

Constitución, democracia y derechos

Textos escogidos de
Juan Fernando Jaramillo Pérez



CONSTITUCIÓN, DEMOCRACIA Y DERECHOS

TEXTOS ESCOGIDOS DE JUAN FERNANDO JARAMILLO PÉREZ

Constitución, democracia y derechos

Textos escogidos de
Juan Fernando Jaramillo Pérez

Colectión
Dejusticia

Juan Fernando Jaramillo Pérez. Edición a cargo de: Mauricio García Villegas, Andrés Abel Rodríguez Villabona, Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Isabel Güiza Gómez

Constitución, democracia y derechos Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2016

568 p; 15 x 24 cm (Colección Dejusticia)

ISBN 978-958-59496-0-7 versión digital

978-958-59192-9-7 versión impresa

1. Colombia 2. Organización Electoral Latinoamericana 3. Régimen político
4. Constitución 1991 5. Derechos civiles 6. Tutela 7. Derechos Humanos
8. Sistema Interamericano de Derechos Humanos 9. Cárceles 10. Historia del Derecho

ISBN 978-958-59496-0-7 versión digital

978-958-59192-9-7 versión impresa

Preparación editorial

Marta Rojas

Revisión de textos

María José Díaz Granados M.

Cubierta

Alejandro Ospina

Impresión

Ediciones Antropos

Primera edición

Bogotá, D.C., abril de 2016

Este texto puede ser descargado gratuitamente
en <http://www.dejusticia.org>



Creative Commons Licence 2.5

Atribución – No comercial – Compartir igual

Dejusticia, 2016

Carrera 24 N° 34-61, Bogotá D. C.

Teléfono: 608 3605

www.dejusticia.org

Para esta publicación hemos decidido respetar el estilo de escritura que Juan utilizó en sus textos. Ello con el fin de reflejar de manera fiel, en la medida de lo posible, el pensamiento y trabajo intelectual de Juan. Es por eso que cada artículo sigue el sistema de citación y el manejo de fuentes de información en el que fue escrito. Hemos realizado, excepcionalmente, algunas actualizaciones de la escritura de los textos en cuanto a reglas ortográficas y de puntuación, para facilitar la actual lectura de los documentos. Así pues, recomendamos al lector revisar cada artículo teniendo presente que son textos autónomos, elaborados en un contexto específico y que la presente publicación no constituye un libro unificado sino una compilación de distintos documentos.

Contenido

	Introducción	10
<hr/>		
PARTE 1. LA CONSTITUCIÓN EN PERSPECTIVA HISTÓRICA		
Capítulo 1.1	La Constitución de 1991: un análisis de sus aportes desde una perspectiva histórica	28
<hr/>		
Capítulo 1.2	La Constitución de 1991 en Colombia: la revolución de los derechos	62
<hr/>		
Capítulo 1.3	La Constitución de 1991 y la paz. Un balance después de 12 años de vigencia	86
<hr/>		
PARTE 2. SISTEMAS ELECTORALES COMPARADOS		
Capítulo 2.1	El régimen electoral colombiano y sus posibles reformas	118
<hr/>		
Capítulo 2.2	La reforma de la organización electoral colombiana	134
<hr/>		
Capítulo 2.3	Los órganos electorales supremos	168
<hr/>		
Capítulo 2.4	La reelección presidencial inmediata en Colombia	238
<hr/>		

PARTE 3.
JUSTICIA CONSTITUCIONAL
Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Capítulo 3.1	La ejecución interna de las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. El caso colombiano	260
<i>Juan Fernando Jaramillo, Luis Manuel Castro Novoa</i>		

Capítulo 3.2	La libertad de información en la jurisprudencia colombiana: una perspectiva analítica y comparada	326
<i>Rodrigo Uprimny, Catalina Botero, Juan Fernando Jaramillo</i>		

Capítulo 3.3	Intervención judicial en cárceles	436
<i>Juan Fernando Jaramillo, Rodrigo Uprimny, Diana Guarnizo</i>		

Capítulo 3.4	Una visión panorámica: el conflicto de las altas cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias	478
<i>Catalina Botero Marino, Juan Fernando Jaramillo</i>		

PARTE 4.
DEBATES Y COMBATES

Capítulo 4.1	Hablemos de reforma agraria (Nada por aquí nada por allá)	532
---------------------	---	-----

Capítulo 4.2	El vulnerable poder electoral colombiano	540
Capítulo 4.3	Para no repetir el horror	544
Capítulo 4.4	La lucha contra el latifundio	548
Capítulo 4.5	La identidad latinoamericana	552
Capítulo 4.6	Los retos de Colombia como país minero	556
Capítulo 4.7	¿Qué hacer con la reelección presidencial inmediata?	560
Capítulo 4.8	La reforma al fuero penal militar	564

Juan Fernando Jaramillo Pérez

Juan, amigo y fundador de Dejusticia, murió el 12 de abril de 2012. Doctor en Ciencias Políticas de la Universidad de Heidelberg, en Alemania; magíster en Administración Pública de la Escuela Superior de Administración Pública de Speyer, Alemania, y abogado de la Universidad Externado de Colombia, con diplomas y cursos de especialización en el extranjero sobre derechos humanos y derecho constitucional.

Estuvo dedicado al servicio público en entidades como la Corte Constitucional, la Defensoría del Pueblo y la Universidad Nacional de Colombia, y a la investigación sobre temas electorales, derechos humanos y derecho constitucional.

Fue miembro fundador del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia. Hasta marzo de 2010 ocupó el cargo de magistrado auxiliar de la Corte Constitucional, después de haber trabajado en la Defensoría del Pueblo durante tres años, donde desempeñó los cargos de defensor del pueblo delegado para Asuntos Constitucionales y Legales y defensor del pueblo delegado para el seguimiento de las Políticas Públicas en Derechos Humanos.

Estuvo también dedicado a la docencia, especialmente en la Universidad Nacional de Colombia. Asimismo, fue conferencista y catedrático invitado en universidades y centros de estudios de otros países.

Fue autor y coautor de libros y artículos publicados a nivel nacional e internacional sobre asuntos electorales, derecho constitucional y derechos humanos.

Introducción

La muerte de Juan Fernando Jaramillo Pérez, hace ya cuatro años, dejó un profundo vacío en la academia jurídica colombiana, para no hablar, claro está, de la inmensa pérdida que este doloroso hecho ha sido para sus familiares, sus amigos y sus alumnos. Para el mundo académico, la muerte de Juan entrañó, además, la interrupción de una obra que había venido madurando desde hacía muchos años y que estaba en el momento ideal para dar sus mejores frutos.

En los últimos años de su vida, Juan venía cavilando una serie de ideas sobre el derecho y su relación con la sociedad, la historia y el poder político en Colombia y América Latina. Justamente por eso, para ordenar esas ideas y plasmarlas en el papel, Juan había tomado la decisión de terminar su trabajo en la Corte Constitucional y dedicarse a la labor docente e investigativa en la Universidad Nacional de Colombia y en el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia. Por esa época, Juan había iniciado la tarea de sistematizar y divulgar todo su pensamiento constitucional, lo que no había realizado antes por su pudor para publicar sus ideas luego de una seria y consciente revisión individual y colectiva de las mismas. Desgraciadamente, la muerte llegó en el mejor momento de su vida intelectual y nos arrebató la valiosa oportunidad de conocer temas muy avanzados en su reflexión. Por ello, en esta edición queremos rescatar los textos que alcanzó a publicar y así darles mayor difusión en la comunidad académica contemporánea.

El pensamiento de Juan Jaramillo gira alrededor del derecho constitucional. Pero la perspectiva con la cual abordaba este tema no era disciplinaria, sino abierta a todos los saberes sociales, sobre todo a la historia, a la sociología y a la ciencia política. Su obra no se reduce a las relaciones que el derecho constitucional mantiene con cada uno de estos tres ámbitos. Por el contrario, en sus textos se aprecia un interés marcado por comprender las Constituciones en toda su complejidad, desde un enfoque social, histórico y político, bajo el entendido de que ninguno de estos podía dar suficientes luces sin tener en cuenta sus

relaciones con los demás. Juan conocía bien los secretos de la técnica jurídica y las discusiones más precisas de la dogmática no le eran extrañas; sin embargo, sabía muy bien que ese conocimiento no era suficiente para entender cabalmente los fenómenos jurídicos, y que el estudio de la relación entre el derecho y la sociedad, con todos sus problemas y sus desafíos, era una condición indispensable para comprender, interpretar y proponer soluciones a los problemas sociales. No solo eso, Juan sabía además que las constituciones y, en general, las instituciones jurídicas, no podían tampoco ser entendidas e interpretadas adecuadamente si no se analizaban a través del tiempo, es decir, si no se conocía la historia social y política de los pueblos, tanto de los latinoamericanos como los de Europa y Estados Unidos, en donde tuvieron origen buena parte de esas instituciones y esas normas.

El carácter interdisciplinario de la obra de Juan Jaramillo se constata igualmente por el hecho de abordar diversos tipos de cuestiones. Sus trabajos pueden ser clasificados alrededor de tres temas centrales, entre los cuales existen múltiples relaciones: i) el estudio de la Constitución colombiana, pero situándola en su contexto histórico; ii) el análisis de los sistemas electorales comparados, con énfasis en el caso colombiano; y iii) el análisis de la justicia constitucional y su relación con derechos fundamentales. En estos tres campos, Juan publicó importantes artículos científicos en libros y revistas especializadas, que representan aportes académicos notables, algunos de los cuales hemos reunido en este libro.

El primer tema responde a la idea que Juan siempre tuvo de que el derecho constitucional no se podía entender bien —mucho menos explicar bien a los estudiantes y a los lectores—, si no se tenía una perspectiva política, histórica y comparada sobre las constituciones de América Latina. Por eso, su objetivo en clase y en sus escritos era abordar los elementos fundamentales de la teoría de la constitución y del Estado en el marco de los procesos histórico-políticos de su creación, evolución y crisis. Así pues, las constituciones latinoamericanas, en general, y la Constitución colombiana de 1991, en particular, no eran para Juan un producto único, que se podía analizar e interpretar exclusivamente a partir de sus propios textos. Al contrario, analizar la trayectoria constitucional de nuestros países supone, además del estudio de sus textos, la comprensión de nuestra historia política y de los conflictos que la atraviesan. Ello implica también estudiar las raíces foráneas de nuestras constituciones en Europa y Estados Unidos y sus peculiaridades frente a los modelos extranjeros. Por tanto, para Juan la Constitución era una especie de punto culminante de las luchas políticas y sociales y del papel que esas ideas jugaron en aquellas luchas. Como él mismo lo decía, en uno de los artículos reproducidos en este

libro, no es posible dejar de lado el análisis de “la trayectoria constitucional de los países latinoamericanos desde la perspectiva de nuestras propias historias y de los conflictos que las caracterizan”. Y agregaba que esto supone “aceptar la importancia de pensar en una teoría de la constitución adecuada para nuestros países. Ello no significa, de ninguna manera, desconocer la trascendencia de la teoría general de la constitución que tradicionalmente se estudia en nuestras universidades, basada fundamentalmente en las experiencias inglesa, francesa y norteamericana”.¹

En ese sentido, para Juan, el análisis de los textos constitucionales del hemisferio también implica mostrar las complejidades de la transferencia y apropiación de textos constitucionales extranjeros en nuestro medio, mirar las circunstancias particulares en las cuales esos textos se aplican, estudiar las tensiones políticas que subyacen a la interpretación constitucional, entender la jurisprudencia en perspectiva comparada, en últimas, mirar el presente sin perder de vista el pasado y sin desatender el futuro.

De la producción académica de Juan Jaramillo en este primer eje temático,² el presente libro recoge tres textos: i) “La Constitución de 1991: un análisis de sus aportes desde una perspectiva histórica”; ii) “La Constitución de 1991 en Colombia: la revolución de los derechos”; y iii) “La Constitución de 1991 y la paz. Un balance después de 12 años de vigencia”.

El primero de estos textos tiene un doble propósito: de una parte, ubicar la Constitución de 1991 dentro de la trayectoria constitucional latinoamericana y colombiana, a partir del análisis del contexto histórico, político y social de los países hispanoamericanos después del periodo colonial español, así como los debates y problemas que estos han enfrentado; y, de otro lado, hacer una evaluación histórica de la Constitución de 1991 respecto a su capacidad para responder a problemas comunes a la sociedad colombiana y latinoamericana, tales como

1 Ver en la p. 30.

2 Las publicaciones más importantes de Juan Fernando Jaramillo en esta materia son las siguientes: “La Constitución de 1991: un análisis de sus aportes desde una perspectiva histórica”, en *Revista Pensamiento Jurídico*, núm. 20, 2007, pp. 61-90; “La Constitución de 1991 y la paz. Un balance después de 12 años de vigencia”, en Linda Helfrich y Sabine Kurtenbach (eds.), *Colombia: caminos para salir de la violencia*. Madrid, Frankfurt: Iberoamericana, Vervuert, 2006, pp. 233-265; “Poderes políticos y constituciones en Colombia”, en Miguel Ángel Herrera (ed.), *Modernidades, nueva Constitución y poderes constituyentes*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2003, pp. 28-34; “Colombia: el largo camino hacia la renovación política” (coautor), en Fernando Tuesta (ed.), *Sistemas electorales en la región andina (mecanismos, efectos y reformas)*. Bogotá: Parlamento Andino, 1999, pp. 43-64.

el autoritarismo, la intolerancia religiosa, la discriminación étnica y racial, y los límites a la participación política de los ciudadanos.

Sobre este último aspecto, el texto concluye que la Constitución de 1991 no ha logrado resolver los problemas estructurales de Colombia ni ha creado las condiciones necesarias para asegurar la paz. Contrario a lo esperado, luego de su promulgación el conflicto armado se ha degradado, las condiciones de distribución de la riqueza continúan siendo profundamente inequitativas, la democracia no se ha fortalecido en sus dimensiones representativa ni participativa (muestra de ello es el fenómeno de la “parapolítica”), al tiempo que su implementación mostró que existen problemas con el diseño de algunas instituciones. Sin embargo, Juan hace un llamado a la esperanza y a la defensa del pacto social plasmado en la Constitución de 1991. A pesar de sus limitaciones, la Constitución puede leerse como una conquista ciudadana pues ha logrado importantes transformaciones. Entre ellas, el aseguramiento constitucional de los derechos y las libertades de las personas, la inclusión de sectores de la sociedad colombiana históricamente discriminados como son las mujeres, los indígenas y los afrodescendientes, y el diseño de un sistema democrático con mayor participación ciudadana. Así, en opinión de Juan Jaramillo, la Constitución “constituye un requisito indispensable para poder” alcanzar la paz y, por eso, es necesario defender sus contenidos nucleares.

Juan sigue esta misma línea de reflexión en “La Constitución de 1991 en Colombia: la revolución de los derechos”. Allí afirma que la Constitución de 1991 “puso los derechos de las personas en el centro de las obligaciones del Estado” y, en tal medida, constituye una verdadera *revolución* en la garantía de dichos derechos. Esto se evidencia en los planos jurídico, social y político. En el primero, por el amplio catálogo de derechos y la consagración constitucional de diferentes acciones para garantizarlos —entre ellas, la más importante es la acción de tutela—, así como por la creación de la Corte Constitucional, institución que tiene por fin defender la Constitución y proteger los derechos fundamentales. Por su parte, en los planos social y político, la *revolución* se evidencia en el proceso de constitucionalización del derecho, en tanto que la Constitución de 1991 se convirtió en un referente obligado para los actores políticos y sociales, lo cual se constata en la apropiación del discurso de derechos y en el uso de las respectivas herramientas jurídicas por parte del “ciudadano de a pie”.

Los efectos de la Constitución de 1991 en la defensa de los derechos humanos responden, en cierta medida, a las particularidades de la historia político-social colombiana frente a la de Latinoamérica en general. A diferencia del trabajo anterior, en este artículo Juan busca mostrar las especificidades de la trayectoria constitucional en Colombia. En

ese sentido, destaca que en el país las dictaduras militares han sido la excepción, las fuerza militares han estado subordinadas a la autoridades civiles, y la independencia judicial y la libertad de prensa han sido una importante tradición. Pero, al mismo tiempo, resalta que la vida republicana en Colombia ha estado marcada por la violencia política, la cual comprende desde las ocho guerras civiles nacionales del siglo XIX hasta el conflicto armado en su versión contemporánea, pasando por la Violencia de mediados del siglo pasado.

Con todo, Juan Jaramillo sostiene que dicha revolución de los derechos de la Constitución de 1991 ha tenido límites en la efectiva protección de los mismos para todos los colombianos, debido a las profundas contradicciones y paradojas del sistema político en nuestro país. Factores como la violencia política, la débil presencia institucional del Estado en todo el territorio colombiano, la inequidad en la distribución de la riqueza, las reformas políticas neoliberales por parte del Poder Ejecutivo y la crisis de legitimidad del sistema democrático, entre otros, han propiciado la violación masiva de derechos humanos, en lugar de propender por su garantía. Así, para muchas personas en el país, los derechos aún son una mera esperanza, no una realidad. Por tanto, Juan insiste en que “en Colombia la lucha por el derecho no termina en el momento de expedición de una ley o de una sentencia, sino que se extiende hasta lograr el cumplimiento real de sus mandatos”.³

Por último, en “La Constitución de 1991 y la paz. Un balance después de 12 años de vigencia”, Juan Jaramillo pretende evaluar los resultados de la Constitución de 1991 durante la primera década de su promulgación, especialmente, sus logros en la construcción de la paz. En este aspecto, sigue el mismo propósito del primer texto al que hicimos referencia. Pero, a diferencia de aquel, en este artículo Juan analiza el texto constitucional con mayor énfasis en las etapas preconstituyente, constituyente y posconstituyente, que en el estudio comparado con la trayectoria constitucional de América Latina. En este artículo, de nuevo se resaltan los importantes avances de la Constitución de 1991 en la defensa de los derechos humanos, la inclusión de sectores históricamente marginados y la construcción de un nuevo orden democrático más participativo. Igualmente, el autor destaca que esas conquistas obtenidas a partir del texto constitucional implican un decidido compromiso ciudadano por la defensa de sus postulados, pues los logros alcanzados “son elementos fundamentales para poder acceder a [la paz]”.⁴

3 Ver en la p. 81.

4 Ver en la p. 112.

No obstante, Juan enfatiza que no se puede desconocer la necesidad de introducir algunas reformas institucionales y sociales y, en relación con este punto, se pregunta cuál debería ser el papel de la reforma constitucional dentro de un eventual proceso de paz. Para responder este interrogante, previamente sugiere diferenciar e independizar la agenda de reforma constitucional de la dinámica de los acuerdos de paz. Esto por diversas razones y especialmente por dos: primero, porque si hay cierto consenso sobre los aspectos que deberían reformarse en la Constitución, ello no debería supeditarse a un futuro acuerdo de paz; y segundo, porque los elementos que hacen parte del corazón de la Constitución — como la fórmula del Estado social y democrático de derecho, el principio del pluralismo, las instituciones y acciones para la garantía de los derechos fundamentales —, que deben defenderse a toda costa, no deberían ser objeto de negociación en un eventual proceso de paz. Por consiguiente, el ámbito de reforma constitucional, en el marco de eventuales acuerdos de paz, debe restringirse a tres puntos, los que pueden discutirse en espacios de reforma diferentes a una Asamblea Nacional Constituyente. Estos puntos son: i) el fortalecimiento de la protección constitucional de los derechos sociales, económicos y culturales; ii) la reforma del diseño de algunas instituciones; y iii) el ajuste del modelo democrático para asegurar la participación política de los grupos guerrilleros, supeditado a la garantía de los derechos de las víctimas de crímenes de guerra o de lesa humanidad.

El segundo gran tema de la obra de Juan es el estudio comparado de los sistemas electorales,⁵ el cual desarrolló desde su tesis doctoral en

5 Los trabajos de Juan Jaramillo más destacados sobre esta temática son: “Colombia”, en *KAS Democracy Report 2009. Parties and Democracy*, vol. II. Berlín: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., 2009, pp. 193 y ss.; “La reforma de la organización electoral colombiana”, *Revista Elecciones*, vol. 7, núm. 8, Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), Lima, 2008, pp. 195-233; “Los órganos electorales supremos”, en Dieter Nohlen, Daniel Zovatto, Jesús Orozco y José Thompson (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 371-436; “Elecciones en Colombia: en contravía de la tendencia regional”, *Nueva Sociedad*, Buenos Aires: Fundación Friedrich-Ebert, 2006, pp. 89-98 (publicado en alemán en el número especial titulado *Lateinamerika hat die Wahl. Von Neoliberalismus zur Neuen Linken*); “Los Tribunales Electorales en Latinoamérica. Un estudio comparativo”, *Revista Elecciones*, núm. 4. Lima: Oficina Nacional de Procesos Electorales - ONPE, 2004, pp. 169-229; “La reelección presidencial inmediata en Colombia”, *Nueva Sociedad*, núm. 198. Caracas: Fundación Friedrich-Ebert, 2005, pp. 15-31; “Colombia: el difícil camino de la renovación política”, en VV.AA., *Sistemas electorales andinos*. Bogotá: Parlamento Andino, 2005, pp. 43-106; “Colombia” (coautor), en Dieter Nohlen (ed.), *Elections in the Americas. A Data Handbook*, vol. II. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 295-364; “Las elecciones presidenciales en Colombia, 1998” (coautor), en Frank Priess y Fernando Tuesta (ed.), *Campañas electorales y medios de comunicación en América Latina*, tomo I. Buenos Aires: Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano/ Fundación Konrad Adenauer (Ciedla/KAS), 1999, pp. 197-289;

la Universidad de Heidelberg, Alemania.⁶ En sus publicaciones sobre este tema se muestra la enorme importancia que las reglas electorales tienen tanto en la suerte que corren las democracias, como en el desarrollo mismo del constitucionalismo. Por eso, para Juan, el tema electoral no era, como lo ven muchos, un asunto menor, mecánico y aburrido de la vida de las democracias, sino un elemento central del andamiaje político-institucional de un país realmente democrático.

Es por ello que en sus escritos sobre los sistemas electorales Juan muestra una preocupación constante no solamente por la teoría de la democracia y de los derechos de participación política, sino además, y sobre todo, por el funcionamiento mismo del régimen político en el cual se inscribe el derecho electoral. Con esta perspectiva, sus textos se ocupan de los sistemas latinoamericanos de elección, con un fuerte énfasis en el caso colombiano y con la idea de que la comparación entre estos sistemas y los contextos en los cuales se inscriben es algo necesario para entenderlos y mejorarlos. Juan decía que el corazón de la democracia es el sistema electoral y que, por tanto, en el caso colombiano, la modernización de nuestras instituciones pasa por su mejoramiento.

Acerca de esta temática, el presente libro presenta los siguientes textos: i) “El régimen electoral colombiano y sus posibles reformas”; ii) “La reforma de la organización electoral colombiana”; iii) “Los órganos electorales supremos”; y iv) “La reelección presidencial inmediata en Colombia”.

En el primero, Juan Jaramillo, a mediados de los años noventa, describe el régimen electoral colombiano y reflexiona sobre las propuestas de reforma al mismo que por esos días el país estaba debatiendo. Para tal fin, el autor distingue entre derecho electoral, organización electoral y sistema electoral, categorías conceptuales que entiende hacen parte del término genérico “régimen electoral”. En primer lugar, el derecho

“Los órganos electorales supremos”, en Dieter Nohlen, Sonia Picado y Daniel Zovatto (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 205-249; “El régimen electoral y sus posibles reformas”, *Revista de la Fundación Foro Nacional por Colombia*, núm. 27. Bogotá, 1995, pp. 21-32; *Wahlbehörden in Lateinamerika* (Las cortes electorales en América Latina), Leske, Budrich, Opladen, 1994; “Las cortes electorales en América Latina. Un primer intento de análisis comparativo con base en los casos de Argentina, Costa Rica y la República Dominicana”, en Dieter Nohlen (ed.), *Elecciones y sistemas de partidos en América Latina*. San José de Costa Rica: IIDH/CAPEL, 1993, pp. 3766; “Colombia” (coautor con Beatriz Franco), en Dieter Nohlen (coord.), *Enciclopedia Electoral Latinoamericana y del Caribe*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993, pp. 135-182; “Poder electoral y consolidación democrática en América Latina” (coautor), *Cuadernos de Capel*, núm. 30. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Asesoría y Promoción Electoral, 1988.

6 Juan Jaramillo, *Wahlbehörden in Lateinamerika*. Zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 1994.

electoral está integrado por las normas que regulan los derechos de participación de las personas en la designación de gobernantes y representantes. En segundo lugar, la organización electoral se encarga de la administración de los comicios. Y en tercer lugar, el sistema electoral comprende los procedimientos por los cuales los ciudadanos ejercen su derecho de sufragio. Luego de estas precisiones analíticas, el texto estudia el régimen electoral colombiano y las propuestas de reforma. Sobre esto último, el autor concluye que tales sugerencias de reforma, que surgieron en el contexto de coyuntura política del país, deberían quedar por fuera de la Constitución y, en su lugar, deberían pensarse reformas electorales de carácter constitucional de mayor alcance que estén precedidas por un debate más amplio.

Por su parte, en “La reforma de la organización electoral colombiana”, Juan Jaramillo sostiene que, en el país, la organización electoral no ha logrado cumplir cabalmente con sus funciones ni ha contribuido a la legitimidad del sistema político, ya que el diseño adoptado en la Constitución de 1991 ha implicado que los organismos electorales estén bajo el dominio de los partidos políticos mayoritarios. Por ello, Juan propone una reforma de fondo a la institucionalidad electoral —similar a la mexicana y chilena— en la que la organización y el escrutinio de las elecciones, así como el control de los partidos políticos estén a cargo de un ente administrativo, mientras que las controversias sobre las elecciones, los procesos electorales y el comportamiento de los actores, sean asumidas por un organismo judicial. En ese sentido, sugiere que debería eliminarse el Consejo Nacional Electoral y sus funciones deberían ser asumidas por el registrador nacional del Estado Civil, quien sería nombrado por concurso de méritos dirigido por las Altas Cortes. Este cambio en la arquitectura constitucional en materia electoral traería, por lo menos, cuatro ventajas: primero, despolitizaría la organización electoral; segundo, permitiría diferenciar los asuntos electorales de carácter administrativo de aquellos judiciales; tercero, las actividades administrativas en materia electoral serían asumidas por una sola entidad y así se suprimiría la duplicidad institucional actual, pues tanto la Registraduría como el Consejo Nacional Electoral cumplen funciones electorales de orden administrativo; y cuarto, derivado de la anterior, se evitarían las colisiones entre la Registraduría y el Consejo Nacional Electoral.

Ahora bien, Juan Jaramillo no solamente se interesó por la organización electoral colombiana, sino que también desarrolló rigurosas investigaciones comparadas sobre los sistemas electorales en América Latina. En relación con este aspecto, en el presente libro recopilamos el artículo “Los órganos electorales supremos”. En él, Juan persigue tres objetivos: i) hacer una presentación comparativa de la institucionalidad electoral de los países latinoamericanos; ii) establecer la relación

entre los organismos electorales, la legitimidad del sistema electoral y el fortalecimiento del sistema democrático en la región; y iii) formular algunas reflexiones sobre la organización electoral latinoamericana. Para cumplir estos objetivos, el autor indica que es indispensable a) contar con órganos supremos electorales imparciales, b) a los que se les reconozcan amplias facultades de organización de las elecciones y c) que ejerzan sus funciones de manera eficiente. La conclusión central de ese estudio comparativo es que las instituciones electorales en la región han alcanzado mayor reconocimiento y atención en los respectivos Estados, en virtud del creciente interés de consolidar sistemas más democráticos y de superar las prácticas de los regímenes dictatoriales que cometieron fraudes y manipulaciones en las elecciones. Sin embargo, a los organismos electorales latinoamericanos aún se les acusa de falta de independencia e imparcialidad, al mismo tiempo que estos organismos no han sido lo suficientemente fortalecidos en el área administrativa. Estos aspectos serían, pues, los puntos en los que deberían formularse propuestas académicas futuras.

Finalmente, dentro del mismo eje de análisis comparado de los sistemas electorales, Juan reflexionó sobre la reelección presidencial en Colombia. En efecto, en “La reelección presidencial inmediata en Colombia”, abordó esta cuestión desde la perspectiva del contexto histórico colombiano y latinoamericano, a propósito de la reforma constitucional en la materia que se realizó en 2004. En este texto presenta los argumentos en contra y a favor de la idea de que los presidentes puedan optar por un segundo mandato consecutivo. Por lo demás, respecto a la reforma constitucional aprobada mediante los Actos Legislativos 1 de 2003 y 2 de 2004, Juan Jaramillo, en su momento, pronosticó importantes transformaciones político-constitucionales. Así pues, si bien el autor resaltaba los potenciales peligros de la reelección presidencial inmediata en la democratización del ejercicio del poder político, también previó que dichas reformas constitucionales podrían permitir un proceso de reagrupación de los partidos políticos, lo que promovería la conformación de bloques de oposición política como forma de control al poder presidencial.

