentales la que determina su especial protección por parte del juez de tutela. Así mismo esta Corte ha señalado en varios de sus pronunciamientos que el suministro del agua potable adquiere carácter fundamental para el hombre por conexidad con los derechos fundamentales a la vida y la salud en cuanto al consumo humano como necesidad básica, toda vez que éste se refiere a la salud humana y a la salubridad pública, señalando que es prioritario atender necesidades domésticas y garantizar agua potable para la familia toda vez que al no hacerlo se amenazaría y vulnerarían derechos de trascendencia fundamental como la salud y la misma vida de las personas. (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-232 de 1993 y Sentencia T-413 de 1995).

DIAGRAMA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO AL AGUA

Del estudio adelantado se ha diseñado el diagrama de la línea, donde se inserta la secuencia de las sentencias enmarcadas en las dos hipótesis: la de máximo reconocimiento del derecho, la cual implica un derecho al agua autónomo, conclusión a la cual ha llegado la Corte, después de 18 años de jurisprudencia; y la tesis del agua, como parte esencial de otros derechos.

Tabla 1.

Línea jurisprudencial constitucional derecho al agua

Problema jurídico: ¿Se Viola el derecho constitucional al suministro de agua potable, dignidad humana, a la vida y la salud frente a la amenaza o vulneración por la Empresa de Servicios Públicos, por la suspensión del servicio de acueducto y alcantarillado?

Tesis de máximo reconocimiento (A)	Distribución espacial de las sentencias según la tesis que sustenta	Tesis que niega el reconocimiento (B)
------------------------------------	---	---------------------------------------

I FASE	{	Sentencia No. T- 406/92
DESC Y SP		
Sentencia No. T-578/92		

Existe un derecho fundamental autónomo al agua, la acción de tutela es procedente para su protección.	Sentencia No. T-539/93,	{	
	Sentencia No. T-244/94		
	II FASE	{	
	D. COLECTIVO Y S.P		
	Sentencia No. T-523/94		
	Sentencia No. T-092/95	{	
	Sentencia No. T-379/95		

El agua es un servicio público (DESC- Der. Colectivo), cuya limitación afecta el directamente los derechos fundamentales a la vida y a la salud y por ello es procedente su protección por vía de tutela.

Sentencia No. 413/95 SENT. FUNDANTE

Sentencia No. T-410/2003

Sentencia No. T-1104/2005

Sentencia No. T-270/2007

III FASE

Sentencia No. T-022/2008

D. FUMENTAL

AUTÓNOMO

Sentencia No. T-888/2008

Sentencia No. T-381/2009

Sentencia No. T-546/2009

X ←————→ X
Sentencia No. T-143 de 2010 Sentencia

No. T-143 de 2010

Aclaración de Voto Dr. Mauricio

González

Sentencias T-541 de 2013

X

Sentencia T-028 de 2014

X

Sentencia T-641 de 2015.

Fuente: *Línea Jurisprudencial Derecho Humano al Agua, elaboración propia.*

Del estudio adelantado se ha diseñado el diagrama de la línea (Tabla 1) donde se inserta la secuencia de las sentencias enmarcadas en las dos hipótesis: la de máximo reconocimiento del derecho, la cual implica un derecho al agua autónomo, conclusión a la cual ha llegado la Corte, después de 25 años de jurisprudencia; y la tesis del agua, como parte esencial de otros derechos.

Perspectiva de Derechos Humanos de la Políticas Públicas del Agua.

En un estado constitucional como el Colombiano, donde la soberanía reside en el pueblo y la dignidad humana es el principio fundante del ordenamiento jurídico; es imperioso avanzar hacia una obligación por parte de los administradores públicos y/o particulares que desarrollan actividades propias del estado, como es el caso de los servicios públicos domiciliarios, deben tener como objeto y fin el desarrollo del núcleo esencial de los derechos humanos.

El contenido de ese núcleo es irrenunciable y enmarca las obligaciones de respeto, de garantía y protección por parte del estado; en ese orden de ideas, las

políticas públicas deben en su estructuración tener como fuente primaria los derechos fundamentales; todas las decisiones o alternativas de solución a los problemas sociales deben ser inspiradas y dirigidas al transformar positivamente la realidad social de los ciudadanos; en búsqueda de la justicia material.

Una vez establecidas los deberes en materia del Derecho Humano, estos se convierten en el parámetro de medición del resultado de la política pública y en el objeto de indagación. Es así como hemos mencionado que la observación No. 15, trae los elementos del derecho al agua: i) La disponibilidad; ii) La accesibilidad; y iii) La calidad; los cuales a su vez contienen una serie de elementos que constituyen cada factor, para este trabajo escogimos la compilación hecha por la Defensoría del Pueblo (Defensoría del pueblo, 2009).

Tabla 2.

Elementos derecho humano al agua

DISPONIBILIDAD	ACCESIBILIDAD	CALIDAD
Demanda por uso de agua	1. Subcomponente	1. Componente de calidad
2. Oferta Vs demanda de agua	Accesibilidad Física	2. Características e
2.1. Índice de regulación natural	1.1. Prestadores de los servicios de agua potable y saneamiento básico	indicadores de potabilidad del agua
2.2. Índice de escasez	saneamiento básico	3. Enfermedades, morbilidad,
2.3. Índice de vulnerabilidad	1.2. Capacidad instalada de los sistemas de acueducto y alcantarillado	mortalidad y el agua
2.4. Índice de regulación natural escasez y vulnerabilidad	1.3. Coberturas de acueducto y alcantarillado	
2.5. Municipios con mayor riesgo de abastecimiento futuro	2. Subcomponente de Acc. Económica	
3. Vertimiento de aguas residuales	2.1. Entorno macroeconómico	
3.1. Volumen de vertimientos tratados	2.1.1. Producto interno bruto – PIB-	
3.2. Tasas retributivas y por uso del agua	2.1.2. Índice de precios al consumidor	
3.3. Contaminación de fuentes hídricas	2.2. Proporción que destinan los hogares al pago de servicios publico	