Ahora bien, Juan no solo dedicó una buena parte de su vida a trabajar por la vigencia de los derechos humanos en Colombia, sino que reflexionó sobre este problema e hizo importantes aportes al respecto.⁷

7 Sus textos fundamentales sobre justicia constitucional y derechos fundamentales son los siguientes: “La ejecución interna de las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. El caso colombiano.” (coautor con Luis Manuel Castro Novoa), en José Antonio Rengifo (comp.), *Derecho internacional de los derechos humanos y sistemas internos de protección y reparación*. Bogotá: Ministerio de Relaciones Exteriores y Universidad Nacional de Colombia, 2008, pp. 407-472; “Intervención judicial en cárceles” (coautor con Rodrigo Uprimny y Diana Guarnizo), documento mimeo; *Estado*

Para tal efecto, fueron muy útiles sus experiencias como magistrado auxiliar de la Corte Constitucional, como Defensor del Pueblo Delegado para el Seguimiento de las Políticas Públicas en Derechos Humanos y como Defensor del Pueblo Delegado para Asuntos Constitucionales. Estas experiencias, y su conocimiento profundo del derecho constitucional y de la teoría de los derechos fundamentales, alimentaron sus reflexiones académicas sobre derechos humanos, así como la decidida defensa de este sistema normativo. Una vez más, estos análisis tienen el gran valor de combinar valiosos conocimientos sobre historia y derecho comparado, con contactos y experiencias directas relacionadas con la problemática de los derechos humanos en Colombia.

De esta faceta de practicante del derecho constitucional da muestra la sección tres que se titula "Justicia constitucional y derechos fundamentales". En ese aparte reproducimos los artículos: i) "La ejecución interna de las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. El caso colombiano" (coautor); ii) "La libertad de información en la jurisprudencia colombiana: una perspectiva analítica y comparada" (coautor); iii) "Intervención judicial en cárceles" (coautor); y iv) "Una visión panorámica: el conflicto de las altas cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias".

de derecho y sentencias judiciales. Seguridad jurídica y garantismo (coautor). Bogotá: ILSA, 2007; "El conflicto de las Altas Cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias" (coautor), en Jesús María Casal, Alfredo Arismendi y Carlos Carrillo (coords.), *Tendencias actuales del derecho constitucional*, tomo II, Caracas: Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello, 2007, pp. 157-202; "Una visión panorámica: el conflicto de las altas cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias" (coautor con Catalina Botero Marino), en Catalina Botero, Mauricio García Villegas, Diana Guarnizo, Juan Fernando Jaramillo y Rodrigo Uprimny, *Tutela contra sentencias: documentos para el debate*. Bogotá: Dejusticia, 2006; "Libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional de Colombia (1992-2005)" (coautor). Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, Dejusticia, Andiarios, 2006; "La libertad de información en la jurisprudencia colombiana: una perspectiva analítica y comparada" (coautor con Catalina Botero y Rodrigo Uprimny) en Catalina Botero, Juan Jaramillo y Rodrigo Uprimny, *Libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005)*. Bogotá: Legis, 2005. "Colombia" (coautor), en Guillermo Escobar (dir.), *Migraciones. Primer Informe sobre derechos humanos de la Federación Iberoamericana del Ombudsman*. Madrid, Dykinson, 2003, pp. 97-114 y 335-342; "El proyecto de ley sobre hábeas corpus presentado por la Defensoría del Pueblo" (coautor), en *La Defensa*, núm. 1. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2002, pp. 17-25; "Libertad de información, democracia y control judicial: la jurisprudencia constitucional colombiana en perspectiva comparada" (coautor), en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer/Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano (KAS/Ciedla), 2000, pp. 437-510; "Prisiones en Colombia", *Observatorio Internacional de Prisiones: Informe 1995*. Lyon: Observatorio Internacional de Prisiones, 1995, pp. 60-65; "Responsabilidad de agentes particulares en violaciones de derechos humanos y conflicto armado" (coautor), Serie Investigaciones Plataforma de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, Santiago de Chile: Novib, 1995.

En el primer artículo, que Juan Jaramillo elaboró en coautoría con Luis Manuel Castro Novoa, se indica que con la Constitución de 1991 se ha presentado una apertura del ordenamiento jurídico colombiano hacia el derecho internacional de los derechos humanos. La inclusión de estándares internacionales en el derecho colombiano ha resultado en la mayor protección de los derechos y las libertades de las personas. Pero, al mismo tiempo, esa dinámica de apertura ha suscitado diferentes interrogantes respecto a, por ejemplo, el rango jurídico de dichas normas internacionales de derechos humanos y el grado de vinculatoriedad de las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos. El primer asunto ha sido resuelto por medio del concepto de bloque de constitucionalidad, usado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional; mientras que el segundo sigue generando discusiones y este es el tema de estudio del artículo. Los autores, entonces, se proponen analizar el cumplimiento de las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos por parte del Estado colombiano. El balance general que realizan es positivo, pues el Estado colombiano ha mantenido la posición de reconocer sin objeciones la competencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y ha manifestado la disposición de cumplir las órdenes de las sentencias de tales organismos, para lo cual ha expedido normas como la Ley 288 de 1996. Igualmente, en la jurisprudencia constitucional se ha reconocido que los pronunciamientos de organismos internacionales de derechos humanos constituyen un criterio relevante para la interpretación de los derechos consagrados en la Constitución.

No obstante, los autores reconocen que no hay resultados significativos en otros aspectos. Primero, respecto del cumplimiento de órdenes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de investigación y sanción a los responsables de violaciones de derechos humanos. Segundo, en relación con las medidas de no repetición de las violaciones por las que ha sido declarado responsable internacionalmente el Estado colombiano. Y tercero, acerca de la jurisprudencia constitucional en asuntos como el grado de definición de lo que debe entenderse por “criterio de interpretación relevante” de los pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos.

En esta tercera sección también recogemos el documento “La libertad de información en la jurisprudencia colombiana: una perspectiva analítica y comparada”, elaborado por Juan Jaramillo, en coautoría con Catalina Botero y Rodrigo Uprimny. El texto es un ejercicio de lo que podría llamarse jurisprudencia constitucional comparada en derechos fundamentales, puesto que busca mostrar las bondades y los límites de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre libertad de información, por medio de una comparación con la labor

desarrollada en estos campos por la Corte Suprema de Estados Unidos y el Tribunal Constitucional alemán. Este estudio comparado permite a los autores no solo mostrar los aciertos y desaciertos de las construcciones jurisprudenciales en los tres países, sino además analizar los conceptos de democracia implícitos en esas evoluciones jurisprudenciales y mostrar la originalidad y relevancia de las construcciones jurisprudenciales colombianas.

De otro lado, Juan Jaramillo, junto con Diana Guarnizo y Rodrigo Uprimny, en “Intervención judicial en cárceles” hacen un balance de la labor de la Corte Constitucional frente a las inhumanas condiciones de nuestras cárceles, en especial, frente al hacinamiento que ha caracterizado a nuestros centros de reclusión en las últimas décadas. El texto sistematiza, entonces, las decisiones de la justicia constitucional que han tenido un impacto directo o indirecto sobre la situación carcelaria, y discute los alcances y límites de la intervención judicial para humanizar las cárceles colombianas y, en particular, para erradicar el hacinamiento. Para tal fin, los autores ponen la experiencia colombiana en un debate teórico y comparado más amplio, lo que les permite defender, con cautelas, la legitimidad de esas intervenciones judiciales.

Finalmente, Juan Jaramillo y Catalina Botero, en “Una visión panorámica: el conflicto de las Altas Cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias”, presentan algunas reflexiones acerca del conflicto suscitado entre las altas cortes respecto a la tutela contra sentencias judiciales, conocido como el “choque de trenes”. Para los autores, la facultad de la Corte Constitucional —como tribunal que tiene la función de garantizar que el Poder Público y los particulares actúen de acuerdo a los postulados constitucionales— de conocer acciones de tutela contra las sentencias proferidas por los demás tribunales supremos —esto es, el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Superior de la Judicatura— es una consecuencia propia del Estado constitucional. Es decir, al aceptarse en el Estado constitucional que la Constitución tiene el carácter de norma vinculante y que su guardia está a cargo del tribunal constitucional, deriva necesariamente que a este se le asigne la facultad de garantizar que todas las ramas del Poder Público, incluidos los tribunales supremos, actúen de acuerdo con la Constitución. De todas formas, el tribunal constitucional en su función de garante de la Constitución “debe también apelar a la autorrestricción, con el objeto de garantizar que los tribunales especializados preserven un amplio margen para la interpretación y el desarrollo del derecho ordinario, y para la valoración de las pruebas dentro de los procesos concretos”.⁸

8 Ver en la p. 523.

Los textos anteriores representan grandes aportes académicos, que muestran el rigor con el cual Juan abordaba estos temas. Pero Juan no quiso ser solo un académico, sino que se vio siempre a sí mismo como un ciudadano comprometido en la lucha por la igualdad y los derechos humanos. Y, por ello, no solo publicó juiciosos trabajos académicos, sino que también participó activamente en el debate público del derecho constitucional y de los derechos fundamentales en Colombia. En esta edición hemos querido destacar las facetas de Juan Jaramillo como académico, como profesor, como practicante del derecho y como intelectual público. De las tres primeras facetas dan muestra las secciones uno, dos y tres del presente libro. La última fase del trabajo de Juan, la de intelectual público, será presentada en la última parte de este libro, que recopila sus textos periodísticos y columnas de opinión, que son verdaderos textos de *debate y combate*.⁹ Allí presentamos ocho textos periodísticos y de opinión que Juan Jaramillo escribió cuando era investigador del Centro de Investigación y Educación Popular (Cinep) y de Dejusticia.

Dos de esas columnas recogen las preocupaciones permanentes de Juan por la tierra y la igualdad. “Hablemos de reforma agraria (Nada por aquí nada por allá)” es un artículo publicado a mediados de los años ochenta, en el que Juan Jaramillo denuncia una política de Estado “antirreformista” en materia de distribución de tierras. Y muchos años después, en “La lucha contra el latifundio”, retoma su preocupación académica sobre la concentración de la propiedad rural en Colombia. Su conclusión será la misma a la que llegó más de una década atrás: en Colombia el Estado no ha tenido la voluntad política de asignar tierras a los campesinos sino que, por el contrario, le ha dado la tierra a unos pocos y poderosos propietarios.

Otras dos columnas son aportes al debate público sobre el tema electoral. En “El vulnerable poder electoral colombiano”, Juan muestra que los mecanismos de integración del Consejo Nacional Electoral y de nombramiento del registrador nacional del Estado Civil son

9 Las publicaciones de Juan Jaramillo en su faceta de intelectual público son múltiples. Son destacables sus variadas columnas y textos periodísticos que publicó en diferentes medios de comunicación nacional y en algunas revistas especializadas. En este libro destacaremos los siguientes documentos: “Hablemos de reforma agraria (Nada por aquí nada por allá)”, en *¿Qué Pasó?*, fascículo 3, Bogotá: Cinep, 1984; “El vulnerable poder electoral colombiano”, *Semana*, 23 de septiembre de 2005; “Para no repetir el horror”, *Semana*, 05 de mayo de 2007; “La lucha contra el latifundio”, *Semana*, 10 de agosto de 2009; “La identidad latinoamericana”, *Semana*, 16 de octubre de 2009; “Los retos de Colombia como país minero”, *Semana*, 29 de octubre de 2010; “¿Qué hacer con la reelección presidencial inmediata?”, *La Silla Vacía*, 9 de junio de 2011; “La reforma al fuero penal militar”, *La Silla Vacía*, 10 de noviembre de 2011.

inadecuados, por lo cual el poder electoral colombiano necesita “un revolcón” que le permita tener mayor independencia de los partidos políticos. En la columna de 2011, “¿Qué hacer con la reelección presidencial inmediata?”, Juan reflexiona sobre los ajustes que implica la existencia de la reelección para evitar la concentración de poder por parte del presidente reelecto.

Tres columnas expresan su permanente preocupación por los derechos humanos. En “Para no repetir el horror”, Juan se pregunta cómo los colombianos podemos evitar que se repitan las atrocidades del conflicto interno armado. En “Los retos de Colombia como país minero”, Juan analiza los desafíos que la minería en Colombia debe enfrentar por sus impactos en los derechos humanos y de los cuales dependerá que la minería se convierta en una tragedia o en una gran oportunidad. Y en “La reforma al fuero penal militar”, que fue una de sus últimas columnas, Juan critica severamente la propuesta de reforma constitucional para ampliar el fuero penal militar que estaba cursando en el Congreso de la República en 2011.

Finalmente, su columna “La identidad latinoamericana”, es una especie de manifiesto por un constitucionalismo y una política más auténticos en la región. Juan muestra que la tradición de América Latina y Colombia ha sido de exclusión étnica y racial, pero que eso podría estar cambiando en los últimos años, lo cual es central, pues para él, la apropiación de nuestra identidad es el primer paso en el reconocimiento de América Latina en la geopolítica mundial.

A pesar de su temprana muerte, Juan alcanzó a publicar textos de un gran valor académico e intelectual. Cada uno de sus escritos da cuenta de un conocimiento profundo de los temas que trataba y, además, de una argumentación clara y ponderada. Cuando Juan escribía se dirigía al lector con esa misma amabilidad que tenía cuando le hablaba a sus estudiantes: mostrando todas las aristas de los problemas, sopesando las posibles respuestas, explorando las diferentes alternativas y proponiendo, más que imponiendo, soluciones a los problemas de nuestro tiempo.

Esta capacidad de Juan para escuchar con calidez a los otros y asombrarse genuinamente con sus planteamientos era, en el fondo, la expresión cotidiana de un elemento fundamental de su personalidad: su espíritu igualitario, que no fue en él una idea teórica sino una actitud ante la vida. Juan realmente creía en la igualdad profunda de todos los seres humanos y, por ello, a todos nos trataba con el mismo respeto y cordialidad. Por eso lo querían tanto sus estudiantes y lo apreciaban tanto sus lectores. Ambos encontraban en él esa combinación,

relativamente escasa en el mundo académico, entre rigor, generosidad y pasión. Una ilustración simple de esto es el célebre corrillo que formaban los estudiantes alrededor de Juan, después de sus clases, para preguntarle siempre algo más de lo que había sido dicho antes, con lo cual sus explicaciones se prolongaban de manera casi indefinida, sin que se impacientara por ello.

Pero Juan tuvo igualmente una característica de personalidad que explica la poca difusión de su pensamiento y es que siempre tuvo un exceso de pudor cuando de publicar sus opiniones se trataba. La modestia lo mantuvo casi al margen de ese mundo afanoso y a veces fatuo de las publicaciones. Eso no es todo; también cuenta el hecho de que Juan fue un tipo poco tolerante con sus propios errores y con las ideas que no estaban suficientemente pulidas y terminadas. Para publicar, y sobre todo para publicar mucho, hay que tener (salvo para los genios) una cierta dosis de descaro. Si algunos de sus amigos hemos publicado más que Juan, no es por tener más talento, sino por tener menos pudor.

Es por todas estas razones que hemos decidido recoger, en este libro, algunos de los artículos publicados por Juan a lo largo de su trunca, pero fructífera carrera intelectual. Nuestro propósito es doble: por un lado, hacer un homenaje merecido a alguien que hizo grandes aportes al mundo intelectual del derecho en Colombia; y, por otro lado, dar a conocer a las nuevas generaciones unas ideas y, sobre todo, una manera de pensar y de relacionar temas, problemas y hechos, que es de una gran utilidad. Nuestra ilusión con la publicación de este libro es que los estudiantes que no tuvieron la fortuna de tener a Juan como profesor, puedan vislumbrar al menos una parte de lo que él era y de cómo pensaba y analizaba los problemas.

Decimos esto, además, con la profunda convicción de que la manera como Juan Jaramillo veía los conflictos y los pesares de Colombia, con esa ponderación y ese sentido de justicia que lo caracterizaba, es la manera adecuada para construir, en estos momentos cruciales para la paz, una Colombia más democrática, más respetuosa de los derechos, más conversadora, menos violenta y más digna.

Mauricio García Villegas

Andrés Abel Rodríguez Villabona

Rodrigo Uprimny Yepes

Diana Isabel Güiza Gómez

Bogotá, abril de 2016

PARTE 1. LA CONSTITUCIÓN EN PERSPECTIVA HISTÓRICA

**1.1. La Constitución de 1991:
un análisis de sus aportes
desde una perspectiva histórica**

**1.2. La Constitución de 1991 en Colombia:
la revolución de los derechos**

**1.3. La Constitución de 1991 y la paz.
Un balance después de 12 años de vigencia**

1.1. La Constitución de 1991: un análisis de sus aportes desde una perspectiva histórica

Una versión más corta de este artículo fue publicada en *Revista Pensamiento Jurídico*, núm. 20, 2007, pp. 61-90.

Resumen

En este ensayo se hace una evaluación histórica de la Constitución de 1991. En particular, se analiza la capacidad de dicha Constitución para dar respuesta a problemas que han aquejado a Colombia, y a los demás países latinoamericanos, desde su misma creación, tales como el autoritarismo, la intolerancia religiosa, la discriminación racial y los límites a la participación política de los ciudadanos.* Se concluye que, si bien hay que reconocer que la Constitución no ha podido brindar una solución definitiva a los problemas clásicos del país, ella no deja de ser una importante conquista ciudadana que debe ser defendida.**

Palabras clave: Constitución de 1991; historia constitucional latinoamericana; historia constitucional colombiana; tradición autoritaria; discriminación racial; Iglesia católica y constitucionalismo; Constitución y paz.

Abstract

This essay is a historical evaluation of the Constitution of 1991. It specifically analyzes that document's ability subsequent to its enactment to respond to problems that have afflicted Colombia and other Latin American countries, such as authoritarianism, religious intolerance, racial discrimination and limitations on political participation

* (N. del E.) El autor persigue, en parte, este objetivo en "La Constitución de 1991 y la paz. Un balance después de 12 años de vigencia", trabajo que se reproduce en este libro (ver *infra* pp. 86-116). La diferencia entre los dos textos es de carácter metodológico, pues en aquel el autor analiza el texto constitucional con mayor énfasis en las etapas preconstituyente, constituyente y posconstituyente, mientras que en el artículo que se presenta a continuación se hace un estudio comparado con la trayectoria constitucional latinoamericana.

** (N. del E.) Esta conclusión es reiterada por el autor en los artículos "La Constitución de 1991 en Colombia: la revolución de los derechos" y "La Constitución de 1991 y la paz. Un balance después de 12 años de vigencia" (ver *infra* pp. 62-84 y 86-116, respectivamente).

by the citizenry. The essay concludes that, while it must be acknowledged that the Constitution has been unable to provide a definitive solution to the country's classic problems, it is nonetheless a significant conquest by the citizenry that must be defended.

Keywords: Constitution of 1991; Latin-American and Colombian constitutional history; authoritarian tradition; racial discrimination; Catholic Church and constitutionalism; Constitution and peace.

Introducción

Este escrito se propone ubicar la Constitución de 1991, y sus aportes, dentro de la historia constitucional colombiana y dentro del contexto de los debates y problemas que han marcado el desarrollo político y constitucional de los países hispanoamericanos luego de obtenida la independencia de España.

Para ello, la primera parte presenta las dificultades con que tropezó el intento de establecer instituciones liberales en las nuevas repúblicas, por causa de la herencia colonial y de las huellas que dejaron las guerras de independencia. La segunda parte se ocupa muy brevemente del periodo en el que las ideas liberales adquieren el predominio en la región. Luego, el tercer acápite describe cómo la historia política y constitucional colombiana se aparta de la corriente hispanoamericana en los años ochenta del siglo XIX y presenta las principales reformas introducidas a la Constitución de 1886. El siguiente capítulo se concentrará en presentar los principales aportes de la Constitución de 1991. Luego, en el quinto apartado se destaca cómo varios de esos logros de la Constitución se fundan en algunas características que han distinguido el desarrollo político-constitucional del país, para luego pasar a formular algunas consideraciones finales.

El escrito parte de un propósito más general, cual es el de resaltar la necesidad de analizar la trayectoria constitucional de los países latinoamericanos desde la perspectiva de nuestras propias historias y de los conflictos que las caracterizan. Lo anterior supone aceptar la importancia de pensar en una teoría de la constitución adecuada para nuestros países. Ello no significa, de ninguna manera, desconocer la trascendencia de la teoría general de la constitución que tradicionalmente se estudia en nuestras universidades, basada fundamentalmente en las experiencias inglesa, francesa y norteamericana. De lo que se trata entonces es de establecer cómo los debates, problemas e instituciones propios de las historias constitucionales de esos tres países se han entrecruzado con la historia, tradiciones y circunstancias específicas de nuestra región, y qué tipo de discursos políticos, filosófico-políticos y

constitucionales ha generado ese encuentro de culturas y tradiciones políticas en torno a la organización del Estado y a la relación de este con los ciudadanos.

Es evidente que este artículo constituye solamente una primera aproximación al problema planteado, con todas las carencias e imprecisiones que ello entraña. Sin embargo, el autor estima que el escrito puede tener la virtud de proponer una forma distinta de analizar nuestra historia constitucional y los problemas que ella plantea, y con ello incentivar la apertura de una promisoriosa línea de investigación.

1. Las dificultades de las nuevas repúblicas para establecer regímenes liberales

Tradicionalmente, se ha señalado que los emancipadores hispanoamericanos fueron fuertemente influenciados por las ideas liberales propagadas por las revoluciones francesa y norteamericana. Como prueba de lo anterior, se menciona el conocimiento de muchos de ellos tanto de los hechos que se presentaron en esos países, como de las obras de los pensadores más influyentes en esos movimientos revolucionarios.

Sin embargo, esta tesis ha sido controvertida. Así, si bien algunos aceptan que el pensamiento de la Ilustración tuvo influencia sobre los revolucionarios hispanoamericanos, al mismo tiempo relativizan la importancia que se le ha dado (Lynch: 1985). Otros, en cambio, estiman que los líderes de la independencia, en vez de fieles seguidores de la ideología liberal, fueron defensores de las concepciones políticas de la escolástica que habían caracterizado el imperio español y, por ello, luchaban en contra del rompimiento del pacto colonial que se había producido luego de la instauración de la dinastía de los Borbones en el trono español, en 1700. Por eso, afirmarán que, al igual que en Norteamérica, las revoluciones en la región fueron producto de la inconformidad de los hispanoamericanos con la modificación de las condiciones de su relación con la metrópoli y que lo que se pretendía inicialmente era recuperar el estatus del pasado (Uprimny: 1953; Pérez: 1999, pp. 420 y ss.).

Todavía está abierto el debate acerca de cuáles fueron las influencias decisivas para que surgiera el movimiento emancipador en América Latina. Pero lo que sí es claro es que, luego de proclamada la independencia y con el fin de establecer sus propias instituciones, los dirigentes criollos acudieron a los modelos políticos surgidos de las revoluciones liberales —la inglesa, la norteamericana, la francesa y la Constitución de Cádiz de 1812—. Por eso, a partir de los años veinte del siglo XIX, luego del triunfo de los movimientos de independencia,

el ideario liberal contaría con un amplio número de adeptos en los países hispanoamericanos.

Pero el propósito de establecer las instituciones liberales en Hispanoamérica se encontró con grandes obstáculos, de los cuales quisiera destacar seis. Estas dificultades atravesarán la historia política y constitucional de Latinoamérica y Colombia, si bien cada país presentará sus particularidades.

El primer problema que afrontarán las nuevas repúblicas será el de la necesidad de *recrear el orden*. Esta tarea exigió la atención de los grupos gobernantes durante un largo periodo. Una vez culminadas las guerras de independencia, los grupos subordinados de la sociedad colonial que habían integrado el ejército libertador reclamaron su lugar en los nuevos Estados y sociedades. Ello dio lugar a una época de insurrecciones, anarquía e inseguridad constantes.¹ De allí que fuera necesario crear un nuevo orden, que tenía que ser construido al margen del rey y de España.

En el mismo sentido, una de las mayores dificultades que se presentaron fue la de establecer cuál debía ser la forma de coordinación más adecuada entre las distintas regiones existentes en las diferentes repúblicas que emergieron luego de las guerras de Independencia. Si en la época colonial la pertenencia al imperio español y la aceptación del poder real presuponían que las regiones dependieran de la capital del virreinato o de la capitania, luego de la conformación de las nuevas naciones ello no apareció como natural. De allí que hubieran surgido las protestas contra el centralismo y que se generalizara el conflicto alrededor de cuál forma política debía adoptarse, si la federal o la centralista.

Un segundo problema, muy relacionado con el anterior, fue el de la importancia adquirida por *los caudillos* que habían dirigido las guerras de Independencia. La preponderancia de los caudillos —militares o civiles— se preservará durante toda la historia latinoamericana² y ha sido fuente permanente de revoluciones, guerras civiles y dictaduras, con lo cual el caudillismo se constituirá en un importante obstáculo para el establecimiento de regímenes democráticos.³

1 Muy interesante al respecto es el escrito de Bolívar titulado *Una mirada sobre la América Española*, escrito en 1829, contenido en Bolívar: 1958, 279-287. Ver también el libro de Valenilla: 1991. El libro fue publicado originalmente en 1909 y llevaba por subtítulo *Estudios sobre las bases sociológicas de la constitución efectiva de Venezuela*.

2 Sobre el tema de los caudillos, especialmente en Argentina y Venezuela, ver el libro de Lynch: 1985, pp. 71 ss.

3 Ver al respecto el libro de García Calderón: 1979. En el texto, aparecido en 1912, el autor afirma (p. 201): "El desarrollo de las democracias iberoameri-

Un tercer problema fue el de la *herencia autoritaria española*. Ciertamente, el modelo político del imperio español había sido el de la monarquía absoluta, bajo la tutela de la Iglesia Católica. El modelo se mantuvo incluso en la época del llamado despotismo ilustrado impulsado por los reyes Borbones, durante la cual no se cuestionarían ni el poder real ni la religión (Sánchez Agesta: 1953, pp. 16 y ss. y 98 y ss.). Esta tradición explica las inmensas dificultades que tuvo que superar España para la implantación de un régimen constitucional y democrático, y su inestable vida política durante el siglo XIX y gran parte del siglo XX.

La mencionada herencia permite entender que los países latinoamericanos se hayan distinguido por la inestabilidad de sus instituciones políticas y por las dificultades para establecer regímenes democráticos y respetuosos de los derechos y libertades de los ciudadanos. También explica que la región haya tenido que luchar permanentemente contra los rezagos de una cultura del autoritarismo, dispuesta siempre a aceptar la concentración de poderes en caudillos mesiánicos de distintos tipos.⁴

canas difiere considerablemente del admirable espíritu de sus cartas políticas. Estas encierran todos los principios del gobierno aplicados por las grandes naciones europeas: armonía de los poderes, derechos naturales, sufragio liberal, asambleas representativas. Pero la realidad contradice el idealismo de estos estatutos importados de Europa. Las tradiciones de la raza dominante han creado, de hecho, sistemas de gobierno simples y bárbaros. El caudillo es el eje de esta política. Jefe de un partido, de un grupo social o de una familia poderosa por la importancia de sus relaciones, impone su voluntad tiránica a la multitud. En él se concentran el poder y la ley. De su acción permanente depende el orden en el interior, el desarrollo económico, la organización nacional; su autoridad es inviolable, superior a la Constitución y a las leyes”.

4 Ver sobre este punto el libro ya citado de Vallenilla (p. 94), quien manifiesta que “es evidente que en casi todas estas naciones de Hispanoamérica, condenadas por causas complejas a una vida turbulenta, el Caudillo ha sido la única fuente de cohesión social [...] después de asegurada la independencia, la preservación social no podía de ninguna manera encomendarse a las leyes sino a los caudillos prestigiosos y más temibles, del modo como había sucedido en los campamentos.” Ilustrativa sobre este punto es una entrevista sostenida por el expresidente peruano Alberto Fujimori con el diario *El Tiempo*, el 16 de abril de 1995, en la cual él defendía la creación de un nuevo tipo de democracia, personalista y sin partidos, así: “**Pregunta:** Pasando al campo político, usted habla de un nuevo modelo de democracia. ¿cómo es ese modelo? **Respuesta:** Yo no creo en la democracia de los partidos que se reparten el poder y aquí se ha probado que la gente no cree en ellos, y estoy convencido de que esto no solamente va a ocurrir en el Perú. Este es el inicio de un movimiento. La partidocracia de poder es un medio para obtener influencias y hacer componendas, por eso creo que poco a poco en lugares donde no funciona la verdadera democracia puede irse contagiando nuestro modelo. **Pregunta:** Sus opositores sostienen que usted desde la Presidencia trabajó para acabar con los partidos políticos tradicionales. Ese es hoy el gran debate en el Perú. **Respuesta:** En cinco años se han acabado totalmente los partidos. Lo que llama la atención es que la mayoría de los militantes apristas y de la izquierda han votado por mi candidatura.

Un cuarto problema que se presentó fue el de la *carencia de prácticas de autogobierno*. El Imperio español no había permitido que los criollos adquirieran destrezas en el gobierno de las colonias y había casi eliminado las autonomías municipales (Ots Capdequi: 1952, pp. 113-114). Esta situación se haría más extrema con la llegada de los Borbones al poder. En este punto, la construcción de los Estados hispanoamericanos se diferenciaría en forma radical de la de los Estados Unidos de América. Ciertamente, mientras en los primeros los gobernantes tendrán que aprender a empellones las habilidades necesarias para las actividades del gobierno, para la generación de compromisos y para la actividad política,⁵ los ciudadanos de Estados Unidos gozaban en el momento de lograr su independencia de una amplia experiencia en el autogobierno y en la negociación de códigos de libertades para con sus gobernantes (Matteucci: 1998, pp. 161 y ss.; Beard y Beard: 1952, pp. 70 y ss.).

El quinto problema fue la *exclusividad de la Iglesia Católica*. A diferencia de los Estados Unidos, donde la coexistencia de distintos credos religiosos condujo a la necesidad de establecer la tolerancia religiosa y de determinar que el Estado no debía intervenir en los asuntos religiosos,⁶ en los países hispanoamericanos la Iglesia Católica será la única iglesia aceptada⁷. Ella intervino de manera rutinaria en los

La razón es simple: yo tengo contacto con la gente y la gente está totalmente decepcionada de los partidos, ya no creen en ellos”.

5 En la Carta de Jamaica, de 1815, Bolívar: 1985, 63-65, exponía su visión sobre este punto: “Se nos vejaba con una conducta que además de privarnos de los derechos que nos correspondían, nos dejaba en una especie de infancia permanente con respecto a las transacciones públicas. Si hubiésemos siquiera manejado nuestros asuntos domésticos en nuestra administración interior, conoceríamos el curso de los negocios públicos y su mecanismo, y gozaríamos también de la consideración personal que impone a los ojos del pueblo cierto respeto maquinal que es tan necesario conservar en las revoluciones [...] Estábamos como acabo de exponer, abstraídos, y digámoslo así, ausentes del universo en cuanto es relativo a la ciencia del gobierno y administración del estado. Jamás éramos virreyes ni gobernadores, sino por causas muy extraordinarias; arzobispos y obispos pocas veces; diplomáticos nunca; militares solo en calidad de subalternos; nobles sin privilegios reales; no éramos, en fin, ni magistrados, ni financistas y casi ni aún comerciantes [...] Los americanos han subido de repente y sin los conocimientos previos, y, lo que es más sensible, sin la práctica de los negocios públicos, a representar en la escena del mundo las eminentes dignidades de legisladores, magistrados, administradores del erario, diplomáticos, generales y cuantas autoridades supremas y subalternas forman la jerarquía de un estado organizado con regularidad”.

6 Por eso, en la primera enmienda constitucional, en 1791, se establecerá que “El Congreso no aprobará ley alguna por la que establezca una religión como oficial del Estado, o se prohíba su libre práctica [...]”

7 Un importante precedente en este sentido lo constituirá — en lo que representa un contrasentido lógico— la Constitución liberal de Cádiz, de 1812. En ella se determinó, en el artículo 12: “La Religión de la nación española es y será

asuntos políticos, de manera tal que ejerció una decisiva influencia en el desarrollo político de las nuevas repúblicas.

Durante el siglo XIX, en respuesta a la Revolución francesa y a su influencia en Europa, la Iglesia Católica asumió posiciones decididamente antiliberales y antidemocráticas. Es así como durante muchos años la Iglesia instó por la restauración de las monarquías absolutistas y contra la separación de la Iglesia y el Estado. También se pronunció contra las libertades de cultos, de expresión y de imprenta, contra la educación laica, contra el individualismo y contra muchos de los planteamientos formulados por los liberales. De la misma manera, se opuso a los movimientos socialistas.⁸ Las posiciones asumidas por el Vaticano ejercieron gran influencia en el devenir político europeo y latinoamericano.⁹ En el caso latinoamericano, la Iglesia Católica intentó defender la posición central que ocupó en la vida política y social durante la época colonial y, en concordancia con las posiciones tomadas por el Vaticano, se enfrentó duramente a los programas liberales y anticlericales.¹⁰ Precisamente, las posturas asumidas alrededor de cuál debía

perpetuamente la Católica, apostólica y romana, única verdadera. La nación la protege por leyes sabias y justas y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra”.

8 Ver, por ejemplo, las encíclicas papales *Mirari Vos*, de Gregorio XVI, de 1832; *Quanta Cura*, de Pío IX, de 1864; y *Syllabus*, de Pío IX, de 1864. Las ideas socialistas fueron fuertemente críticas en las encíclicas *Quod Apostolici Muneris*, de León XIII, de 1878, y *Rerum Novarum*, del mismo León XIII, de 1891. Estas y otras encíclicas contenidas en la Colección de Encíclicas y Cartas Apostólicas publicadas por la Acción Católica Española, en 1946. Con todo, es importante señalar que dentro de la Iglesia surgieron grupos que intentaron compatibilizar el liberalismo y la democracia con la religión católica, tal como ocurrió con las personas reunidas alrededor del periódico *L’Avenir*, en Francia. Ver al respecto a Jardín: 1989, p. 329 y ss. Una buena síntesis sobre las posturas del Vaticano acerca del liberalismo, la democracia y el socialismo se encuentra en Simón: 1964, pp. 13-54.

9 De hecho, en distintos países europeos en los que los católicos eran minoría se organizaron partidos políticos, cuyo propósito fundamental fue el de defender los intereses e ideas de la Iglesia Católica. Este fue el caso de Prusia, donde, en 1870, se creó el Partido del Centro. Este partido enfrentó las medidas represivas tomadas por Bismarck contra la Iglesia, en lo que se ha denominado “la lucha cultural”, iniciada en 1871. Pero también en los países donde los católicos eran mayoría se generaron conflictos importantes con el Estado, cuando este asumía posturas liberales y contrarias a la Iglesia. Así ocurrió en Italia, con el llamado intrasigentismo, movimiento a través del cual los católicos se negaron varias décadas a participar en el Estado italiano, por causa de sus posiciones liberales y de la ocupación de los Estados Pontificios.

10 Evidentemente, esta situación generaba problemas inmensos para los liberales que se reconocían como católicos. Un ejemplo de ello lo representa el libro de Rafael Uribe Uribe, titulado *De cómo el liberalismo colombiano no es pecado*, aparecido en 1912. No es ocioso añadir que el ensayo de Uribe Uribe fue prohibido por la Iglesia. Por lo demás, en muchas guerras civiles el elemento religioso fue de gran importancia. Uno de casos más extremos fue la guerra de los Cristeros en México, librada entre 1926 y 1929, que se desató cuando el go-

ser el papel de la Iglesia Católica en el Estado y la sociedad, y acerca de sus derechos, marcarán las luchas políticas en Latinoamérica durante el siglo XIX y buena parte del siglo XX.

Finalmente, el sexto problema se refiere a la preservación de *las sociedades de castas* en la región. En la época colonial, la posición de las personas dentro de la sociedad se determinaba por la mayor o menor cercanía a los ancestros españoles. Luego de la independencia se proclamó que todas las personas eran libres e iguales ante la ley. Por eso se procedió a abolir la esclavitud,¹¹ el tributo indígena y los servicios personales, junto con las demás normas coloniales para la protección de los indígenas. Empero, las necesidades fiscales condujeron a que se restableciera el tributo indígena. Además, las relaciones reales de poder mantuvieron el trabajo forzado de los indígenas a favor de los latifundistas. De la misma manera, la abolición de las instituciones coloniales determinó la eliminación de los resguardos y de las tierras comunales, y la imposición del servicio militar y de otros gravámenes sobre los indígenas, todo lo cual repercutiría en forma muy negativa sobre su existencia (Favre: 1999, pp. 30 y ss).¹²

La discriminación racial se hizo más patente a partir del afianzamiento de las ideas positivistas.¹³ Muchos pensadores, influencia-

bierno de Plutarco Elías Calles trató de aplicar en la práctica las disposiciones anticlericales de la Constitución de Querétaro. Sobre esta guerra ver Meyer: 2000.

11 Sobre el proceso de emancipación de los esclavos en distintos países de América Latina, ver Clementi: 1974.

12 El mismo Favre concluye sobre los cambios sucedidos (p. 35): “La independencia se traduce en todas partes en una degradación sensible de la condición del indio. El régimen republicano refuerza el sistema de explotación en el que España había hecho entrar a la población indígena, despojándola de sus defensas mediante la intensificación de sus aspectos ‘feudales’. El colonialismo externo es reemplazado por una forma brutal de neocolonialismo interno que se mantendrá localmente en algunos países de América Latina hasta la mitad del siglo XX...”.

13 Quizás la literatura constituye la mejor fórmula para la descripción y entendimiento de la condición de marginación y explotación a la que han sido sometidos amplios sectores sociales en la región. Sobre la situación de los indígenas es muy importante ver las obras de la literatura indigenista, entre las cuales se encuentran: *Huasipungo*, de Jorge Icaza; *El Mundo es Ancho y Ajeno*, de Ciro Alegría; *Todas las Sangres* y *Los Ríos Profundos*, de José María Arguedas, y la serie de relatos de Manuel Scorza acerca de la tierra en los Andes peruanos. Ver también el artículo *Nuestros Indios* de Manuel González Prada y los *Ensayos de Interpretación de la Realidad Peruana*, de José Carlos Mariátegui. También es de interés en este punto lo expresado por el vicepresidente de Bolivia, Álvaro García Linera, en entrevista concedida al diario *El Tiempo* del 20 de diciembre de 2005: “Bolivia sigue siendo un estado colonial, el color de piel cuenta para el ascenso social; las clases sociales tienen color, lengua y cultura. Las clases ascendentes, cuanto más arriba están más se clarean la piel, y cuanto más bajas, más se indianizan y se oscurece la piel y el apellido. En Europa, para

dos por autores europeos como Goubineau y Spencer, plantearán la inferioridad de las razas indígena y negra y de las mezclas que surgieron de su entrecruzamiento, o del mestizaje con el blanco.¹⁴ Dichos pensadores aseguraron que estas razas no son propicias para el desarrollo y la civilización y propugnaron, en muchos casos, por favorecer la inmigración europea —especialmente de anglosajones—. ¹⁵

2. El triunfo del ideario liberal

Las primeras décadas después de la Independencia, hasta los años cincuenta y sesenta, fueron décadas de experimentación, siempre dentro de la idea de construir los Estados —a partir de los cuales se crearon las nacionalidades— y de mantener el orden. Esta época estuvo marcada por las luchas entre caudillos, con las consiguientes revoluciones y guerras civiles. En ella se empezarán también a delinear los dos bandos políticos que dominarán el panorama político en los decenios siguientes, los conservadores y los liberales.

Así mismo, en esta época, se consolidan dos principios que van a ser distintivos del constitucionalismo latinoamericano. De esta manera, se descarta la idea de constituir regímenes monárquicos y se consolida el presidencialismo, como sistema de gobierno. También se da inicio a la lucha entre centralistas y federalistas, de la cual saldría triunfante la idea centralista, si bien en algunos países se llegó a aceptar el federalismo —tal como ocurre en Argentina, Brasil, México y Venezuela—, aunque en una forma menguada.

A partir de los años cincuenta y sesenta era claro que las ideas liberales se habían impuesto y que se había iniciado el desmonte de la herencia colonial. Es así como se consagró el libre comercio con los países metropolitanos, se suprimieron los monopolios, se abolieron los

ascender socialmente, cuenta su dinero y su formación universitaria. En Bolivia es el dinero, el título universitario y la etnicidad”.

14 Ver, entre otros, los libros *Pueblo enfermo*, del boliviano Alcides Arguedas, aparecido en 1909, y *Conflicto y armonía de las razas en América* del argentino Domingo Faustino Sarmiento, publicado en 1883. Para el caso colombiano, ver la conferencia de Jiménez: 1920. También los libros de Laureano Gómez, pp. 41ss, s.f, y de López de Mesa: 1970, pp. 63ss. En contraste, es importante destacar la importancia que le brindaron los mexicanos al mestizaje dentro del propósito de alcanzar el progreso. Ver al respecto los textos de *México social y político*, de Justo Sierra, publicado en 1889, y *La raza cósmica*, de José Vasconcelos, aparecido en 1925.

15 Ver, por ejemplo, los libros de los argentinos Juan Bautista Alberdi, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, escrito en 1852; y Domingo Faustino Sarmiento, *Facundo, civilización y barbarie*, escrito en 1845.

resguardos y se intentó retirarle a la Iglesia Católica su papel central en la sociedad.

El predominio liberal se hizo incontrastable a partir de los años ochenta, cuando el liberalismo empieza a asociarse con los ideales del progreso, de la ciencia y de la tecnología, de manera tal que se empieza a considerar que con el liberalismo se podría llegar realmente a obtener desarrollo material en los países de la región. Es este un momento en el que incluso los conservadores empiezan a acercarse a algunos temas liberales, como el del *progreso*, y en el que muchos liberales comienzan a acercarse a temas de los conservadores, como el de la necesidad de conservar siempre el *orden*, aun a costa de las libertades. Además, por paradójico que parezca, el triunfo liberal no aparejó necesariamente el establecimiento de amplias libertades públicas o de regímenes democráticos. Aún más, en forma frecuente se recurrió a gobiernos claramente autoritarios para impulsar el credo liberal y el progreso, tal como sucedió en México, con el gobierno de Porfirio Díaz, y en Venezuela, con Juan Vicente Gómez.

Pero el triunfo de las ideas liberales en la región será el que posibilitará que ellas empiecen a ser cuestionadas duramente desde comienzos del siglo XX. El liberalismo va a recibir críticas desde tres frentes, a saber: desde el ángulo de la Iglesia Católica, inconforme con su posición anticlerical; desde el lado de los resultados de su gestión, en la medida en que muchos empezaron a ver que, a pesar de que el liberalismo había creado riqueza, no había logrado que ella se generalizara y distribuyera, sino que, por el contrario, había contribuido al empobrecimiento general de amplios núcleos de la población; y, finalmente, desde la perspectiva de aquellos sectores sociales que sí se habían beneficiado con el desarrollo económico generado con la búsqueda del progreso material y la puesta en práctica de las ideas liberales, pero que a la vez exigían posibilidades de participar en la vida política de sus países, lo cual implicaba la democratización de los regímenes políticos.

Las críticas mencionadas condujeron a identificar como oligárquicos y plutocráticos a los grupos que impulsaban el ideario liberal. Para enfrentarlos, a lo largo del siglo XX, surgirán los movimientos nacionalistas, algunos de corte corporativo y otros populistas, y luego aparecerán los partidos comunistas y demás movimientos derivados del marxismo.¹⁶

16 Para este aparte ver Romero: 2001. El libro compila distintos escritos del autor referidos a este tema. Ver también Zea: 1980.

3. La especificidad colombiana a partir de la Constitución de 1886

Hasta los años ochenta del siglo XIX, el desarrollo político y constitucional colombiano se adecuó a la tendencia presentada en Latinoamérica. Es así como en los años cincuenta —luego de algunas décadas de experimentación política en procura del orden y la estabilidad, y de que en los años 1848 y 1849 se hubieran creado los partidos liberal y conservador— llegaron los liberales al poder con José Hilario López, y expidieron una serie de reformas amplias, tendientes a desmontar el régimen colonial. A la vez, en estos años se dictan las Constituciones de 1853, 1858 y 1863, que apuntalan el ideario liberal.

Como resultado de estas reformas se acogió la forma federal del Estado; se redujeron los poderes del Poder Ejecutivo central; se separó la Iglesia del Estado y se decretó la libertad de cultos, la expulsión de los jesuitas y la desamortización de los bienes de manos muertas; se expropian los bienes de la Iglesia; se eliminan la esclavitud, los resguardos y los ejidos; se suprimen los monopolios, los diezmos y los censos; se estableció el libre cambio; se consagró la libertad de enseñanza, la libertad religiosa, la libertad de imprenta y de opinión, y la libertad de industria y comercio; se estableció el sufragio universal, directo y secreto —en 1853, en un momento muy temprano desde el punto de vista de la historia electoral comparada—; se consagran normas de humanización del derecho penal, tales como la supresión de la pena de muerte, la abolición de la prisión por deudas, el juicio por jurados, etc. (Molina: 1970, p. 26).

En los años ochenta, Colombia se alejó de la tendencia latinoamericana. Así, en 1885, el Partido Conservador se alía con un sector del Partido Liberal para crear el Partido Nacional y se instauró el periodo de la Regeneración, en el cual se pone punto final a la era liberal —la llamada época del Olimpo Radical—, la cual va a ser censurada por el desorden y la inestabilidad política que la caracterizarían. De esta manera, mientras que en la mayoría de los países hispanoamericanos las ideas liberales continuaron imperando, incluso por medio de tiranías liberales, en Colombia se decide dar un viraje, que se expondría claramente en la Constitución de 1886. En ella se decide reinstaurar la forma de Estado centralista, bajo el lema “centralismo político con descentralización administrativa”; se determina que la religión católica es la religión de la Nación;¹⁷ se le otorgan amplios poderes al Presidente

17 Es interesante destacar que otro país que va a dar un viraje en este sentido va a ser Ecuador, donde el Presidente Gabriel García Moreno logra que en la Constitución de 1869 se establezca que para ser ciudadano ecuatoriano se requería ser católico (art. 10) y que la pertenencia a sociedades prohibidas por la

de la República; se limitan los derechos de los ciudadanos; y se retorna al sufragio restringido.

La larga duración de los periodos de la Regeneración y de la República Conservadora (1886-1930) podría explicar la sobrevivencia de la constelación política liberal-conservadora en Colombia. Este esquema partidario fue propio del siglo XIX en los países hispanoamericanos, pero fue siendo desplazado durante el siglo XX (Manigat: 1969, pp. 12-13). Quizás la permanencia del bipartidismo colombiano se origine en el hecho de que el Partido Liberal se encontró en la oposición durante muchas décadas. Durante ese tiempo, el partido fue incorporando a su doctrina postulados propios del pensamiento socialista, con lo cual fue capaz de atraer hacia sí a distintos sectores sociales que, en otras circunstancias, habrían apoyado partidos populistas o de izquierda.

La Constitución de 1886 fue reformada en distintas ocasiones durante el siglo XX. Las sucesivas reformas fueron morigerando la tendencia autoritaria plasmada en la Carta Política de 1886. Entre las reformas más importantes se encuentran las siguientes:¹⁸

- En el año de 1905, mediante el Acto Legislativo N° 8, se consagra el principio de *representación de las minorías*, tendiente a permitir que la segunda fuerza política del país —en ese entonces los liberales— pudiera lograr representación en el Congreso de la República. En consonancia con ello, en las leyes 42 de 1905 y 85 de 1916 se establece el *voto limitado o incompleto*. De acuerdo con este sistema, independientemente del número de votos obtenidos por cada partido en las elecciones, al partido mayoritario le correspondían las dos terceras partes de los escaños del Congreso, mientras que al partido minoritario se le asignaba la otra tercera parte de las curules.
- En 1910 se creó la figura de la acción popular de inconstitucionalidad contra las leyes, con lo cual se da inicio a la *justicia constitucional* en Colombia. Al respecto, es importante resaltar que con ello Colombia se anticiparía a los desarrollos constitucionales que se darían en Europa en torno a la creación de tribunales constitucionales, primero a partir de 1918, pero principalmente a partir de la Ley Fundamental alemana de 1949. También en esta reforma se estableció el principio de la representación proporcional, el cual, de acuerdo con la enmienda constitucional, podría ser adoptado a través del sistema del voto incompleto, del cociente electoral o del voto acumulativo.

Iglesia Católica implicaba la suspensión de los derechos de ciudadanía (art. 11).

18 Una historia breve del desarrollo constitucional colombiano, con énfasis en el tema del régimen electoral, se encuentra en: Jaramillo y Franco: 1993, pp. 135 y ss.

- En el año de 1936 —cuando vuelve al poder el Partido Liberal, pero un partido liberal que había bebido en otras fuentes, que había observado el surgimiento de la clase obrera y de las luchas campesinas, y que había visto las Constituciones de Querétaro, en México, de 1917; de Weimar, en Alemania, de 1919; y de la República Española, de 1931— se reconocieron los derechos laborales en la Constitución; se estableció que la propiedad tiene una función social y que, por lo tanto, podría ser expropiada; se eliminaron algunos artículos confesionales; y se consagró el sufragio universal masculino.
- En el año de 1957 se aprobó, mediante plebiscito, una reforma constitucional, con la que se esperaba poner fin a la época de la Violencia, protagonizada entre liberales y conservadores. De esta enmienda surgió la figura del Frente Nacional, a través de la cual los partidos Liberal y Conservador decidieron distribuirse el poder político. Es así como se dispuso que, entre 1958 y 1974, los dos partidos se alternarían en la Presidencia de la República y se distribuirían por partes iguales los escaños en el Congreso y en los demás cuerpos colegiados.

Además, en la reforma se acordó que los cargos de la administración pública que no fueran de carrera y las posiciones en las altas cortes judiciales se distribuirían en forma paritaria. La disposición sobre la administración de justicia se conservaría incólume hasta la Constitución de 1991. Por obra de la reforma constitucional de 1968, la norma relacionada con la repartición paritaria de los cargos de la administración pública se mantendría hasta 1978, año a partir del cual el nombramiento de los funcionarios se hizo de manera tal que se diera “participación adecuada y equitativa al partido mayoritario distinto al del Presidente de la República”.

El Frente Nacional permitió erradicar la violencia de la competencia política entre los liberales y los conservadores. De la misma manera, este acuerdo posibilitó retirar a la Iglesia Católica de las luchas políticas. Sin embargo, al mismo tiempo, el Frente Nacional eliminó paulatinamente las diferencias entre los partidos, los cuales fueron presa del clientelismo y la faccionalización. Simultáneamente, el Estado y los partidos perdieron el control y la proximidad con la sociedad y sus diferentes formas organizativas, la abstención electoral aumentó, la protesta social fue empujada hacia la ilegalidad y se hizo cada vez más necesario acudir al estado de sitio para gobernar. Además, ante el fracaso de los intentos de creación de nuevas organizaciones políticas, aparecieron distintos movimientos guerrilleros que se fueron consolidando y expandiendo. A la violencia que estos grupos generaron, se sumó posteriormente la proveniente del narcotráfico y de los grupos paramilitares que se crean para combatir la guerrilla.

La situación de violencia y descontento generalizados que se presentaba llevó a la conclusión de que las instituciones existentes no permitían resolver los problemas del país. De allí que, en 1990, se decida convocar una Asamblea Nacional Constituyente, con el fin de lograr un nuevo acuerdo político fundamental que permitiera consolidar la paz y la estabilidad institucional. La Asamblea fue citada en el marco de distintos diálogos de paz adelantados con organizaciones guerrilleras, con el propósito de lograr que todas ellas se incorporaran al proceso constituyente. Sin embargo, los grupos guerrilleros más grandes, las FARC y el ELN, se negaron a participar en ella.

4. Los aportes de la Constitución de 1991

La Constitución de 1991 intentó responder a problemas que han acompañado a la nación, incluso desde la época colonial, tales como el autoritarismo, la intolerancia religiosa, la discriminación étnica y cultural, y los límites a la participación política de los ciudadanos. Para ello recogería distintos elementos propios del constitucionalismo contemporáneo. Entre las innovaciones introducidas por la Constitución es importante señalar las siguientes:

Primero, la determinación de que Colombia es un Estado Social Democrático de Derecho. De esta fórmula, tomada en Colombia fundamentalmente del constitucionalismo español y alemán, se deriva que el Estado colombiano debe ser respetuoso de los derechos y libertades de las personas —Estado de Derecho—; que los titulares del poder político deben ser elegidos por el pueblo y que este tiene también el derecho de decidir sobre los asuntos de trascendencia para la comunidad —Estado democrático—; y que el Estado tiene la obligación de garantizar condiciones de vida dignas para todos los asociados —Estado social—. ¹⁹

Segundo, el establecimiento de un amplio catálogo de derechos fundamentales, que poseen el carácter de normas jurídicas. Ello significa que su cumplimiento puede ser exigido ante los jueces de la República, con lo cual los derechos fundamentales de las personas consagrados en la Constitución ya no constituyen simples propósitos o guías filosóficas que han de guiar la labor del Legislador, sino que son normas de obligatorio acatamiento por parte de las instituciones públicas, e incluso de los particulares. Precisamente, este hecho es el que ha permitido que los derechos fundamentales de las personas hayan adquirido la

19 Sobre el significado del Estado Social Democrático de Derecho, fórmula a la cual se hace usualmente mención como Estado Social o Estado Social de Derecho, ver, entre otros, a Requejo Coll: 1994, cap. 8 y Benda: 1996.

potencialidad y el dinamismo que demuestran actualmente en la sociedad colombiana.

La importancia de haber definido que los derechos fundamentales contemplados en la Carta son normas jurídicas de aplicación inmediata se advierte al observar la Constitución de 1886. En ella, el Título III consagraba los derechos civiles y las garantías sociales de las personas. Sin embargo, en esa época imperaba el concepto de que los derechos constitucionales solamente regían en la medida en que lo regulara la ley, de tal manera que, por ejemplo, no se concebía que los jueces pudieran aplicar directamente la Constitución. Por esta razón, se consideró necesario que la misma Constitución ordenara, tal como lo hizo en su artículo 52, que las disposiciones del Título III fueran incluidas en el Código Civil, como título preliminar. Con ello se pretendía que, en el momento de dictar sus sentencias, los jueces tuvieran siempre en cuenta los derechos civiles y las garantías sociales contenidos en el mencionado Título III de la Constitución de 1886, como criterios de interpretación. Empero, lo cierto es que esa sección de la Constitución no dejó de ser un simple anexo declarativo del Código Civil, sin mayores consecuencias reales.²⁰ Prueba de ello es que el derecho de petición, contemplado en el artículo 45 de la Constitución de 1886, no tuvo mayores desarrollos durante la vigencia de esa Constitución. Esta situación contrasta con lo ocurrido luego de entrar en vigencia la Constitución de 1991, cuando la posibilidad de acudir a la justicia para exigir el cumplimiento de los derechos constitucionales ha conducido a que el derecho de petición sea uno de los más reclamados ante los jueces, por vía de la acción de tutela.

Tercero, la creación de una serie de instituciones e instrumentos procesales destinados a velar por la vigencia y protección de los derechos de las personas. Es así como se da vida a instituciones como la Corte Constitucional y la Defensoría del Pueblo, y a mecanismos judiciales como la acción de tutela, las acciones populares y las acciones de cumplimiento.

Ciertamente, la existencia de esas instituciones y de las acciones judiciales ha sido fundamental para garantizar que los derechos de las personas tengan vigencia real y no se conviertan en simples normas de papel, como lo hacía temer la tradición jurídica colombiana. Es por eso que en los estudios y encuestas sobre la Constitución se señala siempre entre las instituciones más apreciadas por los colombianos a la acción de tutela. Al respecto, basta con señalar que para octubre de 2007 se habían tramitado ya más de 1'800.000 acciones de tutela en el país. Esta

20 Sobre este artículo y sobre los debates de la época ver Sanín Greiffenstein: 1971, pp. 103 y ss.; y Samper: 1951, pp. 108-110.

cifra permite apreciar la confianza que genera en los colombianos esta figura, como fórmula ágil y confiable de acceder a la justicia, un resultado muy positivo para un sistema político que intenta generar credibilidad en sus instituciones.²¹

Cuarto, la determinación de que los tratados y convenios internacionales de derechos humanos ostentan un rango equivalente a las normas constitucionales.

Con base en distintos artículos de la Constitución,²² la Corte Constitucional ha reconocido que los tratados internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario constituyen un parámetro de análisis dentro de los juicios de constitucionalidad. Para ello, desarrolló la figura del bloque de constitucionalidad. De acuerdo con esta figura, la Constitución no se agota en su mismo texto, sino que existen otras normas, no incluidas dentro de ella, que forman parte de la misma. Con este desarrollo, la Corte Constitucional rompió con la jurisprudencia que había sido sostenida durante muchos años por la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que la violación de las normas contenidas en tratados internacionales de derechos humanos por parte de una ley nacional no constituía un motivo para declarar la inconstitucionalidad de la ley, por cuanto el juicio de constitucionalidad se limitaba simplemente a comparar las normas legales bajo examen con el texto de la Constitución.