4. Continuidad en la prestación del servicio de acueducto	2.4. Tarifas aplicadas acueducto y alcantarillado 2.5. Subsidios y contribuciones 2.6. Índice de agua no contabilizada
5. Consumo por estrato – mínimo vital-	3. Subcomponente Acc. a la información 3.1. La vía gubernativa– peticiones quejas y reclamos 3.2. Acciones judiciales– La acción de tutela 3.3. Acciones populares y de grupo 3.4. Mecanismos de control social para los servicios públicos- Comités de Desarrollo y Control Social. 3.5. Micro medición 4. Subcomponente de discriminación 4.1. Lugares de espacial alojamiento 4.2. Grupos étnicos en Colombia 4.3. Número de niños con problemas de abastecimiento de agua

Fuente: (Defensoría del pueblo, 2009). Elaboración propia.

CONCLUSIONES

La academia y las organizaciones sociales deben acompañar la eficacia y efectividad de las políticas públicas, tal responsabilidad se puede denominar como investigación social; cuyo propósito fundamental es monitoreo de las acciones públicas y/o privadas en la ejecución de los planes y programas de gobierno, donde se ejecuten los recursos públicos.

Como se puede apreciar la magnitud del objeto de la investigación es compleja, es por ello, que reiteramos la necesidad de especializarse en un tema y a su vez dentro de su complejidad escoger los elementos en los cuales se quiera hacer un énfasis determinado.

Para trabajar las Políticas Públicas con perspectiva de Derechos Humanos, es necesario indagar sobre el contenido o los elementos de cada derecho, la mayoría de los derechos humanos han sido objeto de análisis en su estructura interna, determinando su núcleo esencial, cuyo contenido hace parte de la esfera íntima del ser humano, que resulta irrenunciable y genera los deberes de respeto y garantía para los estados en el derecho internacional, vinculantes para el derecho interno en virtud del bloque de constitucionalidad.

Esa tarea la realizan los Comités de Derechos Humanos de la ONU, quienes emiten observaciones donde interpretan el contenido de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y el DESC, dirigidos a vigilar el cumplimiento de los mismos en los estados parte, es decir que han firmado los tratados internacionales. A nivel interno la Corte Constitucional ha incorporado algunas de las observaciones hechas por los Comités y la Defensoría del Pueblo ha producido amplio material bibliográfico en cada uno de los derechos, fácilmente se puede consultar en su página de Internet de la entidad.

Es necesario abordar los elementos anotados. La identificación, su comprensión y verificación, son de gran utilidad porque en el proceso de recolección de información son el parámetro para: requerir a las autoridades, el suministro de la información necesaria, y el estudio del caso o la investigación.

El paso siguiente es determinar donde se busca esa información, para ello el Investigador Social, debe hacer un estudio que determine el proceso en el cual se desarrolla la política y las áreas delegadas, para cada una de las fases, dentro de la estructura del ente territorial o institución pública o privada encargada de la prestación del servicio o derecho: Encontramos qué institución es la responsabilizada del diseño, planeación, diseño y ejecución de la Política Pública y aquellas a las cuales les corresponda hacer un seguimiento o control de la ejecución de la misma.

Finalmente, generar una batería de indicadores que faciliten el monitoreo constante a las políticas públicas; el debate de estas cifras e información en un proceso de construcción de conocimiento dan como resultado alternativas de solución a las problemáticas que se vayan generando en la dinámicas sociales.

Como ya se dijo si la economía de mercado rige las políticas públicas que desarrollan el derecho humano al agua, en donde el agua es un producto sometido a las leyes de la oferta y la demanda, acarreará sin duda a políticas negativas del derecho a la accesibilidad del agua. Razón por la cual el ciudadano debe estar atento al manejo del agua en las políticas públicas, la responsabilidad social de las empresas que prestan el servicio y responsabilidad en la cultura en torno al agua.

La discusión entre si el agua es un servicio público o un derecho fundamental se resuelve en favor de derecho, en palabras de la corte constitucional un Derecho al Agua Autónomo Fundamental.

Con lo anterior, se pretende enlazar los elementos para concretar la idea de la imprescindible necesidad, de que los ciudadanos y ciudadanas participen activamente en el desarrollo de sus estructuras estatales; donde asuman el rol de investigadores sociales, monitoreando el diseño y vigilancia de las políticas públicas, como factor que permita mayores niveles de eficacia de los Derechos Humanos y por ende, un ciudadano como protagonista en la transformación positiva de la realidad social del país.