Como consecuencia de lo anterior, durante este lapso se ha advertido que en sus sentencias los tribunales —fundamentalmente la Corte Constitucional— hacen cada vez más uso de los tratados internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. Igualmente, se ha reconocido una fuerza especial a los pronunciamientos expedidos por los organismos de los sistemas interamericano y universal de derechos humanos. Todo este desarrollo apunta hacia un mayor compromiso del Estado colombiano en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.²³

21 En las evaluaciones sobre la Constitución siempre se ha resaltado la importancia de la acción de tutela. Así, en el informe preparado por el diario *El Colombiano*, de Medellín, el día 30 de junio de 1996, con motivo de los 5 años de vigencia de la Carta, se destacó el papel desempeñado por la tutela en la protección de los derechos de las personas. Luego, en el diario *El Tiempo* del día 4 de julio de 2001, en un informe preparado con ocasión de los 10 años de la Constitución, se señalaba que un 85% de los colombianos consideraba que la tutela era una acción que funcionaba bien y, por lo tanto, se señalaba que esta acción era la figura reina de la Constitución de 1991. Distintos análisis sobre la labor de la Corte Constitucional y la acción de tutela se encuentran en Corte Constitucional; Consejo Superior de la Judicatura; Fundación Konrad Adenauer: 2001.

22 Se trata de los artículos 53, inciso 4, 93, 94 y 214, inciso 2.

23 Más sobre este tema en Uprimny: 2001, pp. 97-154. Sobre la recepción

Quinto, la determinación de que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. Este reconocimiento ha conducido, entre otras cosas, a otorgarle espacios propios de representación política a las comunidades indígenas y negras; a admitir la existencia de una jurisdicción especial indígena; a garantizar que los territorios indígenas sean gobernados por las autoridades indígenas tradicionales; y a establecer que los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable, y que en las decisiones sobre la explotación de recursos naturales ubicados en territorios indígenas se deberá contar con la participación de los representantes de las comunidades.²⁴

El reconocimiento de que Colombia es un Estado pluriétnico y pluricultural ha sido de la mayor importancia. Es innegable que a partir de las normas constitucionales, de sus leyes reglamentarias y de la jurisprudencia constitucional se ha logrado incluir en el sistema político a sectores sociales que hasta entonces habían permanecido al margen de él.²⁵ Ello ha permitido, por ejemplo, que la cuestión indígena haya dejado de ser considerada como un mero problema de orden público, tal como ocurría en el pasado, para pasar a constituir un reto interesante en la construcción de la comunidad política.²⁶ Con ello se ha podido eliminar o canalizar institucionalmente múltiples factores de conflicto que se tejían alrededor de la relación entre este sector social y la sociedad mayoritaria y las instituciones estatales.²⁷

de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ver Ayala Corao: 2001, pp. 117-192. Ver especialmente las páginas 172 y ss. Sobre el valor en Colombia de los pronunciamientos de los organismos internacionales de derechos humanos ver Jaramillo y Castro Novoa: 2008, pp. 407-472 [(N. del E.) Este último artículo se reproduce en este libro en las páginas 260-324].

24 Ver al respecto los artículos 8, 171, 176, 246, 329 y 330 de la Constitución, al igual que la Ley 649 de 2001.

25 En el campo electoral es importante resaltar que, si bien los movimientos indígenas tienen aseguradas dos bancas en el Senado de la República, en varias ocasiones han obtenido un escaño más, en franca competencia con todas las listas electorales. Este hecho, aunado a la conquista electoral de una gobernación departamental y a su presencia en asambleas departamentales, alcaldías y consejos municipales permite concluir que los movimientos indígenas se han ganado un espacio propio dentro del sistema político colombiano. Para más información y análisis sobre la actuación política y los resultados electorales de los movimientos indígenas ver Laurent: 2001 y Peñaranda: 2001, pp. 131-181.

26 Sobre los pueblos indígenas ver, entre otros, Roldán: 2000; y Sánchez: 1998.

27 En realidad, en este campo se han presentado cambios trascendentales en la sociedad colombiana. Como ejemplo basta mencionar que las reivindicaciones indígenas enarboladas en el sur del país, a partir de 1910, bajo la dirección de Manuel Quintín Lame, fueron respondidas simplemente con la represión. El mismo Lame estuvo más de 200 veces en prisión por causa de sus luchas

Sexto, la determinación de que el Estado colombiano es neutral en materia religiosa,²⁸ principio que ha conducido a la expedición de una ley estatutaria sobre la libertad religiosa e, incluso, a la firma de un convenio con distintas iglesias de denominación no católica.²⁹

Además, con fundamento en esta decisión constitucional, la Corte Constitucional ha dictado diferentes sentencias reafirmando el carácter laico del Estado. Así, por ejemplo, en la sentencia C-350 de 1994, la Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 2º de la Ley 1ª de 1952, que ordenaba que cada año se renovara la consagración oficial de la República al Sagrado Corazón de Jesús, por cuanto ello vulneraba la igualdad de las religiones y la definición pluralista del Estado colombiano. Igualmente, en su sentencia T-352 de 1997, la Corte determinó que la Dirección de Impuestos debía tratar en igualdad de condiciones a todas las iglesias y que, por lo tanto, no debía exigirle a una iglesia

(Castillo: 1971, xxi). Además, hoy serían impensables las declaraciones de las personas que cometieron la masacre de La Rubiera, en las llanuras de Arauca, en 1967, en la cual fueron asesinados 16 indios cuivas, entre ellos varios niños. Sobre ellas manifestó el juez que hizo las primeras diligencias: “encontré que tan pronto detuvimos a los acusados, estos hicieron una confesión plena de todo. Estimaban que su acto, tan repetido en ese medio, era una hazaña. Y un delincuente peligroso calla y oculta su delito, busca evadirse, y esta gente no”. Y en relación con la pregunta acerca de cómo juzgaban ellos el haber asesinado a los indígenas los colonos manifestaron en distintas declaraciones dentro del proceso: “Yo no creí que fuera malo ya que son indios. Los indios de allá claro que no son tan belicosos, a la gente no le hacen nada, pero sí matan los animales”; “Yo he oído decir que más antes don Tomás Jara dizque mandaba matar a los indios. Por eso ese día yo maté a esos indios porque sabía que el gobierno no los reclamaba ni hacían pagar el crimen que se cometía”; “Yo no sabía que eso era malo, que lo castigaban a uno, pues en caso contrario no lo hubiera hecho”. Los textos fueron extractados del expediente penal por Castro Caycedo, quien los publicó en su crónica titulada “La Rubiera”, incluida en su libro *Colombia amarga*.

28 Esta definición es de gran importancia, si se atiende a la historia del país. En el siglo XIX muchos países latinoamericanos procedieron a separar la Iglesia del Estado. Colombia, a pesar de haberlo hecho en un primer momento, se apartó posteriormente de esta tendencia y, en la Constitución de 1886, determinó, en su artículo 38, que “La Religión Católica, Apostólica, Romana es la de la Nación; los Poderes Públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social [...]”. Si bien esta norma fue derogada en la reforma constitucional de 1936, la Iglesia Católica continuó teniendo un tratamiento privilegiado, a través del concordato. Para obtener una visión histórica sobre el debate ideológico en el siglo XIX en Latinoamérica y, por lo tanto, sobre el papel de la Iglesia en la sociedad y la política, ver Romero: 2001. Sobre este mismo punto, pero en Colombia, ver la recopilación de escritos de Jaramillo Uribe: 1977 y 1982. Sobre el papel de la Iglesia Católica en la política colombiana ver, entre otros, a Abel: 1987, La Rosa: 2000 y Krummwiede: 1980.

29 La ley es la 133 de 1994. Su examen previo de constitucionalidad fue realizado por la Corte Constitucional, en su sentencia C-088 de 1994. El convenio al que se hace referencia es el “Convenio de derecho público interno entre el Estado colombiano y algunas entidades religiosas cristianas no católicas”, promulgado mediante el Decreto 354 de 1998.

una declaración de ingresos y patrimonios, puesto que la Iglesia Católica no tenía la obligación de presentarla. De la misma manera, en su sentencia T-568 de 1998, la Corte estableció que el aplazamiento de la prestación del servicio militar obligatorio debía operar en forma igual para todos los estudiantes de los centros de formación religiosa, independientemente de la religión que profesen.

Séptimo, el propósito de abrir el espacio político a nuevos partidos y movimientos, para ponerle fin al monopolio que han ejercido los Partidos Liberal y Conservador sobre la vida política del país. Para ello se introdujo el tarjetón electoral, con el fin de garantizar la transparencia y la igualdad de oportunidades en los procesos electorales; se determinó que los senadores serían elegidos en una circunscripción nacional, con lo cual se brindó oportunidades de acceso a esta cámara legislativa a grupos distintos a los liberales y conservadores; se establecieron normas laxas para la creación y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, y para la presentación de candidatos a las elecciones; se aseguró a determinados grupos sociales y políticos una representación mínima en el Congreso, etc.³⁰

La normatividad relacionada con el sistema electoral y el sistema de partidos generó muchos problemas, dado que propició la desintegración de los partidos Liberal y Conservador y la proliferación de partidos y movimientos políticos. Es así como para el año de 2002 se llegó a contar hasta con ochenta y cinco partidos y movimientos políticos. Esta situación debilitó al Congreso y generó problemas de gobernabilidad. Por esta razón, en el año 2003 se aprobó una reforma constitucional de la política que introdujo amplias modificaciones en el sistema electoral y en el régimen de partidos, con el propósito de fortalecer los partidos políticos (Jaramillo: 2005, pp. 87 y ss.). Como resultado de la reforma, para julio de 2006, el número de partidos con personería jurídica se había reducido a doce, cifra a la cual se añadían otros cuatro partidos de las minorías étnicas.

Con todo, es innegable que a partir de la Constitución de 1991 se ha logrado abrirle espacios políticos a grupos distintos a los partidos Liberal y Conservador, tal como lo confirma el surgimiento del Polo Democrático Independiente.³¹

30 Ver al respecto los artículos 108, 109, 111, 171, 176 y 258 de la Constitución y las leyes 130 de 1994 y 649 de 2001.

31 Por eso, se puede observar un crecimiento en el número efectivo de partidos con representación en el Congreso de la República. En el periodo comprendido entre 1978 y 1990 este número osciló de la siguiente forma: 1978: 2,01; 1982: 2,04; 1986: 2,18; y 1990: 2,22. Luego, en 1991, fue de 2,54; en 1994: 2,33; en 1998: 2,49 y en 2002: 3,03. Al comparar el número efectivo de partidos en los periodos 1978-1990 y 1991-2002 se advierte fácilmente que el país ha abando-

Octavo, la consagración de distintos mecanismos de participación popular, en consonancia con el principio de la soberanía popular, tales como el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato (CP, art. 103). De esta manera, se ha intentado extender la democracia más allá de los estrechos límites trazados por la democracia representativa, de manera tal que los ciudadanos obtengan mayores posibilidades de participar en las decisiones que afectan la vida colectiva.³²

Noveno, el establecimiento de un control judicial sobre la actividad de los congresistas, a través de la introducción de la figura de la pérdida de investidura y de la sustitución de la inmunidad parlamentaria por un fuero de juzgamiento de los congresistas ante la Corte Suprema de Justicia. Este control judicial sobre los políticos se ha convertido en un sustituto del control que debían ejercer los ciudadanos sobre aquellos, dada la carencia de elementos institucionales y culturales que favorezcan procesos de rendición de cuentas —o *accountability*—, en los cuales los ciudadanos puedan observar, juzgar y determinar si sancionan políticamente a sus representantes por la actividad desarrollada.

Los dos mecanismos han resultado muy eficaces. Es así como, hasta abril de 2003, el Consejo de Estado había decretado la pérdida de investidura para cuarenta y dos congresistas.³³ Por su parte, la determinación de que los delitos de los congresistas serán juzgados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha facilitado el juzgamiento de los parlamentarios. Buena prueba de ello son el denominado proceso 8.000, mediante el cual fueron condenados distintos congresistas por sus relaciones con el narcotráfico, y el llamado proceso de

nado el bipartidismo puro que lo distinguía, situación que se intensificó aún más en 2006. Importa aclarar que el número efectivo de partidos se calcula con base en la fórmula diseñada por Laakso y Taagepera: 1979. La manera en que se obtuvieron estos datos es explicada en el texto de Jaramillo: 2005.

32 Con todo, debe advertirse que la experiencia con los mecanismos de participación ciudadana no ha arrojado hasta ahora resultados muy positivos, en lo que se refiere a la participación de las personas en los eventos. Así, por ejemplo, todos los procesos de revocatoria del mandato de alcaldes celebrados hasta el año 2004 (cinco en 1996; tres en 1999; tres en 2000 y cuatro en 2003) fracasaron porque no se alcanzó el número de votos necesario para que la decisión tuviera valor. También fracasó el referendo de 2003, en razón de que solamente una de las quince preguntas planteadas logró obtener la participación mínima exigida para que la decisión adoptada tuviera valor.

33 La figura de la pérdida de investidura ha generado muchas reticencias y observaciones por parte del Congreso de la República, el cual trató de limitar sus alcances en varias ocasiones. Así lo hizo en las leyes 5ª de 1992, 144 de 1994 y 200 de 1996, en apartes que fueron declarados inconstitucionales por la Corte Constitucional, en sus sentencias C-319 de 1994, C-247 de 1995 y C-037 de 1996, respectivamente. Más sobre este mecanismo y las controversias que ha generado en: Cepeda Ulloa: 2005; Chinchilla: 1995; y Rojas: 1995.

la parapolítica, a través del cual se procesa actualmente a un amplio número de parlamentarios por acusaciones sobre nexos con los grupos paramilitares.³⁴

Décimo, la imposición de estrictos límites a la figura de los estados de excepción, con lo cual se puso fin al hábito inveterado de gobernar con facultades propias de los estados de emergencia, con todas las consecuencias que ello acarrea en relación con los derechos y las libertades de los ciudadanos y con la asunción de poderes excepcionales por parte del Ejecutivo.³⁵

Con el fin de ejercer un mejor control sobre los estados de excepción, en la Constitución se establecieron tres tipos de estado de excepción, a saber: el estado de guerra exterior, el estado de conmoción interior y el estado de emergencia económica, social o ecológica. Adicionalmente, la Carta dispuso una serie de limitaciones sobre los distintos estados. Así, en el caso de los estados de guerra exterior y de conmoción interior se determinó que durante su vigencia no podían suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales, y que en ellos regirían todas las reglas del derecho internacional humanitario. Igualmente, al estado de conmoción interior se le fijó un límite temporal, al establecerse que no podrá regir por un término mayor de 270 días. Finalmente, para los tres estados se estableció que el Gobierno debía enviar a la Corte Constitucional todos los decretos que dictara en uso de las facultades extraordinarias, para el control de constitucionalidad respectivo.³⁶

34 De acuerdo con el diario *El Tiempo* del 7 de noviembre de 2007, para esa fecha estaban vinculados al proceso de la parapolítica cuarenta y cuatro congresistas: dieciséis de ellos están presos, dieciocho tienen investigación preliminar y diez han sido llamados a indagatoria. Para más información sobre este asunto ver el trabajo de López y sus escritos publicados en la sección Documentos de la revista *Semana.com* (www.semana.com). Igualmente, ver el informe especial sobre *Paramilitares y políticos*, publicado por la Fundación Nuevo Arco Iris: 2007. En el editorial de esta revista se afirma: "La investigación constató que la expansión paramilitar llegó a 223 municipios y allí se fortalecieron nuevos grupos que eligieron un tercio del Congreso en el 2002, conquistaron más de 250 alcaldías en el 2003 y ampliaron su representación en el 2006".

35 En su discurso de instalación de la Constituyente, en 1991, el presidente Gaviria advertía sobre los graves problemas que representaba el abuso de la figura del estado de sitio: "Frecuentemente he manifestado mi descontento con la situación actual. Tenemos el peor de los mundos: un Estado de Sitio que desprestigia nuestra democracia por su carácter permanente y por su afinidad nominal con los regímenes de ley marcial, pero, al mismo tiempo, un Estado de Sitio que ha perdido su fuerza coercitiva, su capacidad de intimidación, su efectividad para restablecer el orden público". Ver SÁCHICA y VIDAL PERDOMO: 1991, p. 279. Sobre este punto ver también GALLÓN: 1979 y GARCÍA VILLEGAS: 2001.

36 Los estados de excepción fueron reglamentados mediante la Ley 137 de 1994, sobre la cual efectuó la Corte Constitucional la revisión previa de constitucionalidad mediante la sentencia C-179 de 1994.

Precisamente a partir del control que ejercer sobre los decretos dictados en el marco de los estados de emergencia, la Corte Constitucional dispuso, en la sentencia C-004 de 1992, que ella también estaba autorizada para juzgar la constitucionalidad de los decretos que declaran los estados de excepción.³⁷ Con base en esta facultad, la Corte ha declarado la inconstitucionalidad de varios decretos legislativos que declaran el estado de excepción. Así ocurrió con la sentencia C-300 de 1994, donde se determinó la inconstitucionalidad del Decreto 874 de 1994, que declaraba el Estado de Conmoción Interior; con la sentencia C-466 de 1995, que estableció la inconstitucionalidad del Decreto 1370 de 1995, que declaraba también el Estado de Conmoción Interior; y con la sentencia C-122 de 1997, que determinó la inconstitucionalidad del Decreto 080 de 1997, que declaró el Estado de Emergencia Económica y Social.³⁸

Undécimo, el reconocimiento de la necesidad de tomar medidas que conduzcan a lograr la igualdad efectiva de derechos para las mujeres. Este propósito ha conducido a la expedición de distintas leyes en favor de las mujeres, tal como ha ocurrido con las leyes 82 de 1993, dirigida a prestar un apoyo especial a las mujeres cabeza de familia; 258 de 1996, que establece una serie de condiciones para la enajenación de la vivienda familiar, con lo cual se pretende proteger el patrimonio de la familia, en favor de la mujer y los hijos; 294 de 1996, luego reformada por la 575 de 2000, orientada a prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar; 581 de 2000, más conocida como ley de cuotas; 750 de 2000, por medio de la cual se expiden normas en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario para las mujeres cabeza de familia; 731 de 2002, que contempla una serie de normas para favorecer a las mujeres del campo; y 764 de 2002, con el fin de establecer sueldos para las madres comunitarias que dependen del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.³⁹

37 Esta decisión ha generado distintas polémicas, la más fuerte de ellas con ocasión de la declaración de Estado de Conmoción Interior efectuada mediante el Decreto 1837 del 2002. Por eso, en la sentencia C-802 del 2002, la Corte se ocupó ampliamente con este tema, para reafirmar su atribución para juzgar materialmente sobre las declaraciones de estados de excepción. Para el debate sobre este tema son de interés los artículos de Cifuentes: 1996; y Piquero: 2000.

38 También es importante tener en cuenta que, en la sentencia C-122 de 1997, la Corte determinó la constitucionalidad del Decreto 2330 de 1998, que declaró el Estado de Emergencia Económica y Social, pero le fijó un amplio número de restricciones. Luego, en la sentencia C-327 de 2003, dispuso que era inconstitucional la prórroga del Estado de Conmoción Interior que había sido ordenada a través del Decreto 425 de 2003. En total, hasta mediados del año 2003, la Corte se había pronunciado en 11 ocasiones acerca de decreto legislativos que declaraban el estado de excepción.

39 Con anterioridad se había dictado la Ley 54 de 1990, que define las unio-

5. Algunas características distintivas del constitucionalismo colombiano

Ahora bien, es importante precisar que, si bien la Constitución de 1991 introdujo importantes innovaciones en el derecho constitucional colombiano, al mismo tiempo ella se fundamentó en distintas características constitucionales que han distinguido a Colombia a lo largo de su historia, y que la diferencian de muchos países latinoamericanos. Se trata de elementos que favorecen positivamente la construcción de ese Estado Social Democrático de Derecho con el que se comprometió el país al dictar la Constitución de 1991. Entre ellos se puede mencionar:

Primero, la independencia del poder judicial. En Colombia, desde hace décadas, el poder judicial ha demostrado un grado considerable de independencia frente a los demás poderes, característica que se ha reafirmado durante la vigencia de la Constitución de 1991. La mejor prueba de ello la han dado las corporaciones judiciales encargadas de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, es decir, la Corte Suprema de Justicia, hasta 1991, y la Corte Constitucional, desde 1991 en adelante (Cepeda: 2005).

La independencia demostrada por la Corte Suprema de Justicia condujo a los gobiernos de Mariano Ospina Pérez y Gustavo Rojas Pinilla a dictar los decretos 3159 de 1949 y 1762 de 1956, respectivamente, con el ánimo de controlar esta corporación judicial (Sanín Greiffenstein:1971, pp. 112 y ss.) Luego, la Corte Suprema de Justicia demostró su autonomía al declarar la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, en 1977 y 1979. Finalmente, han sido muchas las sentencias de la Corte Constitucional en las que esta Institución ha demostrado su disposición para controlar los actos de las Ramas Ejecutiva y Legislativa. Ilustrativas sobre ello son las providencias en las que la Corte ha declarado la inconstitucionalidad de decretos que declaran los Estados de Comoción Interior y de Emergencia Económica;⁴⁰ las que contienen órdenes para los más altos funcionarios del Poder Ejecutivo en materia de construcción de centros carcelarios o de atención a la población desplazada;⁴¹ y las que deter-

nes maritales de hecho y el régimen patrimonial de los compañeros permanentes. Además, a partir de 1991 se han aprobado la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (aprobada mediante la Ley 248 de 1995) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas (aprobada mediante la Ley 800 de 2003).

40 Ver al respecto el punto décimo del apartado anterior.

41 Sentencias T-153 de 1998 y T-025 de 2004, respectivamente. Esta última ha sido complementada con un gran número de autos destinados a lograr que se hagan efectivos los derechos de las personas desplazadas.

minaron la inconstitucionalidad de la Ley 684 de 2001, “por la cual se expiden normas sobre la organización y funcionamiento de la seguridad y defensa nacional y se dictan otras disposiciones” y del llamado Estatuto Antiterrorista, una reforma constitucional que tenía por propósito combatir el terrorismo.⁴²

Segundo, el principio de que los titulares del poder político surgen de las *elecciones*. La historia del país exhibe una extensa tradición electoral, que ha permitido consolidar tanto la noción de que las elecciones son el mecanismo adecuado para decidir la pugna por el poder político, como una cultura política de la actividad electoral. Todo ello, a pesar de que durante algunas épocas de la historia colombiana se utilizó de manera recurrente el fraude electoral; que en distintos periodos no existió competencia partidaria, bien porque el partido de oposición no acudía a las elecciones, o bien como consecuencia del acuerdo del Frente Nacional; y de que la abstención y el recurso a las armas en la lucha por el poder han tenido una importante presencia en la vida política nacional (Jaramillo y Franco: 1993; Posada Carbó: 2005).

Tercero, en concordancia con lo anterior, la subordinación de las fuerzas militares a los gobiernos civiles, surgidos de las urnas. Si se observa desde la perspectiva comparada latinoamericana, la historia colombiana apenas evidencia golpes militares y, en los casos en los que se han producido, los gobiernos castrenses han sido de corta duración. Incluso durante las épocas de autoritarismo militar en Latinoamérica, que se dieron después de la Gran Depresión de finales de la década de los veinte y a partir de los años sesenta, Colombia conservó su tradición de gobiernos civiles. Esta tradición se ha preservado, a pesar de las especiales condiciones de violencia y terror que ha vivido el país durante los últimos veinticinco años y de las diferencias que se han suscitado entre los mandos militares y el Poder Ejecutivo.

Los dos puntos anteriores permiten destacar la fortaleza de las instituciones democrático-liberales en el país.⁴³ Su firmeza se hace más evidente cuando se compara la situación colombiana con la de los países vecinos. Como es conocido, durante décadas Colombia ha afrontado una situación de violencia exacerbada y de alto nivel de desprestigio de la clase política por causa de la corrupción. Al mismo tiempo, hace pocos años experimentó una profunda crisis económica, considerada por algunos como la peor de la historia. A pesar de ello, no se ha presentado un quebrantamiento de la institucionalidad demo-

42 Sentencias C-251 de 2002 y C-816 de 2004, respectivamente.

43 Lo que no impide compartir las críticas que se le han formulado a la democracia colombiana, la cual ha sido caracterizada como una “democracia restringida” y una “democracia oligárquica o aristocrática”.

crático-liberal. Diferente ha sido el caso de Perú, Venezuela y Ecuador, países en los que se han producido rompimientos institucionales como consecuencia de las serias crisis que han atravesado, crisis que, sin embargo, no parecen ser tan severas ni reunir tanto elementos como las padecidas por Colombia.

Finalmente, otro punto que es necesario rescatar de la historia política colombiana es la existencia de la *libertad de prensa*. En la misma Constitución de 1886, y a pesar de los esfuerzos de Rafael Núñez para que se establecieran normas más drásticas al respecto (Tascón: 1953, pp. 170-171), se contempló simplemente que, en tiempos de paz, la prensa sería libre, “pero responsable, con arreglo a las leyes, cuando atente a la honra de las personas, al orden social o a la tranquilidad pública”.⁴⁴ Si bien la norma podría haber dado lugar a alguna intervención en la prensa, lo cierto es que, con contadas excepciones, el Estado colombiano —tanto durante la vigencia de la Constitución de 1886, como en la de 1991— ha garantizado un amplio marco de libertad a la prensa.⁴⁵

6. Consideraciones finales

Sin duda alguna, la Constitución de 1991 ha producido importantísimas transformaciones en el país, en la medida en que, entre otras cosas, puso el aseguramiento de los derechos y las libertades de las personas como el propósito central de la actividad del Estado, incluyó distintos sectores de la población dentro de la sociedad política y procuró expandir el campo de aplicación del ideal democrático.

44 Con todo, en el artículo transitorio k) se dispuso que “Mientras no se expida la ley de imprenta, el Gobierno queda facultado para prevenir y reprimir los abusos de la prensa”, norma que, efectivamente, fue utilizada para restringir la libertad de prensa hasta que se dictó la Ley 51 de 1898. Ver Tascón: 1953, pp. 171, 188 y 195. Ver también Samper: 1951, pp. 515-517.

45 Ver sobre este punto Melo: 2005. Allí el autor (p. 77), luego de hacer un recuento de las normas sobre prensa en Colombia, concluye que “en la historia del país han sido ocasionales y no muy vigorosos los intentos estatales de censurar y limitar la libertad en el ejercicio del periodismo mediante procedimientos legales. Así haya algunos aspectos debatibles en el ordenamiento legal y en la interpretación judicial de las normas, lo cierto es que la prensa se mueve en un ambiente bastante estable y consolidado de independencia frente al Estado”. También es importante registrar que Colombia no ha contado con las llamadas “leyes de desacato”, normas dirigidas a sancionar a las personas y periodistas que se expresen en forma ofensiva o crítica acerca de un funcionario público. De esta manera, Colombia también se ha alejado de la tendencia latinoamericana en este sentido, pues, para el año 2000, diecisiete países de la región poseían normas de este tipo, tal como lo señala el *Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, contenido en el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000, volumen III, pp. 38-58.

Sin embargo, también es cierto que muchas de las esperanzas depositadas en la Constitución se han visto defraudadas.⁴⁶ Así, por ejemplo, en su momento, se concibió que la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente y la expedición de la nueva Constitución crearía las condiciones necesarias para asegurar la paz en Colombia.⁴⁷ De esta manera, se afirmó que la Constitución constituía un nuevo pacto social entre los colombianos, a través del cual se forjaría un nuevo país.⁴⁸

Empero, para todos es evidente que la paz no se ha obtenido y que, incluso, el conflicto armado en Colombia se ha degradado cada vez más, con todas sus repercusiones negativas sobre los derechos de las personas⁴⁹. Ejemplos de ello son el carácter de catástrofe humanitaria que ha asumido el desplazamiento forzado de personas en el país y las aterradoras revelaciones que han surgido a partir de los procesos penales que se adelantan contra miembros de los grupos paramilitares. De esta manera, el país continúa sumergido en la violencia política, una condición que ha distinguido su historia política y constitucional.

Al mismo tiempo, Colombia continúa siendo un país profundamente inequitativo en la distribución de la riqueza. En un estudio del Banco Mundial, de 2003, se indica que Colombia es el tercer país con mayor desigualdad en América Latina, luego de Brasil y Guatemala.⁵⁰

De la misma manera, no se han observado cambios significativos en la participación política, bien sea en el campo de las elecciones de gobernantes y representantes o en el de los mecanismos de la democracia participativa.⁵¹ Igualmente, la crisis desatada a partir del proceso de

46 El artículo de Uprimny: 2001 diserta sobre las causas de las promesas incumplidas de la Constitución de 1991.

47 Ver sobre este punto los distintos documentos relacionados con la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, compilados en: Sáchica y Vidal Perdomo: 1991. Ver también Villarraga: 2000.

48 Ver, por ejemplo, Dugas: 1993. También Uribe: 2002, p. 193, quien afirma que a la Constitución se le asignó incluso un “carácter definitivamente fundacional”.

49 (N. del E.) Esta tesis también es sostenida por el autor en “La Constitución de 1991 en Colombia: la revolución de los derechos” y “La Constitución de 1991 y la paz. Un balance después de 12 años de vigencia” (ver pp. 62-84 y 86-116, respectivamente).

50 Cfr. Ferranti, Perry, Ferreira y Walton: 2004. El resumen del texto en español, así como el texto completo en inglés, se pueden encontrar en el portal electrónico del Banco Mundial.

51 Las esperanzas cifradas en la Constitución otorgaban un papel protagónico en la construcción del nuevo país a la democracia participativa. En ella se depositaron realmente muchas ilusiones, llegando algunos incluso a pensar que haría innecesaria la democracia representativa. Sin embargo, los resultados en este campo han sido muy magros. Por una parte, la recurrente abstención electoral no ha disminuido, a pesar de que se pensaba que ese debía ser el resultado natural de la mayor credibilidad de las instituciones y del mayor interés

la parapolítica ha hecho evidente la necesidad de una nueva reforma política constitucional para impedir que los partidos sean infiltrados por los grupos armados ilegales o por el narcotráfico. Esa reforma también se ve necesaria desde la perspectiva de los problemas advertidos en la reforma política de 2003, de la escasa credibilidad que generan el Congreso y los partidos políticos, etc.

También es claro que la Constitución tuvo distintos problemas en su diseño. Así ocurrió con todo el régimen electoral y de partidos, como ya se indicó. Igualmente, la Constitución no estableció en relación con la Fuerza Pública las disposiciones necesarias para adaptarla a la nueva fórmula de Estado, razón por la cual fue la Corte Constitucional la que tuvo que emprender esa tarea a través de sus sentencias.⁵² De la misma manera, parece imprescindible reflexionar acerca de la conveniencia de reformar algunas instituciones contempladas en la Constitución, al igual que introducir enmiendas que permitan asegurar de manera clara un núcleo esencial de los derechos sociales y económicos de las personas.

Pero, a pesar de todo lo anterior, es indudable que la Constitución de 1991 constituye un hito político-jurídico fundamental en la historia constitucional de Colombia, en el propósito de dejar atrás problemas que han aquejado al país desde su misma creación, tales como el autoritarismo, la intolerancia y la discriminación racial. Y si bien todas las transformaciones introducidas por la Constitución no han sido suficientes para obtener la paz, es claro que ellas sí constituyen un requisito indispensable para poder alcanzarla.

Por eso, es necesario proteger las conquistas obtenidas con la Constitución. Esa defensa debe operar en forma permanente en contra de los planteamientos de aquellos que quisieran que se diera marcha atrás a las innovaciones introducidas por la Constitución, en la medida en que la acusan de ser responsable de las muchas desgracias que aquejan al país.⁵³ Pero, igualmente, tendría que aplicarse para el caso

ciudadano en la participación política. Por otra parte, como se señaló atrás, los mecanismos de participación popular no han sido particularmente exitosos hasta el momento. Además, a pesar de las ilusiones y esfuerzos emprendidos, la movilización social y el desarrollo de un sistema de veeduría de la sociedad sobre el Estado no se han cristalizado. Un análisis muy interesante sobre las frustradas expectativas en la democracia participativa se encuentra en el artículo de Uribe: 2000.

52 Así ocurrió, por ejemplo, con el tema de la obediencia debida (sentencia C-578 de 1995), con el fuero penal militar (sentencia C-387 de 1997) y con la ley para la defensa y seguridad nacionales (sentencia C-251 de 2002). Sobre este tema ver el escrito de Gallón: 2001.

53 El crítico más radical de la Constitución de 1991 ha sido el exministro de Interior y la Justicia Fernando Londoño Hoyos. En un artículo aparecido en el

de que se llegara a una negociación política con los grupos guerrilleros y se acordara con ellos hacer una reforma a la Constitución. Para esa situación habría que preguntarse si tiene sentido poner a disposición toda la Constitución o si sería más adecuado restringir el debate constitucional a unos puntos específicos, con el fin de facilitar la reinserción política de los grupos guerrilleros y de asegurar las reformas sociales que sean necesarias para allanar el camino a la paz.

Bibliografía

- Abel, C. (1987). *Política, Iglesia y partidos políticos en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Acción Católica Española (1946). *Colección de encíclicas y cartas pontificias (2ª ed.)*. Buenos Aires: Poblet.
- Alberdi, J. (1998). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Alegoría, C. (1982). *El Mundo es ancho y ajeno*. Madrid: Alianza Editorial.
- Arguedas, A. (1975). *Pueblo enfermo (3ª ed.)*. La Paz: Gisbert.
- Arguedas, J. (1998). *Los ríos profundos*. Buenos Aires: Losada.
- Arguedas, J. (1982). *Todas las sangres*. Buenos Aires: Losada.

año 2001 señaló que la fórmula del Estado Social de Derecho constituía “uno de los elementos claves de nuestras presentes desventuras”. Y luego concluía: “Nuestra Carta ha sido pieza fundamental para fortalecer la subversión, para multiplicar la corrupción, para desordenar e inflar el paquidermo estatal, para neutralizar los poderes públicos y finalmente, como en algunas pinceladas he querido explicar, para construir la más grande fábrica de miseria que pudiera concebirse, diría parodiando la obra de Mendoza, Montaner y Vargas Llosa. Cuando alguien decida hacer algo serio para rescatar a Colombia del abismo al que ha sido arrojada, no podrá soslayar el ineludible desafío de romper en mil pedazos ese traje de arlequín que costureros tan ineptos tejieron en las deplorables jornadas del primer semestre de 1991, año sin gracia y para siempre de triste recordación”. Ver Londoño Hoyos (2001, pp. 639-648).

Otro crítico muy fuerte de la Constitución ha sido el exmagistrado Vallejo, si bien él reconoce que era necesario actualizar la Constitución de 1886 y que el nuevo ordenamiento ofrece aciertos puntuales. En un artículo escrito con ocasión de los 10 años de la Constitución aseveró: “La Constitución no solo no ha afianzado la paz ni profundizado la democracia participativa, que fueron los propósitos con que se la alentó, sino que ha generado nuevos traumatismos en el discurrir de nuestra sociedad (...) En suma, es muy discutible que la Constitución haya hecho de la nuestra una democracia más representativa y transparente, en la que el poder fluya de la entraña popular y penetre las estructuras del Estado de modo que estas respondan más adecuadamente a las demandas comunitarias. Además, los resultados de la Constitución se traducen en un crecimiento excesivo de los entes públicos y, por lo tanto, de la burocracia estatal, pero no en un Estado más eficiente”. Y como colofón manifiesta: “La Constitución de 1991 contiene elementos susceptibles de hacer del nuestro un país ingobernable. Esa ingobernabilidad se manifiesta a ojos vistas”. Ver al respecto Vallejo Mejía: 2001, pp. 166-178.

- Ayala Corao, C. (2001). Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional. En C. Constitucional, C. S. Judicatura y F. K. Adenauer, *Jurisdicción constitucional en Colombia* (pp. 117-192). Bogotá.
- Beard, C., & Beard, M. (1952). *A Basic History of the United States*. New York: Garden City Books.
- Benda, E. (1996). El Estado Social de Derecho. En E. e. Benda, *Manual de Derecho Constitucional* (pp. 487-560). Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública / Marcial Pons.
- Bolívar, S. (1985). *Doctrina del Libertador* (3ª. Ed). Caracas: Biblioteca Ayacucho.
- Castillo, G. (1971). *Introducción a Quintín Lame, Manuel. En defensa de mi raza*. Bogotá: La Rosca.
- Castro Caycedo, G. (s.f.). Crónica La Rubiera. En G. Castro Caicedo, *Colombia amarga*. Bogotá: Círculo de Lectores.
- Cepeda, M. (2005). La defensa judicial de la Constitución. En F. Cepeda Ulloa, *Fortalezas de Colombia* (pp. 145-211). Bogotá: Ariel-BID.
- Cepeda Ulloa, F. (2005). La pérdida de investidura de los congresistas. En F. Cepeda Ulloa, *Fortalezas de Colombia* (pp. 489-519). Bogotá: Ariel-BID.
- Chinchilla, T. (1995). *Comentarios al Título VI de la Constitución*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas.
- Cifuentes, E. (1996). Los estados de excepción en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: control del abuso de la discrecionalidad. En R. Combellas, *El nuevo derecho constitucional latinoamericano* (Vol. II, pp. 975-1000). Caracas: Fundación Konrad Adenauer et al.
- Clementi, H. (1974). *La abolición de la esclavitud en América Latina*. Buenos Aires: Editorial La Pleyade.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2000). Informe de la Relatoría para la Libertad de expresión. En *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (Vol. III, pp. 38-58). Washington.
- Corte Constitucional; Consejo Superior de la Judicatura; Fundación Konrad Adenauer. (2001). *Jurisdicción constitucional en Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas*. Bogotá.
- Departamento Nacional de Planeación; Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo; Agencia Colombiana de Cooperación Internacional; Programa Nacional de Desarrollo Humano (2003). *10 años de desarrollo humano en Colombia*. Bogotá.
- Dugas, J. (1993). La Constitución Política de 1991: ¿Un pacto político viable? En J. Dugas, *La Constitución de 1991: ¿Un pacto político viable?* (pp. 15-40). Bogotá: Universidad de los Andes.
- Favre, H. (1999). *El indigenismo*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Ferranti, D., Perry, G., Ferreira, F. y Walton, M. (2004). *Desigualdad en América Latina y el Caribe: ¿Ruptura con la historia?* Bogotá: Editorial Alfaomega colombiana.

Fundación Nuevo Arco Iris (2007). Informe especial sobre paramilitares y políticos. *Revista Arcanos* (13). Bogotá. Recuperado de <http://www.arcoiris.com.co/2011/11/arcanos-no-13/>

Gallón, G. (1979). *Quince años de estado de sitio en Colombia: 1958-1978*. Bogotá: Editorial América Latina.

Gallón, G. (2001). Fuerza pública y Constitución de 1991. En V. Moncayo, *El debate a la Constitución* (pp. 243-270). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia/ILSA.

García Calderón, F. (1979). *Las democracias latinas de América. La creación de un continente*. Caracas: Biblioteca Ayacucho.

García Villegas, M. (2001). Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997. En B. Santos y M. García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia* (pp. 317-370). Bogotá: Conciencias et al.

Gómez, L. (s.f.). *Interrogantes sobre el progreso colombiano*. Bogotá: Minerva.

González Prada, M. (1989). *Horas de lucha*. Lima: Peisa.

Hebe, C. (1974). *La abolición de la esclavitud en América Latina*. Buenos Aires: La Pleyade.

Gros, C. (1993). Derechos indígenas y nueva Constitución en Colombia. *Análisis Político* (19), 8-24.

Icaza, J. *Huasipungo* (1994). Madrid: Cátedra.

Jaramillo Uribe, J. (1977). *La personalidad histórica de Colombia y otros ensayos*. Bogotá: Instituto Colombiano de Cultura.

Jaramillo Uribe, J. (1982). *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*. Bogotá: Editorial Temis.

Jaramillo, J. (2005). Colombia: el difícil camino de la renovación política. En P. Andino, *Sistemas electorales andinos* (pp. 43-106). Bogotá.

Jaramillo, J. (2007). La Constitución de 1991: un análisis de sus aportes desde una perspectiva histórica. *Pensamiento Jurídico* (20), 61-90.

Jaramillo, J. y Castro Novoa, L. (2008). La ejecución interna de las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos. El caso colombiano. En A. Rengifo, *Derecho internacional de los derechos humanos y sistemas internos de protección y reparación* (pp. 407-472). Bogotá: Ministerio de Relaciones Exteriores/Universidad Nacional de Colombia.

Jaramillo, J. y Franco, B. (1993). Colombia. En D. Nohlen, *Enciclopedia Electoral Latinoamericana y del Caribe* pp. 135 y ss.). San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

- Jardín, A. (1989). *Historia del liberalismo político. De la crisis del absolutismo a la Constitución de 1885*. México D.F: Fondo de Cultura Económica.
- Jiménez López, M. (1920). Primera Conferencia, en Varios Autores, *Los problemas de la raza en Colombia* (pp. 43-78). Bogotá: *El Espectador*.
- Krummwiede, H. (1980). *Politik und katholische Kirche im gesellschaftlichen Modernisierungsprozess: Tradition und Entwicklung in Kolumbien*. Hamburg: Hoffmann und Campe.
- La Rosa, M. (2000). *De la derecha a la izquierda. La Iglesia Católica en la Colombia contemporánea*. Bogotá: Editorial Planeta.
- Laakso, M. y Taagepera, T. (1979). Effective Number of Parties: A Measure with Application to West Europe. *Comparative Political Studies*, 12 (1), 3-27.
- Laurent, V. (2001). *Pueblos indígenas y espacios políticos en Colombia. Motivaciones, campos de acción e impactos (1990-1998)*. Bogotá: Ministerio de Cultura.
- Londoño Hoyos, F. (2001). La economía en la Constitución de 1991. *Revista Javeriana* (678), 639-648.
- López, C. (s.f.). Mapas electorales 1998-2002: Votación congresistas en regiones con presunta influencia paramilitar (Departamentos de Córdoba, Sucre, Magdalena, Antioquia, Santander, Cesar, Bolívar, Boyacá)". En *Documentos de la revista Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com>
- López de Mesa, L. (1970). *De cómo se ha formado la nación colombiana*. Bogotá: Editorial Bedout.
- Lynch, J. (1985). *Hispanoamérica 1750-1850. Ensayos sobre la sociedad y el Estado*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Manigat, L. (1969). Introducción. En L. Manigat, *Tableau des partis politiques en Amérique du Sud* (pp. 12-13). Paris: Librairie Armand Colin, Fondation Nationale de Sciences Politiques.
- Mariátegui, J. (1979). *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Caracas: Biblioteca Ayacucho.
- Matteucci, N. (1998). *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Editorial Trotta.
- Melo, J. (2005). La libertad de prensa. En F. Cepeda Ulloa, *Fortalezas de Colombia* (pp. 67-85). Bogotá: Ariel-BID.
- Meyer, J. (2000). *La cristiada* (16ª ed.). México D.F.: Siglo XXI Editores.
- Molina, G. (1970). *Las ideas liberales en Colombia: 1849-1914* (tomo I). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Ots Capdequí, J. (1952). *España en América. Las instituciones coloniales* (2ª ed.). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Peñaranda, R. (2001). Los nuevos ciudadanos: las organizaciones indígenas en el sistema político colombiano. En F. Gutiérrez, *Degradación o cambio. Evolución del sistema político colombiano* (pp. 131-181). Bogotá: Editorial Norma.

- Pérez, J. (1999). *Historia de España*. Barcelona: Editorial Crítica.
- Piquero, F. (2000). Control de constitucionalidad y responsabilidad política. El manejo del orden público en el caso colombiano. En *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano* (pp. 333-353). Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer y Ciedla.
- Posada Carbó, E. (2005). La tradición electoral. En F. Cepeda Ulloa, *Fortalezas de Colombia* (pp. 47-65). Bogotá: Ariel-BID.
- Requejo Coll, F. (1994). Capítulo 8. En F. Requejo Coll, *Las democracias. Democracia antigua, democracia liberal y Estado de bienestar*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Rojas, D. (1995). La jurisprudencia sobre pérdida de investidura de congresistas. *Pensamiento Jurídico*, 2, 169-177.
- Roldán, R. (2000). *Pueblos indígenas y leyes en Colombia. Aproximación crítica al estudio de su pasado y su presente*. Bogotá: Tercer Mundo Editores.
- Romero, J. (2001). *Situaciones e ideologías en América Latina*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Sáchica, L. y Vidal Perdomo, J. (1991). *La Constituyente de 1991. Compilación y análisis histórico-jurídico de sus antecedentes y primeras decisiones* (tomo I). Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- Samper, J. (1951). *Derecho público interno de Colombia* (tomo I). Bogotá: Biblioteca Popular de Cultura Colombiana.
- Sánchez Agesta, L. (1953). *El pensamiento político del despotismo ilustrado*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Sánchez, E. (1998). *Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Sanín Greiffenstein, J. (1971). *La defensa judicial de la Constitución*. Bogotá: Editorial Temis.
- Sarmiento, D. F. (1998). *Facundo, Civilización y barbarie*. México, D.F.: Editorial Porrúa.
- Sarmiento, D. F. (2001). *Conflicto y armonía de las razas en América*. Buenos Aires: Universidad Nacional de la Matanza.
- Scorza, M. (2002). *Redoble por Rancas*. Lima: Ediciones Peisa.
- Sierra, J (1977). *México social y político, Evolución Política del pueblo mexicano*. Caracas: Biblioteca Ayacucho.
- Simón, A. (1964). Posiciones de la Santa Sede. En Scholl, S. *Historia del movimiento obrero cristiano* (pp. 13-54). Barcelona: Editorial Estela.
- Tascón, T. (1953). *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Editorial Minerva.
- Uprimny, L. (1953). Capitalismo calvinista o romanticismo semiescolástico de los próceres de la independencia colombiana. *Universitas* (3, 6).
- Uprimny, R. (2001). Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnóstico y perspectivas.

- En Moncayo *et al.*, *El debate a la Constitución* (pp. 55-72). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia/ILSA.
- Uprimny, R. (2001). El bloque de constitucionalidad en Colombia. En *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional* (pp. 97-154). Bogotá.
- Uribe, M. (2002). Las promesas incumplidas de la democracia participativa. En V. Moncayo, *El debate a la Constitución* (pp. 191-208). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia/ILSA.
- Uribe Uribe, R. (1994). *De cómo el liberalismo colombiano no es pecado*. Bogotá: Editorial Planeta.
- Vallejo Mejía, J. (2001). Reflexiones críticas sobre la Constitución de 1991. En J. Charry, *La Constitución por construir. Balance de una década de cambio institucional* (pp. 166-178). Bogotá: Universidad del Rosario/Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política.
- Vallenilla Lanz, L. (1991). *Cesarismo democrático y otros textos*. Caracas: Biblioteca Ayacucho.
- Vasconcelos, J. (1982). *La raza cósmica*. Bogotá: Editorial La Oveja Negra.
- Villarraga, Á. (2000). *Los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en los procesos de paz 1999-2000*. Bogotá: Dirección General para la Reinserción.
- Zea, L. (1980). Prólogo. En L. Zea, *Pensamiento positivista latinoamericano* (pp. IX-LII). Caracas: Biblioteca Ayacucho.

1.2. La Constitución de 1991 en Colombia: la revolución de los derechos

Una versión en inglés de este documento fue publicada con el título “Colombia’s 1991 Constitution: A Rights Revolution”, en Nolte, Detlef y Schillig-Vacaflor, Almut (eds.), *New Constitutionalism in Latin America. Promises and practices*. Ashgate Publishing Limited, 2012, pp. 313-331.

I. Introducción

Colombia es un país particular en Latinoamérica, en muchos sentidos. Así, en contraposición a distintos países de la región que han padecido gobiernos militares durante largos periodos, en Colombia casi la totalidad de los gobernantes han ascendido al poder a través de procesos electorales. Además, el país cuenta con una amplia tradición de subordinación de las fuerzas militares a las autoridades civiles, representadas durante casi toda la historia por gobernantes de los partidos Liberal y Conservador.

Por otro lado, mientras muchos países latinoamericanos han conocido largas dictaduras personales, Colombia casi no ha tenido la experiencia de gobernantes que se perpetúan en el poder. De la misma manera, a diferencia de lo que ocurre en muchos países del área, en Colombia ha existido una importante tradición de independencia judicial y de libertad de prensa.

Pero, al mismo tiempo, la historia de Colombia ha estado marcada por la violencia política. En el siglo XIX, el país fue azotado por ocho guerras civiles nacionales y por decenas de rebeliones regionales (Tirado, 2007, pp. 63 y ss.), entre los partidos Liberal y Conservador. Luego, en el siglo XX, experimentó distintos sucesos de violencia política en los años treinta y cuarenta, y después la denominada época de la Violencia —siempre entre liberales y conservadores— que se extendió desde 1948 hasta 1958, y que causó cientos de miles de muertes. Y finalmente, a partir de los años sesenta el país vio surgir distintos grupos guerrilleros, paramilitares y narcotraficantes, que lo han sumergido en una aterradora ola de violencia.

Precisamente, la violencia imperante y el descreimiento en las instituciones condujo a que desde finales de los años setenta se planteara la necesidad de modificar la Constitución Política vigente hasta entonces, la Constitución de 1886. Varios intentos fracasaron, hasta que en el año de 1991 se convocó una Asamblea Nacional Constituyente.

A diferencia de asambleas constituyentes anteriores, la de 1991 tuvo una composición heterogénea —incluyendo representantes de varios grupos guerrilleros desmovilizados y de las comunidades indígenas, tradicionalmente marginadas— y ese mismo año expidió la actual Constitución colombiana (Valencia Villa, 2010).

Uno de los propósitos fundamentales de la Constitución de 1991 fue el de asegurar una paz duradera en el país. Evidentemente, ese objetivo no se ha alcanzado. Incluso se puede afirmar que luego de 1991 ha habido periodos de grave agudización del conflicto armado interno, con graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario.

A pesar de lo anterior, la nueva Constitución ha significado un cambio fundamental en cuanto a los derechos de las personas. De allí que se pueda afirmar que con la Constitución de 1991 se ha producido una verdadera revolución de los derechos en Colombia. Precisamente, este escrito se propone presentar las transformaciones producidas en esta materia a partir de la entrada en vigencia de la Constitución.

II. Los derechos en la Constitución de 1991

La Constitución de 1886 dedicaba su Título III a los derechos civiles y las garantías sociales. Este Título no contemplaba en realidad muchos derechos, pero allí se encontraban establecidos, entre otros, el derecho al debido proceso, el derecho de petición, la libertad de enseñanza, la educación primaria gratuita, la libertad de prensa, el derecho de reunión y el derecho de huelga.¹ También incluía distintas obligaciones a cargo del Estado, tales como garantizar a todas las personas su vida, honra y bienes, proteger especialmente al trabajo y brindar asistencia pública a los necesitados.

Sin embargo, en esa época no existían acciones judiciales ágiles para reclamar la vigencia de los derechos de las personas. Además, imperaba el concepto de que los jueces no podían aplicar directamente la Constitución, sino la ley, razón por la cual esos derechos solamente regían en la medida en que esta los regulara. Por ello, se consideró necesario que la misma Constitución ordenara, tal como lo hizo en su artículo 52, que las disposiciones de este título fueran incluidas en el

1 Claro está que algunos de estos derechos tenían restricciones importantes. Por ejemplo, en relación con la libertad personal se establecía que nadie podía ser arrestado o detenido sino en “virtud de mandamiento escrito de autoridad competente”, con lo cual se permitía que autoridades distintas a las judiciales tomaran esas medidas. Además, la Constitución otorgaba al Gobierno la facultad de ordenar la retención de personas, hasta por diez días, si tenía graves motivos para temer una perturbación del orden público.

Código Civil, como título preliminar, con el objeto de que los jueces las tuvieran en cuenta en el momento de dictar sus sentencias. A pesar de ello, esa sección de la Constitución no dejó de ser un simple anexo declarativo del Código Civil, sin mayores consecuencias reales.²

En contraposición a la de 1886, la Constitución de 1991 tomó distintas medidas para garantizar la vigencia de los derechos de las personas. Así, en su texto, contempló una amplia gama de derechos, que divide entre los derechos fundamentales, los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos colectivos y del medio ambiente.

Pero, además, en la misma Constitución se establecieron una serie de acciones constitucionales, destinadas a garantizar los derechos fundamentales (la acción de tutela o amparo), los derechos e intereses colectivos (la acción popular), el cumplimiento de las leyes y los actos administrativos (la acción de cumplimiento) y el resarcimiento de los daños a colectivos de personas (la acción de grupo).

Finalmente, la Constitución creó la Corte Constitucional, a la cual se le asignó, entre otras atribuciones, la función de conocer de las demandas de inconstitucionalidad presentadas contra las leyes y la de fallar sobre las sentencias de tutela que ella misma seleccionara. Además, en la Constitución se creó la Defensoría del Pueblo, destinada específicamente a velar por la vigencia de los derechos de las personas.

Respecto a la protección de los derechos de las personas, es necesario hacer una referencia más detallada a la acción de tutela. Existe unanimidad en la calificación de la tutela como la innovación más importante de la Constitución de 1991. Las cifras lo demuestran. Desde la entrada en vigencia de la Constitución hasta abril de 2011, se habían instaurado en el país más de 3.000.000 de tutelas. Precisamente, el hecho de que la Corte Constitucional sea la que decida finalmente sobre estas acciones hace que este Tribunal haya adquirido una importancia fundamental en materia de protección de los derechos de las personas.

III. La revolución de los derechos

Con la Constitución de 1991, se intentó responder a problemas que, incluso desde la época colonial, han caracterizado a Colombia —y a los demás países latinoamericanos—, tales como la discriminación étnica y cultural, el autoritarismo, la intolerancia religiosa, la inequidad en la distribución de la riqueza y los límites a la participación política de los ciudadanos (Jaramillo, 2007, pp. 63-68). Con ello se esperaba fundar las bases para el establecimiento de una paz duradera.

² Sobre este artículo y los debates de la época, ver Sanín (1971, pp. 104 y ss.) y Samper (1951, pp. 108-110).

El resultado de los casi veinte años de vigencia de la Constitución es que, si bien no se ha logrado la paz, sí se ha presentado una revolución en el campo de los derechos, la cual ha sido fundamentalmente jalonada por los organismos judiciales, especialmente la Corte Constitucional.³ Esta revolución se puede concretar en dos hechos. El primero consiste en el reconocimiento jurídico de los derechos de las personas y la aplicación práctica y el desarrollo de los mismos, en contraposición a la tradición colombiana y de muchos países latinoamericanos de que se queden en el papel. De acuerdo con el segundo, la revolución se evidencia en la convicción de las personas acerca de que son titulares de una serie de derechos y de que pueden exigirlos judicialmente. A continuación, se describe brevemente cómo este cambio fundamental en materia de los derechos ha beneficiado a algunos grupos sociales específicos, cómo se ha materializado en el campo de los derechos sociales y cómo se ha expresado en relación con algunos derechos de libertad y de participación.

1. Cambios en la situación de grupos sociales específicos

- a) **Las comunidades indígenas.** La Constitución determinó que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (art. 8). Por eso, estableció que las comunidades indígenas y negras tenían derecho a contar con una representación mínima en el Congreso de la República (arts. 171 y 176); admitió la existencia de una jurisdicción especial indígena (art. 246); dispuso que los territorios indígenas sean gobernados por sus autoridades tradicionales (art. 330); estableció que los resguardos indígenas son de propiedad colectiva y no enajenables (art. 329); y dispuso que en las decisiones sobre la explotación de recursos naturales ubicados en territorios indígenas se deberá contar con la participación de los representantes de las comunidades (art. 330).

A continuación, se resaltaré el papel de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la garantía de la eficacia de las normas constitucionales sobre dos puntos: la jurisdicción indígena y el deber de consulta a las comunidades indígenas.

3 Epp (1998, pp. 2-3) señaló el papel desempeñado por las Altas Cortes de distintos países en el impulso de revoluciones de derechos. Él afirma que esas Altas Cortes modificaron su renuencia tradicional a ocuparse de los derechos de las personas y manifiesta que el cambio de actitud se explica fundamentalmente por la existencia de organizaciones con amplios recursos que hacen uso de los instrumentos legales para presentar ante las cortes casos relacionados con los derechos de las personas. Como ya lo indicó Wilson (2009) y se verá en este artículo, esa explicación no se ajusta al caso colombiano.

En la Carta se estableció que la jurisdicción indígena debía actuar de conformidad con la Constitución y las leyes colombianas. Esto condujo a que, inicialmente, la Corte Constitucional anulara decisiones de las autoridades judiciales indígenas, por no estar de acuerdo con los dos parámetros señalados (sentencia T-254 de 1994).⁴ Sin embargo, a partir de la sentencia T-349 de 1996, la Corte modificó su posición. Ella señaló que el principio de la pluralidad étnica y cultural exigía garantizarle a la jurisdicción indígena un campo amplio de aplicación de los usos y las costumbres. Por tanto, estableció que, desde la perspectiva constitucional, la jurisdicción indígena solamente tenía que someterse a un número reducido de límites, a saber: la prohibición de la pena de muerte, de la tortura y la servidumbre; y la aplicación del derecho del debido proceso, según el entendimiento de la comunidad indígena respectiva. Además, en distintas ocasiones, la Corte ha destacado el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a que las autoridades de su comunidad decidan sobre sus litigios (sentencias T-266 de 1999 y T-606 de 2001).

Por otro lado, con base en la Constitución y en el Convenio 169 de la OIT, la Corte ha reiterado en distintas sentencias que las comunidades indígenas deben ser consultadas sobre los proyectos de exploración o explotación de recursos naturales que se hallan en su territorio. Ello ha conducido a que la Corte haya ordenado la suspensión de distintos proyectos en territorios indígenas hasta que se realizara la consulta previa debida (sentencias SU-039 de 1997, T-656 de 1998 y T-880 de 2006).