Referencias

- Asamblea General. (18 de diciembre de 1979). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Recuperado de: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cedaw_SP.pdf
- Asamblea nacional constituyente. (16 de abril de 1991). Gaceta No. 51. Bogotá: Imprenta nacional.
- Bazán, V. (1997). Los derechos económicos sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, T. II, 547-583.
- Campo, S. (2014). El agua será el oro del futuro. TeInteresa.es. Recuperado de: http://www.teinteresa.es/mundo/reservas-gestion-director-Water-Assement_0_1105690942.html
- Comité de derechos económicos, sociales y culturales. (2002). Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8789.pdf>
- Corte Constitucional Colombiana, Sala Cuarta de Revisión. (3 de noviembre de 1992). Sentencia T-578 de 1992. MP: ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
- Corte Constitucional Colombiana, Sala Cuarta de Revisión. (23 de mayo de 2003). Sentencia T-410 de 2003. MP: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
- Corte Constitucional Colombiana, Sala Octava de Revisión. (9 de octubre de 2015). Sentencia T-641 de 2015. MP: ALBERTO ROJAS RÍOS
- Corte Constitucional Colombiana, Sala Primera de Revisión. (5 de junio de 1992). Sentencia T-406 de 1992. MP: CIRO ANGARITA BARON
- Corte Constitucional Colombiana, Sala Primera de Revisión. (9 de marzo de 2005). Sentencia T-1104 de 2005. MP: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
- Corte Constitucional Colombiana, Sala Primera de Revisión. (26 de febrero de 2010). Sentencia T-143 de 2010. MP: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Corte Constitucional Colombiana, Sala Primera de Revisión. (27 de enero de 2014).
Sentencia T-028 de 2014. MP: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Corte Constitucional Colombiana, Sala Quinta de Revisión. (30 de julio de 1993).
Sentencia T-539 de 1993. MP: JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Corte Constitucional Colombiana, Sala Segunda de Revisión. (23 de enero de 1995).
Sentencia T-379 de 1995. MP: ANTONIO BARRERA CARBONELL

Corte Constitucional Colombiana, Sala Segunda de Revisión. (5 de febrero de 2009).
Sentencia T-546 de 2009. MP: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Corte Constitucional Colombiana, Sala Séptima de Revisión. (22 de enero de 2008).
Sentencia T-022 de 2008. MP: NILSON PINILLA PINILLA

Corte Constitucional Colombiana, Sala Séptima de Revisión. (5 de febrero de 2013).
Sentencia T-541 de 2013. MP: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Corte Constitucional Colombiana, Sala Sexta de Revisión. (20 de mayo de 1994).
Sentencia T-244 de 1994. MP: HERNANDO HERRERA VERGARA

Corte Constitucional Colombiana, Sala Sexta de Revisión. (2 de marzo de 1995).
Sentencia T-092 de 1995. MP: HERNANDO HERRERA VERGARA

Corte Constitucional Colombiana, Sala Sexta de revisión. (12 de septiembre de 2008).
Sentencia T-888 de 2008. MP: MARCO GERARDO MONROY CABRA

Corte Constitucional Colombiana, Sala Sexta de Revisión. (28 de mayo de 2009).
Sentencia T-381 de 2009. MP: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Corte Constitucional, Sala primera de revisión. (17 de abril de 2007). Sentencia T-270
de 2007. MP: JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Corte constitucional, Sala Segunda de Revisión. (4 de junio de 2004). Sentencias
T-1134 de 2004. MP: ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (31 de julio de 2008). Sentencia
T-760 de 2008. MP: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Corte constitucional, Sala Séptima de Revisión. (22 de noviembre de 1994). Sentencia

T-523 de 1994. MP: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (13 de septiembre de 1995). Sentencia T – 413 de 1995. MP: ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión de Tutelas. (31 de agosto de 1994). Sentencia T-380, 1994. MP: HERNANDO HERRERA VERGARA

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (1 de agosto de 2002). Sentencia T-595 de 2002. MP: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Defensoría del pueblo. (2009). Derecho Humano al Agua, Serie de Estudios Especiales DESC. Bogotá.

Díaz-Pulido, A., Chingaté-Hernández, N., Muñoz-Moreno, D., Olaya-González, W., Perilla-Castro, C., Sánchez-Ojeda, F. & Sánchez-González, K. (2009). El desarrollo sostenible y el agua como derecho en Colombia. Estudio Socio-Jurídico 1(1). 84-116.

López Medina, D. E. (2006). Interpretación Constitucional. Bogotá: Editorial Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla".

ONU, COMITÉ DESC. (1999). Observación general No. 12, El derecho a una alimentación adecuada: Ginebra.

ONU. COMITÉ DESC. (1982) Observación general N° 6: Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores: Ginebra.

ONU. COMITÉ DESC. (2002). Observación General No. 15, sobre el derecho al agua referido al artículo 11 de la Convención Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Ginebra.

Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales. (1966). Art. 11 y 12.

UNICEF. (Junio de 2006). Convención sobre los derechos del niño. Recuperado de: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

CONSTITUCIONALIZACION DEL PROCESO CIVIL DENTRO DEL ESTADO REPUBLICANO COLOMBIANO•

Juan Esteban Aguirre Espinosa *

Ruth Liliana Huelgos Sierra **

Yuliana Patricia Almanza Rojas ***

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación: Perspectivas y retos del Código General del Proceso, un Análisis a la luz de los principios de Economía, Celeridad e igualdad de las partes. Financiado por la Universidad Santo Tomas, Sede Medellín, dentro de la línea de investigación en Derecho Procesal adscrita al grupo de Investigación Derecho Sociedad y Globalización, Reconocido por Colciencias.