Además, en sentencias recientes (T-769 de 2009 y T-129 de 2011), la Corte asumió el concepto de consentimiento previo desarrollado por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Saramaka contra Surinam, de 2007. En este sentido, la Corte Constitucional estableció que en aquellos casos

4 Es importante anotar que la Corte Constitucional emite sentencias de constitucionalidad y de tutela, las cuales se identifican, respectivamente, con las letras C y T. En las sentencias de constitucionalidad se realiza un control abstracto de la norma demandada, sin referencia a un caso específico. Ellas son dictadas por la Sala Plena de la Corte, es decir, por los nueve magistrados integrantes de la Corporación. Por su parte, las sentencias de tutela se originan en casos concretos en los que se alega la violación de derechos fundamentales. Son proferidas por las distintas salas de revisión, las cuales se componen de tres magistrados. En algunas ocasiones, la Sala Plena de la Corte emite sentencias de unificación en tutela, las cuales se identifican con las letras SU. Además, en el transcurso de los procesos o luego de dictadas las sentencias, la Corte emite autos para resolver asuntos puntuales. Ellos se identifican con la letra A.

en los que el proyecto de exploración o explotación de los recursos naturales amenace el entorno vital de las comunidades indígenas o los grupos tribales, no solamente se requerirá la celebración de la consulta previa, sino que se debe lograr el consentimiento previo de las comunidades para poder llevar a cabo el proyecto.

De otra parte, después de algunas vacilaciones iniciales (sentencia C-169 de 2001), la Corte Constitucional ha establecido también que la consulta previa no se reduce únicamente a la explotación de recursos naturales, sino que también se aplica a las decisiones que tienen la capacidad de afectar la vida de las comunidades. Por ello, en los últimos años, la Corte ha declarado la inconstitucionalidad de la ley que reglamentaba el uso de los bosques, de la que regulaba el sector agrario colombiano y de la que reformaba el Código de Minas, por cuanto los proyectos no fueron consultados con las comunidades (sentencias C-030 de 2008, C-175 de 2009 y C-366 de 2011). Recientemente, la Corte también declaró la inconstitucionalidad de una norma de la reforma constitucional de la política, por cuanto, a pesar de que modificó el régimen de las candidaturas de los partidos y movimientos políticos de las comunidades indígenas y afrocolombianas, no fue objeto de consulta previa (sentencia C-702 de 2010).

Los cambios descritos han permitido que la cuestión indígena haya dejado de ser considerada como un simple problema de orden público, tal como ocurría en el pasado, para pasar a constituir un reto interesante en la construcción de la comunidad política. Con ello se han podido canalizar institucionalmente múltiples factores de conflicto que se tejían alrededor de la relación entre este sector social y la sociedad mayoritaria, y las instituciones estatales.⁵

5 En realidad, en este campo se han presentado cambios trascendentales en la sociedad colombiana. Como ejemplo, basta mencionar que las reivindicaciones indígenas enarboladas en el sur del país, a partir de 1910, bajo la dirección de Manuel Quintín Lame, fueron siempre respondidas con la represión. El mismo Lame estuvo hasta 200 veces en prisión por causa de sus luchas (Castillo, 1971, p. xxi). Además, hoy serían impensables las manifestaciones de las personas que cometieron la masacre de La Rubiera, en las llanuras de Arauca, en 1967, en la cual fueron asesinados 16 indios cuivas, entre ellos varios niños. Sobre los responsables de la masacre manifestó el juez que hizo las primeras diligencias: "...encontré que tan pronto detuvimos a los acusados, estos hicieron una confesión plena de todo. Estimaban que su acto, tan repetido en ese medio, era una hazaña. Y un delincuente peligroso calla y oculta su delito, busca evadirse, y esta gente no". En relación con la pregunta acerca de cómo juzgaban ellos el haber asesinado a los indígenas, los colonos manifestaron en distintas declaraciones dentro del proceso: "Yo no creí que fuera malo ya que son indios. Los indios de allá claro que no son tan belicosos, a la gente no le hacen nada, pero sí matan los animales"; "Yo he oído decir que más antes don Tomás Jara dizque mandaba matar a los indios. Por eso ese día yo maté a esos indios porque sabía que el gobierno no los reclamaba ni hacían pagar el crimen que se cometía"; "Yo no sabía que eso era malo, que lo castigaban a uno, pues en caso

b) **Las comunidades afrocolombianas.** La Constitución solamente se refirió en el artículo transitorio 55 a las comunidades afrocolombianas. Allí se estableció que el Congreso expediría una ley con el objeto de reconocerles a las comunidades negras el derecho a la propiedad colectiva sobre las tierras baldías que ocupaban en la cuenca del Pacífico. La ley también debía establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de las comunidades negras, y para el fomento de su desarrollo económico y social. Mediante la Ley 70 de 1993, se dio cumplimiento a lo ordenado en el artículo 55 de la Constitución. La aplicación de la Ley ha conducido a que en estos años se hayan entregado títulos colectivos de propiedad a las comunidades negras por más de 5 millones de hectáreas. Este proceso ha sido considerado como una de las reformas agrarias más importantes de América Latina en los últimos años (Rodríguez y Lam, 2011, p. 6).

De la misma manera, en los años de vigencia de la Constitución se ha generado un movimiento social alrededor de los derechos de la población afrocolombiana, el cual ha logrado poner el tema en las agendas estatales. Es así como, en el año 2007, se creó la Comisión Intersectorial para el avance de la población negra, afrocolombiana, palanquera y raizal. Un año después, la Comisión expidió un conjunto de recomendaciones⁶ para la mejora de las condiciones de vida de este sector nacional, las cuales marcarán con seguridad el debate sobre este punto en los próximos años.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional también se ha referido a las comunidades afrocolombianas, aunque el número de sentencias sobre ellas es muy inferior a las dictadas sobre las comunidades indígenas. En sus providencias, la Corte Constitucional ha detectado casos de discriminación racial y ha ordenado las sanciones pertinentes (sentencias T-1090 de 2005 y T-131 de 2006). También ha establecido que a las comunidades negras se les aplican las mismas normas sobre territorios colectivos, autoridades propias y consulta previa que a las comunidades indígenas (sentencias C-461 de 2008, T-769 de 2009 y T-1045-A de 2010). Igualmente, la Corte ha tomado medidas para la protección de las comunidades negras desplazadas o en situación de confinamiento (A-005 de 2009) y

contrario no lo hubiera hecho". Ver al respecto la crónica sobre la masacre de La Rubiera, contenida en el libro *Colombia Amarga*, de Germán Castro Caycedo, quien extractó los textos del expediente penal.

6 Ver http://www.vicepresidencia.gov.co/Es/iniciativas/Afrocolombia/Documents/Afrocolombia_Informe3.pdf

para impedir que los territorios de dichas comunidades sean usurpados por empresas y grupos paramilitares (A-222 de 2009).

- c) **Las personas desplazadas por la violencia.** El conflicto armado que padece Colombia ha generado un proceso masivo de desplazamiento forzado interno. El mismo Gobierno reconoce que el número de desplazados por la violencia asciende a más de 3.700.000 personas.⁷

Para contrarrestar el fenómeno del desplazamiento se dictó la Ley 387 de 1997. De acuerdo con analistas internacionales, esta ley es una de las más avanzadas del mundo en materia de reconocimiento de los derechos de las personas desplazadas por la violencia. Sin embargo, como en tantos otros campos, la ley se quedó en el papel. Fue a través de la Corte Constitucional que los derechos de los desplazados empezaron a hacerse realidad (Rodríguez y Rodríguez 2010). En el año 2004, la Corte dictó la sentencia T-025, en la cual declaró que la violación de los derechos de los desplazados por la violencia era de tal magnitud que constituía un estado de cosas inconstitucional. La Corte observó que, a pesar de lo establecido en la Ley 387 de 1997, no existían políticas públicas destinadas a garantizar los derechos fundamentales de las personas desplazadas. Por eso, dictó una serie de órdenes a las más distintas autoridades públicas con el objeto de corregir las falencias detectadas.

En la sentencia también se estableció que la misma Corte se encargaría de supervisar el cumplimiento de sus órdenes. La decisión anterior ha generado un interesante proceso de comunicación entre la Corte, las autoridades gubernamentales, las organizaciones de personas desplazadas y las organizaciones no gubernamentales o internacionales que trabajan en la materia. El proceso de diálogo se ha prolongado ya por seis años. En este lapso, se han advertido avances notables en puntos como los derechos a la educación y la salud de las personas desplazadas por la violencia. También es cierto que el Gobierno Nacional ha multiplicado por diez el presupuesto para atender las necesidades de las personas desplazadas. Sin embargo, en relación con otros derechos los avances han sido escasos, razón por la cual la Corte ha declarado que aún no se ha superado el estado de cosas inconstitucional y continúa exigiendo resultados por parte de las autoridades gubernamentales (A-008 de 2009).

- d) **Las parejas homosexuales.** Hasta el Código Penal de 1980, la convivencia homosexual constituía un delito en Colombia. Si bien

7 Ver <http://www.accionsocial.gov.co/estadisticasdesplazados/DinamicaGeneral.aspx>. Consultada el 31 de mayo de 2011.

desde ese año la conducta fue despenalizada, lo cierto es que continuó siendo objeto de discriminación legal y social.

A partir de la Constitución de 1991, el movimiento homosexual ha dado una amplia lucha por el reconocimiento de sus derechos. Sin embargo, todos los empeños por lograr que el Congreso de la República legislara al respecto han fracasado hasta ahora.

Distinta ha sido la situación ante la Corte Constitucional. Inicialmente, esta consideró que era tarea del legislador regular la situación de las parejas homosexuales (sentencia C-098 de 1996). Sin embargo, después modificó su posición. En los últimos años, ha adoptado una serie de decisiones en las que ha establecido que los miembros de las parejas homosexuales tienen los mismos derechos que los de las uniones de hecho heterosexuales en lo que se refiere a los derechos patrimoniales, a la afiliación al sistema de salud y al acceso a la pensión de sobreviviente (sentencias C-075 y C-811 de 2007, y C-336 de 2008). Recientemente, en la sentencia C-029 de 2009, decidió que un amplio abanico de normas dictadas para reglamentar la relación de las parejas heterosexuales también era aplicable a las parejas homosexuales.

Es muy posible, además, que en un futuro próximo la Corte se pronuncie sobre el derecho de los homosexuales a contraer matrimonio civil y a adoptar. En el muy probable caso de que la Corte les diera la razón a los demandantes, se completaría una verdadera revolución en el campo de los derechos de las personas homosexuales.

- e) **Los reclusos.** Es conocido que en Latinoamérica la situación de las cárceles y los presos es calamitosa. Colombia no es una excepción. El hacinamiento carcelario y las malas condiciones de las prisiones han sido denunciados repetidamente.⁸

En el año 1998, la Corte conoció sobre dos demandas de tutela instauradas por causa del hacinamiento carcelario. La Corte observó que, desde hacía muchas décadas, en el país no se construían centros penitenciarios, y que eso producía una gran congestión carcelaria, lo cual vulneraba los derechos fundamentales de los reclusos. Por eso, también en este caso la Corte declaró que la situación en las prisiones constituía un estado de cosas inconstitucional, razón por la cual ordenó, entre otras cosas, terminar con el hacinamiento en un término de cuatro años. En esa ocasión, la Corte no reservó para sí la función de establecer si se estaba dando cumplimiento a sus órdenes.

⁸ La Defensoría del Pueblo ha elaborado varios documentos sobre este punto. Ver su sitio web: http://www.defensoria.org.co/red/?_item=0030&_secc=00&ts=1. También el documento de Martínez, Tidball-Binz e Irigoyen (2001).

A partir de la sentencia se reinició la construcción de centros de reclusión. En un primer momento, el hacinamiento disminuyó en forma notable, pero ha vuelto a incrementarse. Sin embargo, las cárceles y los reclusos dejaron de estar en la sombra, al margen del derecho, de los organismos judiciales y de la agenda política.⁹

2. Cambios en relación con los derechos sociales

La Corte Constitucional ha generado una amplia jurisprudencia sobre los derechos sociales. En ella ha establecido que tales derechos pueden ser justiciables tanto a través de la acción popular de inconstitucionalidad como de la acción de tutela.

Precisamente, en respuesta a acciones populares de inconstitucionalidad, la Corte ha decidido que la educación básica primaria en los colegios oficiales debe ser gratuita (C-376 de 2010), ha declarado la inconstitucionalidad de un impuesto a los productos de la canasta básica (C-776 de 2003), ha fijado reglas sobre el incremento mínimo de los salarios de los empleados públicos (C-1433 de 2000, C-1064 de 2001 y C-1017 de 2003), etc.¹⁰

Por otra parte, la Corte ha establecido que la justiciabilidad de los derechos sociales a través de la acción de tutela se puede dar, bien sea porque en una situación específica esos derechos son, en sí mismos, fundamentales, o bien porque se encuentran en conexidad con derechos fundamentales.

Así, la Corte estableció la existencia del derecho fundamental al mínimo vital de las personas, que no se encuentra contemplado directamente en la Constitución, pero que se deriva del conjunto de los principios, valores y derechos contenidos en la Carta Política (Arango y Lemaitre, 2002). También ha decidido que los derechos de los niños son en sí mismos fundamentales y pueden ser exigidos a través de la acción de tutela (sentencias SU-043 de 1995, SU-225 de 1998, C-157 de 2002).

Por otra parte, la Corte ha dispuesto que cuando los derechos sociales se encuentran en conexidad con los derechos fundamentales también pueden ser exigidos a través de la acción de tutela. Así ocurrió durante mucho tiempo con el derecho a la salud, y sigue sucediendo con los derechos a la educación y la seguridad social.

9 Por lo demás, la Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples ocasiones más sobre los derechos de los reclusos a una alimentación adecuada, a la intimidad y a las visitas conyugales, al libre desarrollo de la personalidad, a la presentación de peticiones, a la salud, etc. Más información sobre esos pronunciamientos en: Jaramillo, Uprimny y Guarnizo (2006).

10 Los pronunciamientos de la Corte sobre estas y otras materias han generado un gran debate acerca de los límites del Tribunal. Ver, entre otros, Uprimny (2006), Núñez (2005) y Cepeda (2004).

Mención aparte merece el derecho a la salud. Este se convirtió, en los últimos años, en el derecho más reclamado a través de la acción de tutela. Durante muchos años, la Corte dictó innumerables sentencias de tutela sobre él, en razón de la conexidad de este derecho con el derecho a la vida. En el año 2008, a través de la sentencia T-760 de 2008, estableció que el derecho a la salud era también fundamental y que el régimen de salud existente en el país no estaba en consonancia con la Constitución ni con las múltiples sentencias dictadas por la misma Corte. A partir de allí, dictó una serie de órdenes a las autoridades gubernamentales y al Congreso de la República, con el fin de que se regulara de otra manera el sistema de seguridad social en salud y exigió la presentación periódica de informes sobre el punto. Con ello, se abrió otro interesante diálogo entre la Corte, el Gobierno, el Congreso y la sociedad civil acerca de cómo debe ser regulado el derecho a la salud.

3. Cambios en materia de protección de los derechos de libertad y de participación

a) **Los estados de excepción.** En Colombia, durante muchas décadas se gobernó a través de las facultades propias de los estados de emergencia. Por eso, en la Constitución se decidió imponerle estrictos límites a los estados de excepción.

Para ello se establecieron tres tipos de estado de excepción, a saber: el estado de guerra exterior, el estado de conmoción interior y el estado de emergencia económica, social o ecológica. Adicionalmente, la Carta dispuso una serie de limitaciones sobre los distintos estados. Así, en el caso de los estados de guerra exterior y de conmoción interior, se determinó que durante su vigencia no podían suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales, y que en ellos regirían todas las reglas del derecho internacional humanitario. Igualmente, al estado de conmoción interior se le fijó un límite temporal anual, al establecerse que no podrá regir por un término mayor de 270 días. Finalmente, para los tres estados se estableció que el Gobierno debía enviar a la Corte Constitucional todos los decretos que dictara en uso de las facultades extraordinarias, para el control de constitucionalidad respectivo.

Precisamente, a partir de la última limitación, la Corte Constitucional dispuso, en la sentencia C-004 de 1992, que ella también estaba autorizada para juzgar la constitucionalidad de los decretos que declaran los estados de excepción.¹¹ Con base en esta facultad, la

11 Esta decisión ha generado amplias polémicas de toda índole. Para más información sobre el debate acerca del control judicial de los estados de ex-

Corte ha declarado la inconstitucionalidad de seis decretos que declaraban el estado de conmoción interior o el estado de emergencia económica o social.¹²

- b) **La reelección presidencial.** En la reforma constitucional de 1910, se prohibió la reelección presidencial inmediata en Colombia. Esta norma mantuvo su vigencia hasta la Constitución de 1991, cuando se prohibió de manera absoluta la reelección.

Posteriormente, en el año 2004, siguiendo la tendencia que se veía en otros países de la región, el Congreso de la República autorizó una única reelección presidencial inmediata. La Corte Constitucional, mediante su sentencia C-1040 de 2005, declaró que la reelección inmediata por una sola vez estaba en armonía con la Constitución. Luego, en el año 2009, el Congreso dictó una ley por medio de la cual se convocaba a la ciudadanía a un referendo para que determinara si deseaba reformar la Constitución para autorizar una segunda reelección inmediata. En su sentencia C-141 de 2010, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la ley, por vicios de forma y sustanciales. En relación con los últimos, se manifestó que la segunda reelección y el tercer periodo consiguiente implicaban una vulneración de la Constitución, por cuanto alteraba varios de los ejes definitorios de la Constitución de 1991.

IV. ¿Cómo se explica este proceso de revolución de los derechos?

Una de las características distintivas de los Estados latinoamericanos es que, si bien en la retórica se manifiesta un gran respeto por las formalidades jurídicas, en muchas ocasiones la vida política y social de nuestros países se desarrolla al margen del derecho. Ello explica que varios países de la región hayan tenido en su historia un elevadísimo número de Constituciones constituciones democráticas y liberales, pese a que la mayor parte de su vida política ha sido dominada por grandes caudillos (García Calderón, 1979, p. 201). Por eso, en Latinoamérica, la lucha por el derecho no termina en el momento en que se aprueba una

cepción, ver los textos de García Villegas y Uprimny (2006), Piquero (2000) y Cifuentes (1996).

12 Ver al respecto las sentencias C-300 de 1994, C-466 de 1995, C-122 de 1997, C-254 de 2009, C-252 de 2010 y C-216 de 2011. En otras sentencias, la Corte declaró la constitucionalidad del decreto declaratorio del estado de emergencia, pero le fijó un amplio número de restricciones (ver sentencias C-122 de 1999 y C-802 de 2002) o declaró la inconstitucionalidad de la prórroga del Estado de Conmoción Interior (C-327 de 2003).

Constitución o una ley, pues siempre es necesario velar para que las normas jurídicas sean efectivamente cumplidas.

Como se ha indicado, la Constitución de 1991 incluyó una amplia gama de derechos de las personas. Sin embargo, ese solo hecho no significaba para ningún colombiano que esos derechos se materializaran. A manera de ejemplo, la Constitución de 1886 establecía que los empleos públicos y los cargos judiciales serían de carrera. Sin embargo, el sistema del mérito para ingresar al servicio público no empezó a funcionar realmente hasta la Constitución de 1991. Por eso, surge la pregunta acerca de cómo se puede explicar que muchas de las innovaciones introducidas por la Carta de 1991 no se hubieran quedado en el papel. Esta pregunta es aún más importante si se tiene en cuenta que las nuevas fuerzas políticas que impulsaron los cambios constitucionales en 1991 desaparecieron con el tiempo.

No existe una respuesta clara a la pregunta. Sin embargo, sí se pueden adelantar algunas hipótesis. Lo que es claro es que no existe una única explicación, sino que fue la conjunción de varios factores la que produjo que las normas de la Constitución no se quedaran como simples programas o promesas.

Un primer factor que se debe considerar está atado precisamente al objetivo que inspiró la Constitución: lograr la paz. Como se ha dicho, en un momento determinado hubo un consenso general en que la Constitución de 1886 no era apta para asegurar la paz en el país, entre otras razones, porque no brindaba garantías a los derechos de las personas. De allí que se expidiera la Constitución de 1991. Es claro que la pacificación del país no se ha obtenido. Sin embargo, para muchas personas, las normas de la Constitución se han convertido en una guía de acción política, que señala la necesidad de generar cambios efectivos en las instituciones y la sociedad para poder crear un clima de convivencia pacífica en el país (Jaramillo, 2006).

Un segundo factor lo constituye la tradición de independencia judicial existente en el país (Cepeda, 2005; Sanín, 1971, pp. 112 y ss.). La Constitución estableció una amplia serie de derechos y de acciones judiciales para garantizarlos. Pero un sistema judicial muy débil y dependiente de las otras ramas del poder no ofrece ninguna garantía de que los procesos que se adelanten ante ella van a ser analizados y fallados de acuerdo con las normas jurídicas, y no según los intereses políticos predominantes. Precisamente, el reconocimiento general de esa tradición de independencia de la justicia colombiana genera credibilidad y esperanzas en las acciones judiciales que se instauran con el objeto de lograr el cumplimiento de las normas constitucionales.

El tercer factor está representado en la creación de la acción de tutela y de la Corte Constitucional. La informalidad, gratuidad y agilidad

de la acción de tutela han favorecido que las personas lleven ante los jueces sus problemas y conflictos, con el objeto de que sean resueltos institucionalmente. Entre otras razones, ello explica que en Colombia, actualmente, todos los grandes problemas y las decisiones políticas fundamentales sean en algún momento judicializados.

La creación de la Corte Constitucional ha sido también de gran importancia y merece una explicación más extendida. A esta Corte le corresponde, entre otras labores, revisar las sentencias de tutela que ella misma selecciona y decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, las reformas constitucionales, los decretos de estados de emergencia y los tratados internacionales suscritos por Colombia.

El hecho de que esta Corte haya sido recientemente creada y de que le corresponda garantizar los derechos fundamentales de las personas —a través de la revisión de las sentencias de tutela que ella misma selecciona— ha permitido que ella se separe del formalismo que ha caracterizado a las otras Altas Cortes del país y que sea más sensible a las necesidades y los sufrimientos de las personas. Distintos magistrados de la Corte Constitucional fueron magistrados de las otras Altas Cortes, funcionarios del Estado o litigantes. Sin embargo, a la Corte Constitucional también han llegado magistrados y funcionarios provenientes de la academia o cercanos a los movimientos de derechos humanos que le han imprimido a esta Corporación un carácter garantista de los derechos de las personas.

Dado que los magistrados de la Corte tienen un periodo máximo de ocho años, su composición ha cambiado en distintas ocasiones. En cada oportunidad, esta situación ha hecho temer a muchos que se presenten retrocesos en la jurisprudencia. Sin embargo, hasta ahora eso no ha ocurrido, e incluso puede decirse que en varios temas los nuevos magistrados han ido más allá que los anteriores, tal como ha ocurrido en asuntos como el aborto, los derechos de los homosexuales y la objeción de conciencia al servicio militar. Este resultado se puede explicar por el respaldo generalizado a la jurisprudencia de la Corte por parte de un amplio sector de la justicia, la academia, el gremio de los abogados y las organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos.

Como se ha señalado, en Colombia los problemas fundamentales llegan en algún momento a la Corte Constitucional, bien sea a través de la acción de tutela o de las sentencias de constitucionalidad. Ello ha conducido a que esta Corporación haya adquirido un destacado papel dentro del sistema político. También le ha permitido ser audaz en ciertos temas. Así, la Corte ha creado tipos de sentencias desconocidas en la historia colombiana, intervenido en la formulación de políticas públicas que afectan los derechos fundamentales, y ha incursionado en asuntos que hasta ahora se consideraba que no le competían. Esto ha

generado fuertes controversias con las otras Altas Cortes, con los economistas y con distintos gobiernos. Varios proyectos de reforma constitucional han sido tramitados para limitar la acción de tutela y la acción de la Corte Constitucional, pero hasta ahora todos han fracasado. Esta situación se explicaría por el amplio respaldo a las decisiones de la Corte y por la falta de credibilidad de muchas instituciones políticas, entre ellas el Congreso de la República, que ha estado marcado por las investigaciones penales contra muchos de sus miembros por causa de sus relaciones con grupos paramilitares y de narcotraficantes.

Un cuarto factor que debe ser tenido en cuenta es el de la facilidad para acceder a la justicia constitucional (Wilson, 2009, p. 75; Uprimny, 2008, p. 92). La acción de tutela puede ser instaurada ante cualquier juez de la República, es gratuita, no requiere de abogado ni exige ninguna formalidad y debe ser decidida con rapidez. Esta situación permite que las personas lleven fácilmente sus conflictos ante los jueces, y que, eventualmente, la Corte Constitucional se pronuncie sobre ellos. Asimismo, la acción de inconstitucionalidad es muy fácil de entablar. Cualquier ciudadano, sin necesidad de un abogado, puede presentar una demanda de inconstitucionalidad contra una norma legal. La demanda tiene que cumplir con unos requisitos mínimos y después de que sea admitida por la Corte Constitucional no requiere ningún esfuerzo adicional por parte del ciudadano. Precisamente, la facilidad para instaurar estas acciones explica el gran número de sentencias que dicta la Corte año tras año. A manera de ejemplo, según datos de la misma, en el año 2008, profirió 997 sentencias de tutela y 717 de constitucionalidad, y en 2009, 717 sentencias de tutela y 208 de constitucionalidad.

Un quinto factor que merece tenerse en cuenta, y que está relacionado con el primero, es la disposición de muchas personas y organizaciones para hacer uso de las acciones constitucionales, con el fin de lograr que la justicia se pronuncie sobre sus conflictos. En este punto es importante observar que las organizaciones sociales y los movimientos de derechos humanos incluyen ya dentro sus planes de acción la instauración de acciones jurídicas para la reivindicación de sus intereses.¹³ También se puede observar que distintas universidades del país han

13 El diario *El Tiempo*, del 22 de noviembre de 2009, trae un reportaje al abogado Germán Humberto Rincón Perfetti que puede ser muy ilustrativo. Él trabajó en la Liga de Lucha contra el SIDA y desde allí se involucró en la conformación y asesoría de grupos de activistas acerca de las posibilidades que ofrecía la tutela para la protección de los derechos de los pacientes. Él mismo dice que su pequeña oficina “era una fábrica de tutelas”. Como balance de su labor dice que instauró de forma directa más de 1.400 tutelas, de las cuales ganó el 98 %. Asimismo, dice que prestó asesoría en más de 20.000 tutelas que fueron presentadas por otras personas.

creado grupos de abogados que tienen por misión presentar demandas ante la justicia constitucional, con el fin de que esta se pronuncie sobre temas constitucionales estratégicos. Incluso los partidos de oposición tienden cada vez más a recurrir a la Corte Constitucional luego de que sus posiciones son derrotadas en el Congreso de la República.

Finalmente, un sexto factor que debe considerarse es el de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico colombiano. En la misma Constitución se previó que estos tratados prevalecen en el orden interno (art. 93). Luego, la Corte Constitucional decidió que ellos conformaban, con la Constitución, un bloque de constitucionalidad, lo cual significa que los tratados internacionales de derechos humanos debidamente ratificados por el Congreso de la República constituyen también un parámetro para juzgar la constitucionalidad de las normas examinadas (Uprimny, 2001). Esta situación ha impulsado la incorporación de muchos estándares internacionales de derechos humanos en la jurisprudencia constitucional. También ha llevado a la Corte a establecer la obligación del Estado de cumplir diferentes decisiones de distintos organismos internacionales de derechos humanos referidas a Colombia y, en otros casos, la obligación de considerar esas decisiones como criterios relevantes para la decisión de los procesos.¹⁴

V. Reflexiones finales

La Constitución de 1991 en Colombia puso los derechos de las personas en el centro de las obligaciones del Estado. De allí que hubiera contemplado en su texto un amplio abanico de derechos y distintas acciones constitucionales destinadas a protegerlos —la más importante de ellas es la tutela—. También creó la Corte Constitucional, como tribunal encargado de defender la Constitución y de proteger los derechos fundamentales de las personas.

Sin duda alguna, las normas y los instrumentos creados en la Constitución de 1991 han posibilitado una revolución de los derechos en Colombia. Las personas saben que tienen a su alcance acciones e instituciones a las que pueden acudir para lograr la protección de sus derechos, y hacen un amplio uso de esa posibilidad. Este es un resultado muy positivo para un Estado que tradicionalmente ha generado mucho descreimiento entre los ciudadanos y cuya legitimidad ha sido puesta en duda en muchas ocasiones.

14 (N. del E.) Sobre este punto, ver Juan Jaramillo y Luis Manuel Castro Novoa, “La ejecución interna de las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. El caso colombiano” que se reproduce en este libro (ver pp. 260-324).

Además, en los veinte años de vigencia de la Constitución se ha generado un importante proceso de constitucionalización del derecho, de tal manera que la Constitución, los derechos establecidos en ella y la jurisprudencia constitucional se han convertido en referencia obligada para todos los actores políticos y sociales. Ello ha aparejado la profundización de la independencia de la Rama Judicial y ha impulsado que esta se convierta en un actor clave dentro del sistema político colombiano.