* Abogado de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín, especialista en Derecho Tributario Internacional en la Universidad Externado de Colombia, candidato a magíster en Ciencias Políticas, docente Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomas y de La Facultad de Derecho de la Universidad Católica Luis Amigo (Colombia). Coordinador del semillero de Derecho Procesal. Ponente y conferencista Internacional. Investigador adscrito al grupo de investigación Derecho, Justicia y Estado Social de Derecho, categorizado A. Por Colciencias. Correo electrónico: aguirreespinosaesteban@gmail.com

** Licenciada en Ciencias Sociales de la Universidad del Tolima, abogada de la Universidad la Gran Colombia, seccional Armenia Quindío, Especialista en Cultura Política: Pedagogía en Derechos Humanos de la Universidad Latinoamericana, Magister en Derecho Universidad de Medellín, coordinadora de semillero de Derechos Humanos en la Universidad Santo Tomas, docente de la universidad Santo Tomas y docente de la Universidad Católica Luis Amigo. Correo electrónico: ruthhuelgos@hotmail.es

*** Abogada, egresada de la Corporación Universitaria Americana, con un Diplomado en Derecho Administrativo, estudios Técnicos en Gestión de Manejo Ambiental, y formación en investigación jurídica y socio jurídica, miembro del Semillero de investigación de Derecho Público y Justicia, del Grupo de investigación Derecho, Justicia y Estado social de Derecho de la Corporación Universitaria Americana. almanzayuliana@coruniamericana.edu.co

Con la presentación de este capítulo de libro, resultado de investigación, se pretende resaltar la labor de establecer líneas claras de investigación formativa y disciplinar al interior del programa de derecho de la Universidad Santo Tomas Sede Medellín, consolidando en primera fase la investigación jurídica desde los temas tratados en este capítulo, desde el área del derecho procesal, los lectores podrán tener de primera mano, los resultados que se han forjado por parte de docentes investigadores, estudiantes y auxiliares de investigación, que preocupados por la necesidad de encontrar desde la academia respuestas claras para el desarrollo de una sociedad más equitativa y justa; buscan presentar respuestas para lograr una administración de justicia que se apropie de resolver los problemas de los ciudadanos, no solo desde el debate académico, trascendiendo al ámbito del ejercicio profesional, como litigantes.

Introducción

Resultado como avance del Proyecto de Investigación: Perspectivas y retos del Código General del Proceso, un Análisis a la luz de los principios de Economía, Celeridad e igualdad de las partes. Adelantado en la Universidad Santo Tomas sede Medellín.

Se pretende entonces realizar un estudio preliminar, con las reformas que se introdujeron al ordenamiento jurídico Colombiano a partir de la expedición del Código General del Proceso ley 1564 de 2012, partiendo de un análisis Constitucional desde el concepto de Republica, separación de los poderes públicos o ramas del poder público y proceso. Con la finalidad de realizar una mirada panorámica y critica frente a estos cambios procesales en materia de proceso civil en Colombia.

El Proceso.

Las últimas Dos décadas han sido testigo de grandes cambios en materia de proceso jurisdiccional en américa del sur, en un principio se modificaron los estatutos procesales en el ámbito de lo penal; los cuales migraron de su concepción inquisitiva a las ideas del sistema acusatorio, estos cambios iniciaron en el año 2000, en la republica de chile y posteriormente se expandió por todo sur américa, hasta el año 2013 con la promulgación del Código Orgánico integral penal del Ecuador.

Posterior a ello, se iniciaron una serie de reformas a los códigos de

procedimiento civil en la región latinoamericana, las cuales dejaron de lado de lado la tendencia acusatoria promovida en el fuero penal y por el contrario se inclinaron a una marcada influencia del Activismo y Publicismo judicial, como lo presenta el insigne profesor Adolfo Alvarado Velloso en su texto *Proceso y República*, en el capítulo denominado las novedades procesales surgidas en América.

Es curioso observar, como en materia penal, el continente avanza en el establecimiento de un proceso penal de talante acusatorio, donde el proceso se concibe como un método de debate adversarial, mientras que el proceso civil en Latinoamérica retrocede al ámbito inquisitivo y publicista, al mejor estilo de los juicios medievales, donde el juez, por parte del legislador, recibe amplias facultades, que, en virtud de ese poder, desvirtúa su imparcialidad y su imparcialidad. Es decir, el juez desde esta concepción de proceso, funge con roles de parte. Para ello, es necesario traer a colación del lector el siguiente fragmento que relata los juicios medievales:

“En la tradición occidental el juicio estaba asociado a las ideologías o las cosmovisiones representativas del temor de la determinación de los hechos por parte del juez. Por ejemplo, en la sociedad germánica del siglo XIII, el hombre era juzgado conforme a un destino arbitrario y a la creencia, para lo cual se utilizaba la ordalía como principal método de aportar la prueba legal, así como los tipos probatorios del fuego y el agua en honor a los dioses. El primero era para las personas de alto rango y consistía en que éstas quedaban exoneradas de toda responsabilidad si se curaban debidamente de las quemaduras causadas, luego de pasar descalzas o con los ojos vendados sobre arados puestos al rojo vivo. El segundo era para el pueblo común y radicaba en que el sospechoso era declarado culpable si su cuerpo era llevado por las aguas contra su curso natural, o inocente si salía ileso después de meter brazos y piernas desnudos en agua hirviendo” (Berman, 2001: p 67).

Debemos aclarar que nuestro debate académico, no se surte desde el punto de vista penal, resaltando que no es nuestro objeto de estudio, sin embargo, desde nuestro punto de observación es necesario hacer una reseña, hacer esta claridad, para conceptualizar el proceso independiente de ser penal o civil, buscando describir las tendencias legislativas en América Latina, desde las diatribas o situaciones inverosímiles, que buscan un proceso adversaria desde lo penal y publicista desde lo civil.

La historia de la humanidad ha buscado que la administración de justicia,

desde el concepto de la división de poderes, resalte la actividad jurisdiccional del Estado; desde la independencia, la autonomía y la imparcialidad. Sin embargo, pese a que en la doctrina este concepto ha sido ampliamente tratado, se hace necesario el análisis de las garantías procesales dentro de la internacionalización de los Derechos Humanos, es por ello, que lejos de las posturas antagónicas; se debe estructurar una nueva forma de observar las garantías de los ciudadanos al interior de un litigio de carácter civil.

Desde el siglo XX, se ha planteado una gran discusión sobre el modelo procesal que se ha de implementar dentro de los Estados de Cultura Occidental, los pueblos Latinoamericanos no han sido ajenos a estos cuestionamientos entre las escuelas y doctrinas que a continuación reseñamos: --- Proceso Privatista--- Proceso Publicista --- Activismo Judicial--- Garantismo Procesal--- Proceso Escritural--- Proceso oral --- Proceso Acusatorio--- Proceso inquisitivo.

Se puede establecer el concepto de proceso desde diferentes posturas, en su concepción más antigua: el termino proceso, viene del latino “procedere” que significa colocar en movimiento y/o avanzar. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, el proceso se presenta como sinónimo de juicio, en el cual, las diferencias de los ciudadanos, son llevadas a que sean dirimidas por un juez. “El proceso es el medio adecuado que tiene el Estado para resolver el conflicto reglado por el derecho procesal, que establece el orden de los actos (procedimiento) para una correcta (legal) prestación de la actividad jurisdiccional (...) se pone en marcha, normalmente, cuando una de las partes ejerce su derecho (poder) de acción” (Véscovi, 2006, p. 104).

Para ello, se analiza el proceso, desde los siguientes elementos que lo conforman: -El Personal o subjetivo (las partes), - El juez-, -Los elementos sustanciales- y -Los elementos formales o dinámicos.

Elemento Personal y/o Subjetivo: Se constituye por las personas que intervienen en el proceso, el demandante y el demandado y su participación, así como los terceros que entran al proceso por que las resultados del mismo repercuten dentro de sus intereses. “son partes los sujetos que reclaman una decisión jurisdiccional respecto a la pretensión que en el proceso se debate” (Ovalle Favela, 2005, p. 257).

El Juez: en su calidad de director, instructor y juzgador del proceso. Como tercero imparcial e imparcial. Así lo exige la Republica.

Los elementos sustanciales: La materia o la especialidad que rige el conflicto que llega a instancia judicial, sea civil, comercial, de familia entre otros.

El Elemento formal o dinámico: El procedimiento reglado, que implica actos, pautas y etapas en las cuales deben actuar las partes, bajo la dirección del juez y regladas por el legislador.

Analizados los elementos que configuran el proceso jurisdiccional, es necesario hacer claridad sobre las perspectivas del proceso judicial, el cual puede ser entendido desde las siguientes aristas:

1. Forma.
2. Función.
3. Como Instrumento.
4. Como garantía.
5. Educación.

1. Como forma, el proceso judicial es configurativo y/o ritual, desde esta concepción, el proceso determina y atribuye los elementos y las instituciones bajo las cuales los sujetos procesales y el juez, deben enmarcar sus actuaciones durante todas las etapas regladas por la norma adjetiva.
2. Como función, el proceso judicial, implica la unión de los derechos sustantivos con los derechos adjetivos, siendo el proceso el camino mediante el cual se materializan los derechos subjetivos de las partes, es así, como mediante el derecho de acción y la excepción, desde el punto de vista funcional, las partes buscan la aplicación de los derechos invocados en el escrito de mandatorio, en su eventual contestación y/o contumacia, en la actividad probatoria de las partes y en la valoración probatoria por parte del juez, para emitir o dictar sentencia. Es así como desde la perspectiva republicana, se justifica el proceso, como utilidad pública y servicio público, para las partes que acuden a los estrados judiciales y poder público en cabeza del Estado para Dirimir los conflictos que llegan a su conocimiento.
3. Como instrumento, el proceso judicial, se concibe desde la perspectiva garantista, como método de debate, en el cual, las partes enfrentan un disputa adversarial, en la cual, el juez asume una posición imparcial, para decidir cuál de ellas tiene la razón de conformidad con las

circunstancias de hecho y de derecho probadas dentro del proceso. Desde el punto de vista activista, el proceso es concebido como medio para materializar la justicia, desde esta óptica, el juez puede anular su imparcialidad, realizando actuaciones de parte, desde sus facultades jurisdiccionales.

4. Como garantía, desde la cobertura Constitucional, el proceso judicial en cualquiera de sus especialidades y desde el concepto de República en el Estado, busca procurar, la urgencia de procedimientos fáciles, expeditos y de sustanciación breve, para solidificar la efectividad de los Derechos Fundamentales y los Derechos Humanos.
5. Como Educación, el proceso se ha de convertir en una institución cúspide de la civilidad, en la cual los ciudadanos entregan la decisión de la controversia a operadores jurídicos comprometidos en buscar la solución pacífica de sus conflictos.

Desde esta perspectiva, se puede definir el derecho procesal o adjetivo, como aquella rama del derecho que dicta normas instrumentales, para materializar los derechos consagrados en las formas sustantivas, con la finalidad de poner en actividad el órgano jurisdiccional del Estado. Para establecer los criterios que determinan, la petición de decidir un conflicto por parte de un tercero imparcial, denominado juez. De esta manera, el juez, dentro de su conocimiento del derecho, dirime el conflicto o la controversia suscitada entre las partes, “La suma procesal, y significa que la acción, más la jurisdicción, más la actividad de terceros, nos da como resultado el proceso. En realidad, el proceso jurisdiccional no es sino ese conjunto complejo de actos del Estado, de las partes y de los terceros ajenos a la relación sustancial. Los actos del Estado son ejercicio de la jurisdicción; los actos de las partes interesadas son acción, en el sentido de la doble pertenencia de la misma, es decir, la acción entendida como la actividad realizada por el actor y por el demandado; y finalmente, los actos de los terceros, que son actos de auxilio al juzgador o a las partes y que convergen, junto con la jurisdicción y junto con la acción, dentro del mismo proceso para llegar al fin lógico y moral de éste: la sentencia. Estos actos de los terceros pueden consistir en el testimonio de los testigos, en la ciencia de los peritos o en la ayuda, por ejemplo, de los secretarios y de los abogados que son auxiliares de la función jurisdiccional” (Gómez Lara, p. 132-133) así las cosas, se puede establecer que el derecho Procesal, no es ajeno a los fines que se le asignan al derecho, se encarga de dotar de forma y contenido,

que de manera sistemática han constituido los criterios especializados para decidir los conflictos que llegan a los despachos judiciales. En este orden de ideas, pasamos a analizar el proceso civil en Colombia.