Sin embargo, este proceso de revolución de los derechos tiene importantes límites que no se pueden negar. Si bien uno de los resultados fundamentales de la Constitución ha sido el de lograr que los derechos y las normas constitucionales no constituyan letra muerta, lo cierto es que para muchas personas y lugares del país todavía suenan lejanas y ajenas las promesas de la Constitución.¹⁵ En medio del conflicto armado y de la debilidad de las instituciones, muchas personas todavía se encuentran a la merced del capricho y la arbitrariedad de los grupos armados y, en distintas ocasiones, de las Fuerzas Armadas colombianas.

Algunas cifras dan cuenta de esta situación. En el informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los pueblos indígenas en Colombia, del año 2010, se relata que el Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Presidencia de la República manifiesta que, desde 1998 hasta julio de 2008, habían sido asesinados 1.075 indígenas en el país. A su vez, la Fiscalía General de la Nación anunció recientemente que el conflicto armado interno en Colombia había generado la desaparición forzada de 16.000 personas.¹⁶

Por otra parte, según informaciones de la Central Única de Trabajadores (CUT), **desde 1986, han sido asesinados en el país 2.800 sindicalistas y educadores, y otros 190 han sido desaparecidos.** En 2010, habrían sido asesinados 38 sindicalistas y educadores. La misma Central de Trabajadores anota que el 98 % de esos hechos se encuentran en la impunidad, y que la persecución sufrida por las organizaciones sindicales ha profundizado el debilitamiento de los sindicatos.¹⁷

15 (N. del E.) Esta tesis también es sostenida por el autor en "La Constitución de 1991: un análisis de sus aportes desde una perspectiva histórica" y "La Constitución de 1991 y la paz. Un balance después de 12 años de vigencia" (ver pp. 62-84 y 86-116, respectivamente).

16 Ver www.semana.com/nacion/fiscalia-16000-personas-figuran-como-desaparecidas-forzosamente/157673-3.aspx

17 *El Espectador*, 11 de noviembre de 2010. La Central afirma que mientras en 1973, cerca del 11 % de los trabajadores colombianos estaban sindicalizados, al día de hoy apenas lo está el 4,5 %. Indudablemente, la violencia ejercida contra los sindicalistas constituye uno de los factores fundamentales para explicar el debilitamiento de los sindicatos.

De la misma manera, en todos estos años, más de tres millones de personas han sido desplazadas por la violencia en el país. También se calcula que los campesinos han sido despojados de más de 6,5 millones de hectáreas en los últimos veinte años.¹⁸ Además, se menciona que desde el año 2005 han sido asesinados más de 40 líderes de organizaciones de personas desplazadas por la violencia que luchaban por recuperar los predios de los que habían sido despojados.¹⁹

Incluso, la administración de justicia, de la cual hemos dicho que ha experimentado un importante fortalecimiento, se ha visto fuertemente afectada por la violencia o por las amenazas o persecuciones. A manera de ejemplo, en el informe de la Relatora Especial sobre la Independencia Judicial sobre su visita a Colombia, en el año 2009, se relata que la Policía Nacional de Colombia estableció que entre 2003 y 2009 fueron asesinados: un magistrado, seis jueces, doce fiscales y 334 abogados. Además, la Relatora menciona que tuvo conocimiento de muchas amenazas e intimidaciones contra magistrados, jueces, fiscales, abogados, testigos y víctimas. De hecho, varios magistrados de la Corte Suprema de Justicia han obtenido medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por causa de las amenazas y los seguimientos de que han sido objeto a partir de las investigaciones sobre las relaciones de congresistas y políticos con los grupos paramilitares.²⁰

Por otro lado, es claro que para que un proceso de revolución de los derechos pueda desarrollarse a plenitud es necesario que también se involucren en él las demás Ramas del Poder. Sin embargo, no ha sido esta la situación de Colombia. Después de la expedición de la Constitución de 1991, el Poder Ejecutivo ha desarrollado muchas políticas de corte neoliberal, que obviamente han repercutido sobre los derechos sociales y económicos de las personas. Incluso, cabe decir que en este

18 En los resultados preliminares en materia de bienes rurales de la III Encuesta Nacional de Verificación de los Derechos de la Población desplazada, realizada en 2010, la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado afirma: "El total de hectáreas despojadas y forzadas a dejar en abandono por causa del desplazamiento en el periodo comprendido entre los años de 1980 y julio de 2010 ascendió a cerca de 6,65 millones de hectáreas (sin contar los territorios de las comunidades étnicas), lo que equivale a un 12,9 % de la superficie agropecuaria del país". Ver www.codhes.org/images/stories/pdf/consolidado%20iii%20env.pdf

19 *El Tiempo*, 28 de octubre de 2010.

20 Se trata de los procesos de medidas cautelares identificados de la siguiente manera: MC 157-09 – Yesid Ramírez Bastidas; MC 243-10, Sigifredo Espinosa Pérez y su familia; MC 119/09, César Julio Valencia, Colombia; MC 269/07, Iván Velásquez Gómez; y MC 93/08, María del Rosario González de Lemos. Los pronunciamientos de la Comisión sobre estos casos se pueden encontrar en: www.cidh.oas.org/medidas.esp.htm.

momento Colombia es uno de los países latinoamericanos con mayor inequidad en la distribución de la riqueza (Cepal, 2011, pp. 185-187).

De otra parte, desde hace varios años, los ciudadanos colombianos hemos observado con horror cómo muchos miembros de la clase política hicieron alianzas con los grupos paramilitares para consolidar su influencia en distintas zonas. Y como es sabido, estos grupos son responsables de una gran cantidad de crímenes difíciles de imaginar. Ello ha conducido al proceso de la llamada parapolítica, en el cual la Corte Suprema de Justicia ha condenado a un buen número de congresistas por sus vínculos con los paramilitares, mientras que un número aún mayor se encuentra siendo procesado.

De todo lo anterior, surge la conclusión de que la revolución de los derechos que se ha desarrollado a partir de 1991 se ajusta a las grandes contradicciones y paradojas del sistema político colombiano. Como se ha dicho, en Colombia la inmensa mayoría de los gobernantes han ascendido al poder a través de elecciones y el país casi no ha conocido gobiernos dictatoriales. Sin embargo, esta imagen de civilidad y de respeto por las normas del Estado de derecho y democrático se ve empañada por la presencia permanente de la violencia política en la historia del país.

Pues bien, la revolución de los derechos desencadenada a partir de la Constitución de 1991, que ha beneficiado a sectores sociales tradicionalmente marginados, también pierde algo de su lustre cuando se observa que en sus años de vigencia, el conflicto armado y la debilidad —o las contradicciones internas del Estado— han propiciado la violación masiva de los derechos de millones de colombianos. En realidad, en muchos casos, las importantes decisiones tomadas en la Constitución y en las sentencias judiciales de las dos últimas décadas en materia de los derechos de las personas han tenido obstáculos muy importantes para su cumplimiento práctico. Por eso, cabe reiterar que en Colombia la lucha por el derecho no termina en el momento de expedición de una ley o de una sentencia, sino que se extiende hasta lograr el cumplimiento real de sus mandatos.²¹

21 (N. del E.) Esta conclusión es reiterada por el autor en los artículos “La Constitución de 1991: un análisis de sus aportes desde una perspectiva histórica” y “La Constitución de 1991 y la paz. Un balance después de 12 años de vigencia” (ver pp. 62-84 y 86-116, respectivamente).

Bibliografía

- Arango, R. y Lemaitre, J. (2002). Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital. *Estudios ocasionales*. Bogotá: CIJUS, Universidad de los Andes.
- Castillo, G. (1971). Introducción. Manuel Quintín Lame: luchador e intelectual indígena del siglo veinte. En Quintín Lame, M. *En defensa de mi raza*. Bogotá: La Rosca.
- Castro Caycedo, G. (1986). *Colombia Amarga*. Bogotá: Planeta.
- Cepal (2010). La hora de la igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir. Recuperado de: http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/0/39710/100604_2010-114-SES.33-3_La_hora_de_la_igualdad_doc_completo.pdf
- Cepeda, J. M. (2005). La defensa judicial de la Constitución. En Cepeda Ulloa, F. (ed.). *Fortalezas de Colombia* (pp. 145-211). Bogotá: Ariel-BID.
- Cepeda, J. M. (2004). Las sentencias de la Corte con implicaciones económicas: reflexiones con ánimo constructivo. En *XXVIII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario* (pp. 355-380). Cartagena: Instituto Colombiano de Derecho Tributario.
- Cifuentes, E. (1996). Los estados de excepción en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: control del abuso de la discrecionalidad. En Combellas, R. *El nuevo derecho constitucional latinoamericano* (vol. II, pp. 975-1000). Caracas: Fundación Konrad Adenauer et al.
- Epp, Ch. (1998). *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago: University of Chicago Press.
- García Calderón, F. (1979). *Las democracias latinas de América. La creación de un continente*. Caracas: Biblioteca Ayacucho.
- García Villegas, M. y Uprimny, R. (2006). El control judicial de los estados de excepción en Colombia. En Uprimny, R., Rodríguez, C., García Villegas, M. *¿Justicia para todos?: Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 531-571). Bogotá: Norma.
- Jaramillo, J. F. y Castro, L. M. (2008). La ejecución interna de las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. El caso colombiano. En Rengifo, A. J. (comp.). *Derecho internacional de los derechos humanos y sistemas internos de protección y reparación* (pp. 407-472). Bogotá: Ministerio de Relaciones Exteriores, Universidad Nacional de Colombia.
- Jaramillo, J. F. (2007). La Constitución de 1991: un análisis de sus aportes desde una perspectiva histórica. *Pensamiento Jurídico*, 20, 61-90.
- Jaramillo, J. F. (2006). La Constitución de 1991 y la paz. Un balance después de doce años de vigencia. En Helfrich, L., Kurtenbach, S. *Colombia. Caminos para salir de la violencia* (pp. 233-263). Madrid, Frankfurt am Main: Iberoamericana, Vervuert.
- Jaramillo, J., Uprimny, R. y Guarnizo, D. (2006). Intervención judicial en cárceles, 2006. Recuperado de dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=2&id_publicacion=18

- Martínez, F., Tidball-Binz, M. e Irigoyen, R. (2001). *Centros de Reclusión en Colombia: un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de derechos humanos*. Bogotá: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Oficina en Colombia. Recuperado de www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20080528_20.pdf
- Nuñez, A. J. (2005). *Manifiesto por una justicia constitucional responsable*. Bogotá: Legis.
- Piquero, F. (2000). Control de constitucionalidad y responsabilidad política. El manejo del orden público en el caso colombiano. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (pp. 333-353). Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer y Ciedla.
- Relator Especial de las Naciones Unidas sobre las situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, James Anaya. Informe sobre la situación de los pueblos indígenas en Colombia: seguimiento a las recomendaciones hechas por el relator especial anterior. A/HRC/15/34 del 8 de enero de 2010. Recuperado de www.acnur.org/pais/docs/2733.pdf
- Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sra. Gabriela Carina Knaul de Albuquerque e Silva. Misión a Colombia. A/HRC/14/26/Add.2. 15 de abril de 2010. Recuperado de www.acnur.org/pais/docs/2790.pdf
- Rodríguez, C. y Rodríguez, D. (2010). *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.
- Rodríguez, C. y Lam, Y. (2011). Etnorreparaciones: la justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia. Bogotá: Dejusticia.
- Samper, J. M. (1951). *Derecho público interno de Colombia* (tomo I, pp. 108-110). Bogotá: Biblioteca Popular de Cultura Colombiana.
- Sanín Greiffenstein, J. (1971). *La defensa judicial de la Constitución*. Bogotá: Temis.
- Sieder, R., Schjolden, L. y Angell, A. (2005). Introduction. En Sieder, R., Schjolden, L. y Angell, A. (eds). *The Judicialization of Politics in Latin America* (pp. 1-20). New York: Palgrave Macmillan.
- Tate, C. N. (1995). Why the Expansion of Judicial Power? En Tate, C. N. y Vallinder, T. *The Global Expansion of Judicial Power* (pp. 27-37). New York and London: New York University Press.
- Tate, C. N. y Vallinder, T. (1995). The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics. En *The Global Expansion of Judicial Power* (pp. 1-10). New York and London: New York University Press.
- Tirado Mejía, Á. (2007). *El Estado y la política en el siglo XIX*. Bogotá: El Áncora Editores.
- Uprimny, R. (2008). La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. En Ferejohn, J., Ansolabehere, K.,

Dallas, A. R. y Uprimny, R. *Los jueces: entre el derecho y la política* (pp. 81-99). Bogotá: ILSA.

Uprimny, R. (2006). Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía. En Uprimny, R., Rodríguez, C., García Villegas, M. *¿Justicia para todos?: Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 147-200). Bogotá: Norma.

Uprimny, R. (2001). El bloque de constitucionalidad en Colombia. En *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional* (tomo 1, pp. 97-154). Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Uprimny, R., Rodríguez, C., García Villegas, M. (2006): *¿Justicia para todos?: Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Norma.

Uprimny, R. y García Villegas, M. (2004). Corte Constitucional y emancipación social en Colombia. En De Sousa Santos, B. y García-Villegas, M. (eds.). *Emancipación social y violencia en Colombia* (pp. 463-514). Bogotá: Norma.

Valencia Villa, H. (2010). *Cartas de batalla. Una crítica al constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Panamericana.

Wilson, B. (2009). Institutional Reform and Rights Revolution in Latin America: The Cases of Costa Rica and Colombia. *Journal of Politics in Latin America*, 1, 2. German Institut of Global and Area Studies, Hamburgo, pp. 59-85.

1.3. La Constitución de 1991 y la paz. Un balance después de 12 años de vigencia

Este artículo fue publicado inicialmente en Linda Helfrich y Sabine Kurtenbach (eds.), *Colombia: caminos para salir de la violencia*. Madrid, Frankfurt: Iberoamericana, Vervuert, 2006, pp. 233-265.

En el año de 1991 se dictó una nueva Constitución en Colombia, que sustituyó a la Constitución de 1886, una de las más antiguas del continente. El proceso constituyente estuvo marado por el anhelo de crear condiciones propicias para obtener la paz, luego de más de cuarenta años de conflicto armado en el país. Por eso, la Constitución despertó muchas esperanzas acerca de la posibilidad de crear un nuevo país.

Sin duda alguna, la Constitución de 1991 introdujo amplias modificaciones en el sistema político colombiano. Muchas de ellas han sido consideradas como dignas de imitar en otros países de la región. Pero, a pesar de ello, muchas de las ilusiones que despertaron con la Constitución no han sido cumplidas.

El presente artículo persigue realizar una evaluación de los resultados producidos durante estos años por la Constitución, con especial énfasis en los aspectos más relacionados con la construcción de la paz.¹ Por ello, en una primera parte se propone describir el contexto político e institucional que dio origen al proceso constituyente de 1991. Luego, reseña distintos aportes positivos de la Constitución para la formación de la comunidad política que se deseaba, para después pasar a observar los problemas que se observan con relación a la Carta Política y las propuestas de reforma que se han planteado.

En el escrito se resalta el destacado papel que ha desempeñado la Constitución de 1991 en la construcción de un orden nuevo, que garantice la convivencia pacífica, y la necesidad de defender las conquistas obtenidas a partir de ella, sin desconocer la imperiosidad de introducir algunas reformas en el campo institucional y social. Por eso, en la

1 (N. del E.) El autor persigue, en parte, este objetivo en "La Constitución de 1991: un análisis de sus aportes desde una perspectiva histórica", que se reproduce en este libro. La diferencia entre los dos textos es de carácter metodológico, pues en el presente artículo el autor analiza el texto constitucional con mayor énfasis en las etapas preconstituyente, constituyente y posconstituyente, que en el estudio comparado con la trayectoria constitucional latinoamericana, a lo que se dedica específicamente en "La Constitución de 1991: un análisis de sus aportes desde una perspectiva histórica" (ver pp. 28-61).

reflexión final se sostiene que los avances logrados con la Constitución no podrían ser materia de transacción en el caso de que se inicien nuevas negociaciones de paz y que, por lo tanto, el campo de reforma constitucional que podría abrirse para esas negociaciones habrá de ser restringido.

I. El proceso constituyente de 1991 y la búsqueda de la paz

Luego de uno de los periodos más agudos de violencia entre los partidos Liberal y Conservador —la llamada época de La Violencia, que se extendería entre 1948 y 1958, pero cuyos efectos se seguirían manifestando durante muchos años más— los dos partidos decidieron llegar a un acuerdo para ponerle fin a la lucha armada entre ellos. Mediante este acuerdo —el denominado Frente Nacional que fue instaurado a través del plebiscito de 1957 y el Acto Legislativo N° 1 de 1959—, se dispuso que los partidos liberal y conservador se distribuirían el poder político durante 16 años (entre 1958 y 1974), en forma paritaria e independientemente de los resultados electorales de cada partido. De esta manera, se acordó que los dos partidos se alternarían en la Presidencia de la República y se repartirían por mitades todos los escaños del Congreso y de las demás asambleas representativas. Además, se determinó que todos los cargos de la administración de justicia, de los ministerios y de la administración pública que no estuvieran cobijados por el régimen de carrera administrativa —instituto casi inexistente en la época— se distribuirían también de manera paritaria entre los dos partidos, y que para la expedición de las leyes se requeriría una mayoría de las dos terceras partes de los votos del Congreso, con lo cual se impuso el consenso interpartidario para la aprobación de las leyes.

A partir de las elecciones de 1974 se retornó a la competencia entre los partidos. Sin embargo, desde la reforma constitucional de 1968 se le había atribuido ya carácter permanente a una de las características más importantes del Frente Nacional, al señalarse que la paridad en los cargos no sujetos a carrera administrativa se prolongaría hasta 1978 y que, a partir de ese año, el partido triunfador en las elecciones habría de asignar una porción “adecuada y equitativa” de estos al segundo partido.

Con el Frente Nacional se puso fin a la violencia entre los partidos Liberal y Conservador. Igualmente, el acuerdo logró neutralizar a la Iglesia en la lucha política. Pero la hegemonía política compartida del Frente Nacional aparejó también que las diferencias entre los partidos se desvanecieran y que las prácticas clientelistas y el faccionalismo se apoderaran de ellos. Además, los dos partidos perdieron la proximidad con los ciudadanos y el control sobre las organizaciones sociales,

lo cual condujo a la necesidad de utilizar de manera casi permanente el estado de sitio y de empujar a la ilegalidad las expresiones de protesta social. De otro lado, el fracaso repetido de los intentos de consolidación de terceras fuerzas políticas alentó el fortalecimiento y expansión de distintos grupos guerrilleros, con lo cual se generaría una nueva ola de violencia política en el país.

En realidad, desde antes de culminar el periodo del Frente Nacional se advertía ya en Colombia la existencia de una fuerte crisis política, fundamentada en la falta de credibilidad en las instituciones. Por ello, desde los años setenta se propusieron distintos proyectos de reforma institucional, con el objeto de hacerle frente a la crisis. Es así como, en 1977, el presidente López logró que el Congreso de la República aprobara la convocatoria de una Asamblea Constitucional, que habría de ocuparse de la reforma a la administración de justicia y al ordenamiento territorial. Sin embargo, el proyecto de cambio constitucional fracasó, luego de que la Corte Suprema de Justicia declarara la inconstitucionalidad del acto legislativo que convocaba a los colombianos a elegir la Asamblea Constitucional y declarara que la Constitución solamente podía ser reformada por el Congreso de la República.² Posteriormente, en el año de 1979, el Congreso aprobó una amplia reforma constitucional, referida fundamentalmente a la justicia y al Congreso, la cual fue nuevamente invalidada por la Corte Suprema de Justicia, con el argumento de que se había incurrido en distintos vicios en el trámite de la reforma.³

En el interregno, la crisis política del país se agudizaba día a día, con la exacerbación de la violencia protagonizada por los grupos guerrilleros, el narcotráfico, los grupos paramilitares, los organismos gubernamentales y la sociedad en general.⁴ Nuevos intentos de reforma

2 La convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente se realizó mediante el acto legislativo N° 2 de 1977. El texto de este acto se encuentra en: Restrepo Piedrahíta, Carlos (1986): Recopilación de actos legislativos 1914-1986 (Anexo a la obra Constituciones de Colombia de Pombo y Guerra). Biblioteca Banco Popular, tomo IV, pp. 210 y ss. La decisión de la Corte Suprema de Justicia se fundamentó en los artículos 13 del plebiscito de 1957 y 218 de la Constitución de 1886. El primero determinaba que "En adelante las reformas constitucionales solo podrán hacerse por el Congreso, en la forma establecida por el artículo 218 de la Constitución". Por su parte, el artículo 218 estableció: "La Constitución [...] solo podrá ser reformada por un Acto Legislativo, discutido primeramente y aprobado por el Congreso en sus sesiones ordinarias; publicado por el gobierno, para su examen definitivo en la siguiente legislatura ordinaria; por esta nuevamente debatido y, últimamente, aprobado por la mayoría absoluta de los individuos que componen cada Cámara..."

3 El texto de la frustrada reforma constitucional de 1979 se encuentra en el mencionado libro de Restrepo Piedrahíta, pp. 216 y ss.

4 Dugas (pp. 16 y ss.) sostiene que la crisis política podía sintetizarse en

institucional se emprendieron. En el año de 1988, los partidos Liberal y Conservador suscribieron el llamado Acuerdo de la Casa de Nariño, con el objeto de convocar a un referéndum para reformar la Constitución Política. En esta ocasión fue el Consejo de Estado el que determinó la nulidad del Acuerdo, precisamente con el mismo argumento acerca de que la Constitución solamente podía ser reformada a través del Congreso. En vista de ello, el Gobierno presentó un extenso proyecto de reforma constitucional al Congreso, el cual fue archivado finalmente, en 1989, luego de distintos enfrentamientos entre el Gobierno y el Congreso por causa de la insistencia de este en someter a referéndum el tema de la extradición de connacionales.⁵

A pesar de lo anterior, la idea acerca de la necesidad de una reforma constitucional continuó ganando terreno, impulsada por una mayor agudización de la violencia, por las propuestas de grupos ciudadanos —que obtuvieron su mayor expresión en el movimiento estudiantil por la séptima papeleta— y por las exigencias de organizaciones guerrilleras para culminar o iniciar procesos de paz.

Precisamente, en su estudio sobre la violencia en el país, la Comisión de Estudios sobre la Violencia llamaba a buscar en el país “un pacto democrático, que sirva de propulsor de las urgentes transformaciones democráticas que exigen nuestras instituciones políticas”,⁶ con el fin de poderle poner fin a la violencia política. Para ello formulaba diferentes propuestas de reforma constitucional, destinadas a hacer más incluyente el sistema político y a eliminar el abuso de los mecanismos de excepción.

De la misma manera, los grupos guerrilleros Movimiento 19 de Abril, Ejército Popular de Liberación, Partido Revolucionario de los Trabajadores y Movimiento Quintín Lame exigieron la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente para poder culminar o

dos elementos: la falta de credibilidad en las instituciones y la descomposición social acelerada que se reflejaba en la violencia multifacética que azotaba al país. Dugas, John: *La Constitución Política de 1991: ¿Un pacto político viable?*, en: Dugas, J. (comp) (1993): *La Constitución de 1991: ¿Un pacto político viable?* Universidad de los Andes, Bogotá, pp. 15-40. La percepción sobre la gravedad que había adquirido la violencia condujo a la convocatoria de estudios sobre el tema y a la consolidación de una rama de investigaciones en el país, la violentología. El estudio más conocido sobre el tema es el de “Colombia: violencia y democracia”, preparado por la Comisión de Estudios sobre la Violencia, en 1987, y publicado por la Universidad Nacional de Colombia, en Bogotá. En este escrito se hará mención a su cuarta edición, publicada en 1995.

5 Más sobre la trayectoria de los intentos de reforma durante el gobierno de Barco en Dugas, *pp. cit.*, pp. 19 y ss.

6 Comisión de Estudios sobre la Violencia (1995): *Colombia, violencia y democracia*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, pp. 51.

adelantar las negociaciones de paz. Como lo dice uno de los participantes en los procesos de negociación,

... el tema de la Asamblea Nacional Constituyente fue medular en las negociaciones, asumido con el claro concepto de que se quería propiciar un espacio de concertación de reformas más amplio que los acuerdos convenidos, de tal forma que las propuestas sobre cambio político e institucional del Estado hechas por los movimientos armados, incluyeran referencias y propuestas en derechos humanos, tratados en las instancias de la misma Constituyente.⁷

El mismo autor cita el siguiente aparte de la intervención de un delegado del EPL, en el cual plantea la importancia que ese movimiento le concedía a la Constituyente:

Desde mucho antes del inicio de este proceso de paz entre el Gobierno nacional y nosotros, que ha concluido satisfactoriamente, el EPL había planteado hace 7 años, en 1984, la necesidad de una Constituyente como mecanismo para sentar las bases de la paz y las reformas [...] Por eso, en el proceso actual fuimos casi obsesivos, desde un comienzo, para plantear siempre en alto el tema de la Constituyente, como el camino más expedito para abrir las compuertas de la paz. Y, cuando el país se movió para materializar esta idea, y cuando la idea se hizo realidad, nosotros supimos que las cartas estaban echadas, que el proceso era irreversible [...] El país necesitaba un escenario donde sus diversas corrientes ideológicas y políticas pudieran encontrarse para debatir, en un ambiente de tolerancia y respeto, sus distintas opiniones y proyectos, y para dar salida mancomunada a la evidente crisis nacional. Donde la política, o sea los problemas de la organización social, no fuera solo competencia de los políticos profesionales, sino también de todo ese país llamado nacional y de toda esa franja marginada de compatriotas.⁸

Ciertamente, en esos momentos, la realización de un proceso constituyente era vista como una condición indispensable para la obtención de la paz. Distintos documentos relacionados con el debate sobre la convocatoria dan fe de esta situación. Así, en la sentencia del día 24 de mayo de 1990, la Corte Suprema de Justicia expresó:

Los hechos mencionados demuestran a las claras que las instituciones tal como se encuentran diseñadas no son suficientes para enfrentar las diversas formas de violencia que tienen que encarar. No es que las instituciones se hayan convertido *per se* en factor de perturbación, sino que han perdido eficacia y se han vuelto inadecuadas [...] El clamor popular para que ocu-

7 Villarraga, Álvaro (2000): *Los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en los procesos de paz 1990-2000*. Dirección General para la Reinserción, Bogotá, 2000, p. 15.

8 Se trata del discurso de Bernardo Gutiérrez en el momento de integrarse a la Asamblea Nacional Constituyente, el día 7 de marzo de 1991. Ver Villarraga, *op. cit.*, pp. 16-17.

rra el fortalecimiento institucional es un hecho público y notorio que en derecho no requiere prueba; a favor de él se han manifestado los partidos políticos, los medios de comunicación, los estamentos universitarios y el pueblo en general, a través de la denominada “séptima papeleta”, en las elecciones del 11 de marzo de 1990 [...] El país ha venido reclamando el cambio institucional, aunque dentro de los cauces del orden jurídico, y ante el fracaso de los órganos del Estado responsables del mismo, ha venido pidiendo la conformación de una Asamblea Constitucional que pueda realizarlo. En las últimas elecciones populares lo manifestó así masivamente en las urnas, a pesar de que no tuvo el apoyo de los grupos políticos, ni del Gobierno. Este movimiento ha sido tan eficaz, que los mismos alzados en armas en todos los acuerdos que se vienen realizando con el Gobierno para poner fin a la subversión, han condicionado su reingreso a la vida civil a la realización de dicha Asamblea.⁹

Luego, el Gobierno mismo reconoció esta situación al dictar el Decreto de estado de sitio N° 1926 de 1990, mediante el cual se convocaba al pueblo para elegir los miembros de la Asamblea Constitucional. Dentro de los considerandos del decreto se señala:

Que es evidente que la convocación de una Asamblea Constitucional facilita la reincorporación de grupos alzados en armas a la vida civil, puesto que antiguos grupos guerrilleros, como el M-19, manifestaron como elemento trascendental para ese significativo paso, la posibilidad de participar en el seno de una Asamblea Constitucional y que otros grupos alzados en armas han manifestado formalmente su intención de acogerse al régimen civil por medio de su integración al proceso de cambio institucional a cargo de la Asamblea Constitucional, entre ellos el EPL, el Quintín Lame y el PRT [...] Que además de los grupos guerrilleros, diversas fuerzas sociales, incluidas aquellas que se encuentran marginadas o que desarrollan actividades de protesta en ocasiones por fuera de la ley, tendrán en la convocatoria de la Asamblea Constitucional y en el proceso de reforma para la adopción de nuevos derechos y de mecanismos eficaces para asegurar su protección, una oportunidad de vincularse a la vida democrática institucional, lo cual es necesario para alcanzar la convivencia pacífica de los colombianos.¹⁰

9 La sentencia revisó la constitucionalidad del decreto de estado de sitio 927 de mayo 3 de 1990, en el que se disponía que, en las elecciones presidenciales de 1990, la Registraduría Nacional del Estado Civil debía contabilizar las tarjetas electorales en las que los ciudadanos se pronunciaran acerca de la convocatoria de una Asamblea Constitucional. La sentencia se encuentra en SÁCHICA, Luis Carlos/Vidal Perdomo, Jaime (1991): *La Constituyente de 1991. Compilación y análisis histórico-jurídico de sus antecedentes y primeras decisiones*. Cámara de Comercio de Bogotá, tomo I, pp. 69 y ss. Los apartes citados se encuentran en las páginas 74 y 75.