2. El Proceso Civil Colombiano

En Colombia, el Procedimiento Civil se ha ido desarrollando dentro de distintas tendencias: --- Proceso Privatista--- Proceso Publicista --- Activismo Judicial--- Garantismo Procesal--- Proceso Escritural--- Proceso oral --- Proceso Acusatorio--- Proceso inquisitivo.

Teniendo presente estas tendencias o doctrinas procesales; que en nuestro concepto son antagónicas y riñen entre sí, el Estado Colombiano, ya puede contar con una historia de dos siglos en materia de Proceso civil, en la cual se observa a cabalidad la inmersión en múltiples posturas.

El debate y discusiones en torno a los cambios del proceso civil en Colombia durante dos (2) siglos, se orientan a combatir la lentitud de la Administración de Justicia (Plazo razonable) y Tutela Judicial efectiva (Doctrina Española). Procurando un desarrollo de una normatividad procedimental con principios de eficiencia, eficacia y economía procesal.

Hablar de tendencias legislativas en el Proceso Civil Colombiano, involucra delimitar sus más importantes períodos, desde el concepto de Estado Republicano en Colombia. Para ello, se realizará una breve reseña de las leyes que han regulado el proceso civil colombiano desde el siglo XX, con la finalidad de observar los antecedentes normativos, previos a la expedición del Código General del Proceso:

El estado colombiano, luego de su emancipación de La corona, las leyes españolas, como la ley de las 7 partidas conservaron su vigencia mientras la consolidación del Estado, sin embargo, consideramos no ser necesario reseñarlas, para ello hablaremos de nuestras leyes desde el concepto de Republica e independencia Estatal.

El Código Judicial (1931-1971)

Se puede hablar de un primer momento histórico del proceso civil Colombiano, el Código Judicial o ley 105 de 1.931, que rigió durante 40 años, entre el periodo comprendido entre 1.931 y julio de 1.971, caracterizado por

tener una concepción procesal privatista, influenciado por la ley española de enjuiciamiento civil 1855.

Materias que se regulaban en el código:

1o. Organización Judicial,

2o. Procedimiento Civil, y

3o. Procedimiento Penal.

Dentro del proceso civil regulado por esta norma procesal: “Se citan dentro de sus principales rasgos: el juez como tercero que decide el asunto según su convicción, los efectos de la sentencia entre las partes, el proceso basado en la prueba, la tarifa legal de pruebas etc., caracterizándose por tener una concepción netamente privatista.” (Madero, 2008. Pag.3)

Código de Procedimiento Civil. (1970-2012)

Mediante la Ley 4ª de 1.969, el Gobierno Nacional, recibió facultades para expedir un nuevo Código Procesal, el cual se adoptó mediante el Decreto-ley 1.400 de agosto 6 de 1.970, modificado el mismo año por el también Decreto-Ley 2019, estableciendo su vigencia a partir del 1º de Julio de 1.971. Tal codificación se mantuvo vigente sin mayores reformas durante 19 años aproximadamente, Código que mantuvo el concepto publicista del proceso siguiendo la mundialmente conocida Ordenanza austríaca de Franz Klein de 1.895, la cual ha sido influencia directa para las legislaciones modernas, iniciada en Alemania con la Ordenanza de 1.887. ---su inspiración el proceso publicista---

Destacamos de este importante Código en su momento y con vigencia hoy en día, el proceso como institución encaminada a lograr el bienestar social y el mantenimiento del orden jurídico, sin que pueda servir para medir la habilidad o astucia de las partes o sus apoderados, confiriendo al juez la dirección del mismo. Se supera el criterio liberal individualista que se traía del proceso en el código anterior y el Estado como las partes tienen un interés en el litigio cual es la solución pacífica del mismo, objetivo primordial de la jurisdicción, denotando con ello un criterio social propio de la socialización de los procesos a nivel mundial.

El Código de Procedimiento Civil fue el compendio de normas jurídicas

adjetivas establecidas en un cuerpo legislativo que reguló los procedimientos civiles dentro de los procesos de ésta naturaleza. Culmino su periodo de transición porque a partir del 1° de enero de 2016, este código quedo derogado por el Código General del Proceso aunque se conservan algunas de sus instituciones. Para ello se comenzará con el análisis del CGP desde el concepto de Estado y de Republica.

3. EL CODIGO GENERAL DEL PROCESO A LA LUZ DEL ESTADO REPUBLICANO, EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LA CONSTITUCION DE 1991.

En primer lugar, es necesario plantear que el código General del proceso, regulado por la ley 1564 de 2012, no puede ser ajeno a las disposiciones constitucionales que regulan la actividad jurisdiccional de estado. Desde el concepto de servicio público de administración de justicia en el siglo XXI.

En Colombia, a partir de la Constitución de 1991, el Constituyente primario estableció dentro de los fines que debe buscar el derecho, la necesidad de configurar normas de control y eficaces en la función de organización de los órganos del Estado, los cuales están encargados de la administración de justicia, desde su finalidad de resolver los conflictos que se originan desde la relación de las personas desde cualquier ámbito: sea familiar, civil, comercial, penal administrativo entre otros. Es claro y dice la filosofía del derecho; que el hombre es un ser social por naturaleza, pero su relación con los mismos de su propia especie, genera conflictos. Los cuales deben ser solucionados desde y para la obtención de la civilidad, en métodos eficaces para la solución de los problemas sociales en nuestros tiempos desde el Concepto de la Republica.

Desde ese punto de vista, el derecho en las sociedades emergentes, busca, la solución de los conflictos, que en muchas ocasiones no se soluciona desde las mismas personas que entran en conflicto. Siendo la administración de justicia, como rama del poder público, la llamada a dirimirlos.

Siguiendo en nuestro análisis de la expedición del CGP, se hace relevante, hablar o sintonizar el tema del Constitucionalismo del Derecho Procesal, a la luz del neo constitucionalismo que se consolido con la Constitución de 1991, señalando el carácter fascista del nuevo CGP. Para ello, se trae a colación el siguiente episodio histórico:

“El 12 de Julio de 1939, Dino Grandi, Fue nombrado guardasellos de Italia,

tras haber ejercido su profesión como abogado, se dedicó por completo a la Política, Mussolini, encomendó la gran tarea de reformas los códigos procesales de la Italia fascista”

Frente a esa solicitud, es preciso señalar, que: Justicia y policía, no son la misma cosa, así los regímenes fascistas lo quieran presentar como sinónimos:

Paradójico puede ser afirmar que la aspiración del Estado, dentro del régimen democrático de administración de justicia, encarna la consolidación de un régimen procesal instrumentalista que ha sido impuesto y dentro de ese esquema los abogados litigantes acepten esa realidad de forma condicionada o desistan de procurar los intereses de sus defendidos, así les toque afrontar batallas que riñen en contra de lo que concebimos como proceso. El nuevo Código General del proceso, ha sido una reforma que ha sido preparada por juristas, pero no ha sido ajena a la politización. A manera de ejemplo, se observa como ha desaparecido a favor de las entidades financieras, las cauciones previas a la notificación del demandado, para solicitar embargos y secuestro de bienes, donde los perjuicios causados a terceros quedan a merced del criterio jurisdiccional.

Dentro de este estudio, se observan enfoques dualistas que establecen una visión del proceso a la luz del CGP, que buscan presentar el debate entre Publicismo, Decisionismo, Garantismo y activismo judicial. Tratando de comulgar tesis antagónicas desde cada una de las escuelas. Como presentamos a continuación:

Problemas del nuevo CGP:

Como código general, continúa siendo un código especial, para la justicia civil, en el entendido, que los procesos penales, administrativos, laborales contienen sus normas adjetivas propias para instrumentalizar sus juicios, continua el concepto de norma adjetiva residual, por lo tanto, la norma residual, no encarna el concepto de norma general.

Se desconoce sus principios, toda vez, que encontramos normas que rigen desde el concepto de garantismo procesal y así mismo, desde el activismo judicial, proceso dispositivo y publicista en un mismo estatuto, conceptos que son antagónicos desde la concepción de proceso.

Se busca el anhelo de justicia, desde el arropamiento político para los

hombres sencillos, pero con disposiciones e instituciones que se alejan de la gratuidad de la administración de justicia, tal como lo establece el artículo 82, la etapa liminar, el juramento estimatorio y los peritajes que se deben gestionar previo a la presentar del proceso civil colombiano.

Proceso escritural en primer lugar, con altos costos para las partes y en segundo lugar, proceso oral, donde el juez, debe interrogar exhaustivamente a las partes, audiencia inicial. Desbordándose la actividad jurisdiccional del juez.

En materia de Garantías constitucionales guardar silencio puede ser considerada una estrategia procesal o un derecho fundamental, sin embargo:

-La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto. -Subraya y negrilla fuera de texto-

Se desconoce el canon Constitucional que establece que: Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Más problemáticas observadas, la duración de la litis, la orden de tiempo en la duración del proceso, *-Un (1) año en primera instancia, seis (6) meses en segunda instancia-*, a simple vista, una norma que consolida las garantías y los Derechos Humanos a un plazo razonable para quienes someten al Estado la solución de sus controversias, dentro de su función republicana de administrar justicia, desde sus obligaciones consagradas en el pacto social y democrático establecido en la Constitución Política de 1991. Situación que origina al juez dentro del código de asumir en su contra el tiempo para fallar una vez presentada la causa a su despacho, tal como lo establece el artículo 8 del Precitado Código:

“Los procesos solo podrán iniciarse a petición de parte, salvo los que la ley autoriza promover de oficio.

Con excepción de los casos expresamente señalados en la ley, los jueces deben adelantar los procesos por sí mismos y son responsables de

cualquier demora que ocurra en ellos si es ocasionada por negligencia suya.” -Subraya y negrilla fuera de texto-

Tal situación, colocará al juez en dos situaciones a saber: La primera, convertirlo en parte para dirimir el conflicto y solicitar las pruebas para llegar a su convicción o la segunda, a fallar de manera acelerada conforme a las pruebas que alleguen las partes dentro del proceso. Anticipando que conforme a las normas que entraremos a analizar, el juez en la mayoría de los casos optara por la primera opción.

Podemos resaltar que, dentro del código general del proceso, se le otorgan al juez, facultades oficiosas, en materia probatoria, tal como se corrobora al analizar el artículo 167 del Estatuto Procesal Citado consolidan el activismo y el proceso publicista en los acápites resaltados:

“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.” -Subraya y negrilla fuera de texto-

Problemáticas a la luz del proceso: Podemos observar en primer lugar, el problema que se origina con la carga de la prueba, en primer lugar, se establece: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” Pero acto seguido se le concede al juez, la potestad de variar la carga de la prueba, característica del proceso publicista radical, que consolida un gran desequilibrio entre las partes, por qué se riñe con la imparcialidad. Desde lo doctrinario y lo humano.

Situación similar lleva a pensar el siguiente panorama; el juez se convertirá en el encargado de ser el gestor del debate probatorio, más aún cuando se

consolida el principio de inmediación física del juez en todo proceso que llega a su conocimiento. Así se establece en el artículo 232 del citado Código:

El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso. – Subraya y negrilla fuera de texto-.

Y esto solo es la génesis de la problemática procesal Colombiana a la luz del CGP:

“Empero, también es verdad que el activismo judicial no se agota con el ejercicio de la susodicha potestad de decretar pruebas de oficio, también tiene otras formas de expresión: la llamada reconducción de pretensiones defectuosamente planteadas pero parcialmente rescatables, el rechazo in limine de pretensiones principales o incidentales y de otros pedimentos, el impulso procesal oficioso, la interpretación extensiva del principio de adquisición procesal, que justifica, entre otras cosas, la ponderación oficiosa de indicios, la llamada flexibilización de la congruencia en materia decisoria, etc.” (Peyrano, 2003 P.99).

Pese a estas concepciones y disposiciones establecidas, el Garantismo como corriente minoritaria, continúa realizando el debate sobre la concepción de proceso; desde su finalidad como método de debate, donde el demandante y/o accionante presenta, alega y busca probar dentro de la acción judicial, sus pretensiones; Con la finalidad de obtener mediante sentencia el Reconocimiento judicial de sus derechos. Así mismo, dentro de la resistencia o excepción el demandado quien debe ejercer la defensa de sus intereses al interior del proceso, busca dentro de la Litis, la absolución de lo reclamado. Resaltándose la labor del juez, como tercero imparcial, dentro de un análisis lógico, desde la dialéctica procesal, que implica un momento antagónico, analizado desde la ley, la jurisprudencia, los principios generales del derecho, la axiología jurídica y los cánones constitucionales, en un plano de igualdad dentro del proceso, buscando que el tercero imparcial, encuentre la solución motivada del conflicto, siempre desde la prueba debidamente allegada al proceso.

Conclusiones

El Constituyente primario de la Constitución de 1991, consagro el derecho fundamental al debido proceso, en concordancia con el derecho de acción y de excepción que ha de garantizar la decisión judicial.

Si se habla del proceso desde el punto de vista dogmático, presentado por los académicos y los filósofos del derecho, se concibe el derecho procesal desde una realidad preconcebida, sin embargo, si se analiza el proceso desde un sentido empirista, desde la órbita del juez y los litigantes, el proceso se debe solucionar desde las situaciones de tiempo y lugar en que se presentó el litigio. Dura dualidad, dogmatismo desde la doctrina, empirismo desde la jurisprudencia.

Son muchos los panoramas frente a la nueva normatividad establecida en el código general del proceso, la sed de justicia pronta y oportuna, lejos del refrán popular “la Justicia Cojea pero llega” son problemas complejos debido a que no hay planeación de las necesidades, las fallas del sistema de justicia se localizan en diferentes núcleos sociales que impiden la cristalización del debate de los procesos civiles.

La tendencia sobre esta gran disputa en parte mayoritaria ha sido ganada por parte del activismo judicial, tendencia que concibe el proceso como método para encontrar la verdad, entregándole al juez facultades y poderes probatorios que lo involucran en la actividad de las partes. Así se han promulgado varios códigos procesales conservando dicho horizonte en América Latina. En Colombia esta situación no ha sido ajena a la tendencia mundial y en materia del Proceso civil, se consolida con la expedición del CGP, donde el juez, recibe del legislador – Congreso de la Republica- facultades exorbitantes, que, dentro de este análisis, inclinan su balanza hacia alguna de las partes intervinientes en el litigio; abriendo el espectro para la concreción de una dictadura Judicial.

En Colombia a partir de la Constitución de 1991, desde la concepción de Republica, se le asignó a la rama judicial del poder público, la decisión de las controversias judiciales en cada una de sus especialidades a los órganos jurisdiccionales que se enuncian en el artículo 116 de la carta Política. Conservándose las ideas de la división de poderes y ramas del poder público.

Así las cosas, el sistema de imparcialidad, ponen en aprietos nuestro

sistema judicial, donde los jueces previos a fallar en derecho, observan el pensamiento de fallar rápido para tomar las decisiones que en virtud del tiempo corresponden desencadenado la balanza de la justicia.

Referencias

- Berman, H. (2001). La formación de la tradición jurídica de occidente. México: Fondo de Cultura Económica. p.675.
- Congreso de Colombia. (12 de julio de 2012). Código General del Proceso. [Ley 1564 de 2012]. DO: 48.489.
- Gómez Lara, C. (1998). Derecho Procesal Civil. México: Oxford University Press.
- Madero Morales, F. (2010). Tendencias de las últimas reformas del proceso civil Colombiano. "Camino del hallazgo y del juicio". 1 - 12.
- Ovalle Favela, J. (2005). Teoría General del Proceso. México: Oxford University Press.
- Peyrano, J. W. (2003). El Derecho procesal de las posibilidades ilimitadas o el fin de los sistemas. En "Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales". Tomo 2: Editorial Juris.
- Véscovi, E. (2006). Teoría General del Proceso. Bogotá, Colombia: Temis.