10 El texto completo del decreto se encuentra en el mencionado libro de SÁCHICA/Vidal Perdomo, pp. 127 y ss. Los apartes citados se encuentran en las páginas 127 y 128.

La constitucionalidad del mencionado decreto fue analizada por la Corte Suprema de Justicia en su sentencia del día 9 de octubre de 1990. En esta providencia, la Corte modificó su jurisprudencia anterior, para aceptar que la Constitución fuera reformada por una vía distinta a la del Congreso de la República, es decir, por una Asamblea Nacional Constituyente. Para justificar esta decisión, la Corte argumentó nuevamente la necesidad de lograr la paz:

...el derecho no pertenece al ámbito de lo lógico ni el jurista debe limitarse a examinarlo como un simple conjunto de normas. Su ser ontológico se halla en el mundo de los valores y por lo tanto exige preguntarse sobre la utilidad o inutilidad de las normas jurídicas para realizar determinados fines que se juzgan valiosos para la comunidad [...] Uno de esos valores es la paz; no solamente reconocido universalmente como tal, sino expresamente mencionado en el preámbulo de nuestra Constitución [...] Así pues, tanto por razones filosóficas como jurisprudenciales, para definir si el Decreto 1926 de 24 de agosto de 1990 es constitucional no basta compararlo con los artículos 218 de la Constitución y 13 del plebiscito del 1º de diciembre de 1957 sino tener en cuenta su virtualidad para alcanzar la paz. Aunque es imposible asegurar que el mencionado decreto llevará necesariamente a la anhelada paz, no puede la Corte cerrar esa posibilidad.¹¹

Con base en el anterior planteamiento, la Corte estableció que la nación —en la cual residía la soberanía, de acuerdo con el artículo 2º de la Constitución de 1886— podía darse una nueva Constitución cuando lo considerara conveniente. Para ello no tenía que ceñirse a ningún requisito, dada su calidad de constituyente primario. Así, determinó que el artículo 218 solamente se refería a la forma en que debían tramitarse las reformas a la Constitución por parte del Congreso, y que este artículo no podía invalidar la convocatoria al constituyente primario, pues esta se regulaba por el artículo 2º de la Carta.¹²

Por todo lo anterior, la Constitución de 1991 fue concebida como un pacto político para la creación de un nuevo país. A esta visión contribuyeron su composición pluralista —a diferencia de los cuerpos monopartidistas que expidieron las Constituciones de 1863 y 1886, y la reforma constitucional de 1936— y el hecho de que en ella tuvieron una muy importante participación delegados provenientes de grupos guerrilleros desmovilizados, así como representantes de las organizaciones indígenas y de comunidades religiosas distintas a la católica.¹³

11 El texto de la sentencia se encuentra en el mismo libro de SÁCHICA/Vidal Perdomo, pp. 175 y ss. Los apartes citados se encuentran en las páginas 181-183. No sobra agregar que esta sentencia generó una gran controversia jurídica, la cual se mantiene hasta hoy.

12 *Ibid.*

13 La Asamblea contó con un total de 70 delegados, de los cuales 24 prove-

También incidió en esta percepción la forma en que se trabajó durante la Asamblea Nacional Constituyente, marcada por el ánimo de búsqueda del consenso y por la disposición para lograr compromisos.¹⁴ Por ello se consideró que la Constitución de 1991 sería un verdadero tratado de paz, del cual nacería una Colombia nueva.¹⁵

II. Los logros de la Constitución

La Constitución de 1991 intentó responder a problemas que han acompañado a la nación, incluso desde la época colonial, tales como el autoritarismo, la intolerancia religiosa, la discriminación étnica y cultural y los límites a la participación política de los ciudadanos. Para ello recogería distintos elementos propios del constitucionalismo contemporáneo. Entre las innovaciones introducidas por la Constitución es importante señalar las siguientes:

- a) La determinación de que Colombia es un Estado social democrático de derecho. De esta fórmula, tomada en Colombia fundamentalmente del constitucionalismo español y alemán, se deriva que el Estado colombiano debe ser respetuoso de los derechos y libertades de las personas —Estado de derecho—; que los titulares del poder político deben ser elegidos por el pueblo y que este tiene también el derecho de decidir sobre los asuntos de trascendencia para la comunidad —Estado democrático—; y que el Estado tiene la obligación de garantizar condiciones de vida dignas para todos los asociados —Estado social—. ¹⁶

nían del Partido Liberal, 19 de la Alianza Democrática M-19, 11 del Movimiento de Salvación Nacional, 9 del Partido Conservador, 2 de la Unión Patriótica, 2 de los grupos cristianos, 2 del movimiento indígena y 1 independiente. A este grupo se sumarían 4 delegados en representación del EPL (2), el PRT (1) y el Quintín Lame (1). Los dos últimos solamente contaron con derecho a voz.

14 Sobre este punto ver Dugas, John: El desarrollo de la Asamblea Nacional Constituyente, en: Dugas, J. (comp.) (1993): *La Constitución de 1991: ¿Un pacto político viable?* Universidad de los Andes, Bogotá, pp. 45-76, especialmente a partir de la página 69. Ver también Villarraga, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

15 Uribe (p. 193) señala incluso que a la nueva Constitución se le llegó a asignar un “carácter definitivamente fundacional”. Ver Uribe, María Teresa (2002): Las promesas incumplidas de la democracia participativa, en: Moncayo, Víctor *et al.*: *El debate a la Constitución*. Universidad Nacional/ILSA, Bogotá, pp. 191-208. Sobre este punto ver también el artículo de Dugas sobre la Constitución como un pacto político, pp. 24 y ss.

16 Sobre el significado del Estado social democrático de derecho, fórmula a la cual se hace usualmente mención como Estado social o Estado social de derecho, ver, entre otros, a Requejo Coll, Ferrero (1994): *Las democracias. Democracia antigua, democracia liberal y Estado de bienestar*. Editorial Ariel, Barcelona, capítulo 8; y Benda, Ernesto (1996): El Estado Social de Derecho, en: Benda, Ernesto *et al.*: *Manual de Derecho Constitucional*. Instituto Vasco de Administración Pública/Marcial Pons, Madrid, pp. 487-560.

- b) El establecimiento de un amplio catálogo de derechos fundamentales, que poseen el carácter de normas jurídicas. Ello significa que su cumplimiento puede ser exigido ante los jueces de la República, lo cual implica que los derechos fundamentales de las personas consagrados en la Constitución ya no constituyen simples propósitos o guías filosóficas que han de guiar la labor del Legislador, sino que son normas de obligatorio acatamiento por parte de las instituciones públicas e incluso de los particulares. Precisamente, este hecho es el que ha permitido que los derechos fundamentales de las personas hayan adquirido la potencialidad y el dinamismo que demuestran actualmente en la sociedad colombiana.

La importancia de haber definido que los derechos fundamentales contemplados en la Carta son normas jurídicas de aplicación inmediata se advierte al observar la Constitución de 1886. En ella, su título III estaba destinado a consagrar los derechos civiles y las garantías sociales de las personas. Sin embargo, en esa época imperaba el concepto de que los jueces no podían aplicar directamente la Constitución, sino la ley, razón por la cual esos derechos solamente regían en la medida en que lo regulara la ley. Por ello, se consideró necesario que la misma Constitución ordenara, tal como lo hizo en su artículo 52, que las disposiciones de este título fueran incluidas en el Código Civil, como título preliminar. Con ello se pretendía que, en el momento de dictar sus sentencias, los jueces tuvieran siempre en cuenta los derechos civiles y las garantías sociales contenidos en el mencionado Título III de la Constitución, como criterios de interpretación. A pesar de ello, esa sección de la Constitución no dejó de ser un simple anexo declarativo del Código Civil, sin mayores consecuencias reales.¹⁷ Prueba de ello es que el derecho de petición, contemplado en el artículo 45 de la Constitución de 1886, no tendría mayores desarrollos durante la vigencia de esa Constitución, y que luego de ser dictada la nueva Constitución se ha convertido en el derecho más reclamado ante los jueces, por vía de la acción de tutela.¹⁸

17 Sobre este artículo y sobre los debates de la época ver a Sanín Greiffenstein, Jaime (1971): *La defensa judicial de la Constitución*. Editorial Temis, Bogotá, pp. 103 y ss.; y a Samper, José María (1951): *Derecho público interno de Colombia*. Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, Tomo I, Bogotá, pp. 108-110.

18 De acuerdo con el estudio "Estadísticas sobre la acción de tutela", publicado en 1999 por la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura, el derecho de petición era el más invocado en las acciones de tutela instauradas ante los jueces. En el informe se señala que, entre 1995 y el primer semestre de 1999, el derecho de petición fue invocado en los siguientes porcentajes de las acciones de amparo: 1995: 18,7 %; 1996: 30,3 %; 1997: 27,2 %; 1998: 27,0 %; y primer semestre 1999: 15,3 %. Sobre este punto concluye el informe: "La violación

- c) La creación de una serie de instituciones y mecanismos destinados a velar por la vigencia y protección de los derechos de las personas. Es así como se da vida a instituciones como la Corte Constitucional y la Defensoría del Pueblo, y a mecanismos judiciales como la acción de tutela, las acciones populares y las acciones de cumplimiento.

Ciertamente, la existencia de estas instituciones y de las acciones judiciales ha sido fundamental para garantizar que los derechos de las personas tengan vigencia real y no se conviertan en simples normas de papel, como lo hacía temer la tradición jurídica colombiana. Es por eso que en los estudios y encuestas sobre la Constitución se señala siempre entre las instituciones más apreciadas por los colombianos a la acción de tutela — y, por ende, a la Corte Constitucional, tribunal que le ha dado a esta acción la dimensión que posee, a través de su interpretación constitucional de los derechos fundamentales— y a la Defensoría del Pueblo. Al respecto, basta con señalar que hasta julio de 2003 se habían instaurado más de 750.000 acciones de tutela en el país. Esta cifra permite apreciar la confianza que genera en los colombianos esta figura, como fórmula ágil y confiable de acceder a la justicia, un resultado muy positivo para un sistema político que intenta generar credibilidad en sus instituciones.¹⁹

- d) La determinación de que los tratados y convenios internacionales de derechos humanos ostentan un rango equivalente a las normas constitucionales, definición que ha conducido a que los tribunales colombianos apliquen esos tratados y la jurisprudencia

que se reclama del derecho de petición entre 1996 y 1998 representa anualmente cerca del 30 % del total de derechos que se consideran vulnerados. Esto indica que a pesar de que la Corte Constitucional desde un principio ha sido contundente en defender este derecho, las autoridades persisten en desconocerlo omitiendo completamente o demorando excesivamente la respuesta a tales peticiones o respondiendo de manera meramente formal pero no de fondo, lo que constituye también una vulneración de ese derecho” (p. 43).

19 En las evaluaciones sobre la Constitución siempre se ha resaltado la importancia de la acción de tutela. Así, en el informe preparado por el diario *El Colombiano*, de Medellín, el día 30 de junio de 1996, con motivo de los 5 años de vigencia de la Carta, se destacó el papel desempeñado por la tutela en la protección de los derechos de las personas. Luego, en el diario *El Tiempo* del día 4 de julio de 2001, en un informe preparado con ocasión de los 10 años de la Constitución, se señalaba que un 85 % de los colombianos consideraba que la tutela era una acción que funcionaba bien y, por lo tanto, se señalaba que esta acción era la figura reina de la Constitución de 1991. Distintos análisis sobre la labor de la Corte Constitucional y la acción de tutela se encuentran en el libro colectivo titulado *Jurisdicción constitucional en Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas*, publicado por la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura y la Fundación Konrad Adenauer, en 2001, Bogotá.

desarrollada por los organismos del sistema interamericano y del sistema universal.

Con base en distintos artículos de la Constitución,²⁰ la Corte Constitucional ha reconocido que los tratados internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario constituyen un parámetro de análisis dentro de los juicios de constitucionalidad. Para ello desarrolló la figura del bloque de constitucionalidad, de acuerdo con la cual la Constitución no se agota en su mismo texto, sino que existen otras normas, no incluidas dentro de ella, que forman parte de la misma. Con este desarrollo, la Corte Constitucional rompió con la jurisprudencia que había sido sostenida durante muchos años por la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que la violación de las normas contenidas en tratados internacionales de derechos humanos por parte de una ley nacional no constituía un motivo para declarar la inconstitucionalidad de la ley, por cuanto el juicio de constitucionalidad se limitaba simplemente a comparar las normas legales bajo examen con el texto de la Constitución.

Como consecuencia de lo anterior, durante este lapso se ha advertido que en sus sentencias los tribunales —fundamentalmente la Corte Constitucional— hacen cada vez más uso de los tratados internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. Igualmente, se ha reconocido una fuerza especial a los pronunciamientos expedidos por los organismos de los sistemas interamericano y universal de derechos humanos.²¹ Todo este desarrollo apunta hacia un mayor compromiso del Estado colombiano en el cumplimiento de las obligaciones que emanan de los tratados de derechos humanos y derecho internacional humanitario.²²

20 Se trata de los artículos 53, inciso 4, 93, 94 y 214, inciso 2.

21 Más sobre este tema en Uprimny, Rodrigo (2001): El bloque de constitucionalidad en Colombia, en: *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Tomo 1, Bogotá, pp. 97-154. Sobre la recepción de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ver Ayala Corao, Carlos (2001): Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional, en: *Jurisdicción constitucional en Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas*. Corte Constitucional/ Consejo Superior de la Judicatura/Fundación Konrad Adenauer, pp. 117-192. Ver especialmente las páginas 172 y ss.

22 Como parte de este compromiso, en el último tiempo se han dictado un número apreciable de leyes y decretos en materia de derechos humanos. Entre ellos se encuentran la Ley 288 de 1996, “por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicio a las víctimas de violaciones

- e) La determinación de que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (CP, art. 8). Este reconocimiento ha conducido, entre otras cosas, a otorgarle espacios propios de representación política a las comunidades indígenas y negras (CP, arts. 171 y 176, y Ley 649 de 2001); a admitir la existencia de una jurisdicción especial indígena (CP, art. 246); a garantizar que los territorios indígenas sean gobernados por las autoridades indígenas tradicionales (CP, art. 330); y a establecer que los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable (CP, art. 329), y que en las decisiones sobre la explotación de recursos naturales ubicados en territorios indígenas se deberá contar con la participación de los representantes de las comunidades (CP, art. 330).

El reconocimiento de que Colombia es un Estado pluriétnico y pluricultural ha sido de la mayor importancia. Es innegable que a partir de las normas constitucionales, de sus leyes reglamentarias y de la jurisprudencia constitucional se ha logrado incluir en el sistema político a sectores sociales que hasta entonces habían permanecido al margen de él.²³ Ello ha permitido, por ejemplo, que la cuestión indígena haya dejado de ser considerada como un mero problema de orden público, tal como ocurría en el pasado, para pasar a constituir un reto interesante en la construcción de la comunidad política.²⁴ Con ello se ha podido eliminar o canalizar institucionalmente

de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de derechos humanos". Ver el conjunto de estas disposiciones en la Compilación de normas nacionales de derechos humanos, publicada en 2003 por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Unión Europea.

23 En el campo electoral es importante resaltar que, si bien los movimientos indígenas tienen aseguradas dos bancas en el Senado de la República, en tres ocasiones han obtenido un escaño más, en franca competencia con todas las listas electorales. Este hecho, aunado a la conquista electoral de una gobernación departamental y a su presencia en asambleas departamentales, alcaldías y consejos municipales permite concluir que los movimientos indígenas se han ganado un espacio propio dentro del sistema político colombiano. Para más información y análisis sobre la actuación política y los resultados electorales de los movimientos indígenas ver Laurent, Virginia (2001): *Pueblos indígenas y espacios políticos en Colombia. Motivaciones, campos de acción e impactos (1990-1998)*. Bogotá, hectografía; y Peñaranda, Ricardo (2001): Los nuevos ciudadanos: las organizaciones indígenas en el sistema político colombiano, en: Gutiérrez, Francisco (comp.): *Degradación o cambio. Evolución del sistema político colombiano*. Editorial Norma, Bogotá, pp. 131-181.

24 Sobre los pueblos indígenas ver, entre otros, los siguientes escritos: Roldán, Roque (2000): *Pueblos indígenas y leyes en Colombia. Aproximación crítica al estudio de su pasado y su presente*. Tercer Mundo Editores, Bogotá; Sánchez, Esther (1998): *Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural*. Universidad Nacional, Bogotá; y Gros, Christian (1993): Derechos indígenas y nueva Constitución en Colombia, en: *Análisis Político*, Universidad Nacional-IEPRI, N° 19, pp. 8-24.

múltiples factores de conflicto que se tejían alrededor de la relación entre este sector social y la sociedad mayoritaria y las instituciones estatales.²⁵

- f) La adopción de fórmulas de descentralización, con las cuales se ha iniciado un proceso articulado de desmonte del centralismo impuesto en la Constitución de 1886. En este campo se fortaleció el ánimo descentralizador marcado por la reforma constitucional de 1986, que estableció la elección popular de alcaldes, al consagrarse también la elección popular de los gobernadores. De la misma manera, en la misma Constitución se estableció que un importante porcentaje de los recursos de la Nación debían ser transferidos a los departamentos y a los municipios y que a estos les correspondería asumir la prestación de los servicios de educación y salud y los demás que determinara la ley.²⁶

25 En realidad, en este campo se han presentado cambios trascendentales en la sociedad colombiana. Como ejemplo basta mencionar que las reivindicaciones indígenas enarboladas en el sur del país, a partir de 1910, bajo la dirección de Manuel Quintín Lame, fueron respondidas simplemente con la represión. El mismo Lame estuvo más de 200 veces en prisión por causa de sus luchas (ver el libro de Quintín Lame, titulado *En defensa de mi raza* —él mismo le había dado otro nombre: “Los pensamientos del indio que se educó dentro de las selvas colombianas” —, junto con la introducción de Gonzalo Castillo, publicado por la Rosca, Bogotá, 1971). Además, hoy serían impensables las manifestaciones de las personas que cometieron la masacre de La Rubiera, en las llanuras de Arauca, en 1967, en la cual fueron asesinados 16 indios cuiivas, entre ellos varios niños. Sobre ellos manifestó el juez que hizo las primeras diligencias: “encontré que tan pronto detuvimos a los acusados, estos hicieron una confesión plena de todo. Estimaban que su acto, tan repetido en ese medio, era una hazaña. Y un delincuente peligroso calla y oculta su delito, busca evadirse, y esta gente no”. Y en relación con la pregunta acerca de cómo juzgaban ellos el haber asesinado a los indígenas los colonos manifestaron en distintas declaraciones dentro del proceso: “Yo no creí que fuera malo ya que son indios. Los indios de allá claro que no son tan belicosos, a la gente no le hacen nada, pero sí matan los animales”; “Yo he oído decir que más antes don Tomás Jara dizque mandaba matar a los indios. Por eso ese día yo maté a esos indios porque sabía que el gobierno no los reclamaba ni hacían pagar el crimen que se cometía”; “Yo no sabía que eso era malo, que lo castigaban a uno, pues en caso contrario no lo hubiera hecho”. Los textos fueron extractados del sumario por Germán Castro Caycedo, quien los publicó en la crónica sobre La Rubiera, incluida en su libro *Colombia amarga*, editado por el Círculo de Lectores, en Bogotá.

26 Así lo establecieron los artículos 356 y 357 de la Constitución. Ellos fueron reglamentados a través de la Ley 60 de 1993. Con el argumento de la necesidad de responder a la crisis fiscal que azota a la Nación, el monto y ritmo de las transferencias a los departamentos y municipios fue reducido posteriormente, mediante el Acto Legislativo 01 de 2001, cuyas normas fueron reglamentadas mediante la Ley 715 de 2001. Es necesario precisar que en el tema regional existen todavía muchas carencias y retos por superar. Así, por ejemplo, no ha sido posible que el Congreso dicte una ley de ordenamiento territorial. También se puede observar que un gran número de departamentos y municipios han caído en la bancarota y que muchos alcaldes y gobernadores han sido separados de sus cargos por problemas de corrupción o de incompetencia.

- g) El propósito de abrir el espacio político a nuevos partidos y movimientos, para ponerle fin al monopolio que han ejercido los partidos Liberal y Conservador sobre la vida política del país. Para ello se introdujo el tarjetón electoral (CP, art. 258), con el fin de garantizar la transparencia y la igualdad de oportunidades en los procesos electorales; se determinó que los senadores serían elegidos en una circunscripción nacional (CP, art. 171), con lo cual se brindó oportunidades de acceso a esta cámara legislativa a grupos distintos a los liberales y conservadores; se establecieron normas laxas para la creación y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, para la presentación de candidatos a las elecciones y para la financiación del funcionamiento de los partidos y de las campañas electorales (CP, arts. 108, 109 y 111, y Ley 130 de 1994); se aseguró a determinados grupos sociales y políticos una representación mínima en el Congreso (CP, art. 176 y Ley 649 de 2001), etc. La normatividad relacionada con el sistema electoral y el sistema de partidos ha generado muchos problemas, dado que ha propiciado la desintegración de los partidos y movimientos políticos. Ello ha debilitado el Congreso y ha generado problemas de gobernabilidad, razón por la cual desde hace varios años existe certeza sobre la necesidad de hacer amplias reformas en estos campos. Con todo, es innegable que a partir de esas normas se ha logrado abrirle espacios a grupos distintos a los partidos Liberal y Conservador, a pesar de que ellos siguen dominado ampliamente el escenario político colombiano. En este punto es dicente que, en las elecciones parlamentarias de 2002, los partidos Liberal y Conservador obtuvieron en total 80 escaños en el Senado (el 78,4 %), al tiempo que los 22 escaños restantes fueron ocupados por candidatos ajenos a esos partidos.²⁷

27 Por eso, se puede observar un crecimiento en el número efectivo de partidos parlamentarios. En el periodo comprendido entre 1978 y 1990, este número osciló de la siguiente forma: 1978: 2,01; 1982: 2,04; 1986: 2,18; y 1990: 2,22. Luego, en 1991, fue de 2,54; en 1994: 2,33; en 1998: 2,49 y en 2002: 3,03. Al comparar el número efectivo de partidos en los periodos 1978-1990 y 1991-2002, se advierte fácilmente que el país ha abandonado el bipartidismo puro en el que se encontraba, si bien los dos partidos tradicionales conservan aún su predominio sobre la vida política del país. Importa aclarar que el número efectivo de partidos se calcula con base en la fórmula $1/\sum_{i=1}^n p_i^2$, donde p_i es igual al porcentaje de las curules del partido i y el número efectivo de partidos es la inversa de la sumatoria de los cuadrados de cada uno de los p_i . Ver al respecto a Arend Lijphart (1984): *Las democracias contemporáneas. Un estudio comparativo*. Editorial Ariel, Barcelona, pp. 120 y ss, quien toma la fórmula del artículo de Laakso, M./ Taagepera, T. (1979): "Effective" Number of Parties: A Measure with Application to West Europe, *Comparative Political Studies* 12, N° 1, pp. 3-27. La manera en que se obtuvieron estos datos es explicada en el texto de Jaramillo, Juan Fernando (coautor), titulado: "Colombia: el largo camino hacia la renovación

- h) La consagración de distintos mecanismos de participación popular, en consonancia con el principio de la soberanía popular, tales como el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato (CP, art. 103). De esta manera, se ha intentado extender la democracia más allá de los estrechos límites trazados por la democracia representativa, de manera tal que los ciudadanos obtengan mayores posibilidades de participar en las decisiones que afectan la vida colectiva.²⁸
- i) La determinación de que el Estado colombiano es neutral en materia religiosa,²⁹ principio que ha conducido a la expedición de una ley estatutaria sobre la libertad religiosa e, incluso, a la firma de un convenio con distintas iglesias de denominación no católica.³⁰

política”, en Tuesta, Fernando (ed.), *Sistemas electorales en la región andina (mecanismos, efectos y reformas)*, Bogotá: Parlamento Andino, 1999, pp. 43-64.

28 Con todo, debe advertirse que la experiencia con los mecanismos de participación ciudadana no ha arrojado hasta ahora resultados muy positivos, en lo que se refiere a la participación de las personas en los eventos. Así, por ejemplo, todos los procesos de revocatoria del mandato de alcaldes celebrados hasta el momento (5 en 1996; 3 en 1999; 3 en 2000 y 4 en 2003) han fracasado porque no se ha alcanzado el número de votos necesario para que la decisión tuviera valor.

29 Esta definición es de gran importancia, si se atiende a la historia del país. En el siglo XIX muchos países latinoamericanos procedieron a separar la Iglesia del Estado. Colombia, a pesar de haberlo hecho en un primer momento, se apartó posteriormente de esta tendencia y, en la Constitución de 1886, determinó, en su artículo 38, que “La Religión Católica, Apostólica, Romana es la de la Nación; los Poderes Públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social [...]”. Si bien esta norma fue derogada en la reforma constitucional de 1936, la Iglesia Católica continuó teniendo un tratamiento privilegiado, a través del concordato. Para obtener una visión histórica sobre el debate ideológico en el siglo XIX en Latinoamérica y, por lo tanto, sobre el papel de la Iglesia en la sociedad y la política, ver Romero, José Luis (2001): *Situaciones e ideologías en América Latina*. Universidad de Antioquia, Medellín. Sobre este mismo punto, pero en Colombia, ver la recopilación de escritos de Jaramillo Uribe, Jaime, contenidos en sus libros *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*, Editorial Temis, Bogotá, 1982, y *La personalidad histórica de Colombia y otros ensayos*, Instituto Colombiano de Cultura, Bogotá, 1977. Sobre el papel de la Iglesia Católica en la política colombiana ver, entre otros, a Abel, Christopher (1987): *Política, Iglesia y partidos políticos en Colombia*. Universidad Nacional, Bogotá; La Rosa, Michael (2000): *De la derecha la izquierda. La Iglesia Católica en la Colombia contemporánea*. Editorial Planeta, Bogotá. Krummiede, Heinrich (1980): *Politik und katholische Kirche im gesellschaftlichen Modernisierungsprozess: Tradition und Entwicklung in Kolumbien*. Hoffman und Campe, Hamburg.

30 La ley es la 133 de 1994. Su examen previo de constitucionalidad fue realizado por la Corte Constitucional, en su sentencia C-088 de 1994. El convenio al que se hace referencia es el “Convenio de derecho público interno entre el Estado colombiano y algunas entidades religiosas cristianas no católicas”, promulgado mediante el Decreto 354 de 1998.

Además, con fundamento en esta decisión constitucional, la Corte Constitucional ha dictado diferentes sentencias reafirmando el carácter laico del Estado. Así, por ejemplo, en la sentencia C-350 de 1994, la Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 2º de la ley 1ª de 1952, que ordenaba que cada año se renovara la consagración oficial de la República al Sagrado Corazón de Jesús, por cuanto ello vulneraba la igualdad de las religiones y la definición pluralista del Estado colombiano. Igualmente, en su sentencia T-352 de 1997, la Corte determinó que la Dirección de Impuestos debía tratar en igualdad de condiciones a todas las iglesias y que, por lo tanto, no debía exigirle a una iglesia una declaración de ingresos y patrimonios, puesto que la Iglesia católica no tenía la obligación de presentarla. De la misma manera, en su sentencia T-568 de 1998, la Corte estableció que el aplazamiento de la prestación del servicio militar obligatorio debía operar en forma igual para todos los estudiantes de los centros de formación religiosa, independientemente de la religión que profesen.

- j) La imposición de estrictos límites a la figura de los estados de excepción, con lo cual se puso fin al hábito inveterado de gobernar con facultades propias de los estados de excepción, con todas las consecuencias que ello acarrea en relación con los derechos y las libertades de los ciudadanos y con la asunción de poderes excepcionales por parte del Ejecutivo.³¹

Con el fin de ejercer un mejor control sobre ellos, en la Constitución se establecieron tres tipos de estado de excepción, a saber: el estado de guerra exterior, el estado de conmoción interior y el estado de emergencia económica, social o ecológica. Adicionalmente, la Carta dispuso una serie de limitaciones sobre los distintos estados. Así, en el caso de los estados de guerra exterior y de conmoción interior se determinó que durante su vigencia no podían suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales, y que en ellos regirían todas las reglas del derecho internacional humanitario. Igualmente, al estado de conmoción interior se le fijó un límite temporal, al establecerse que no podrá regir por un término

31 En su discurso de instalación de la Constituyente, en 1991, el presidente Gaviria advertía sobre los graves problemas que representaba el abuso de la figura del estado de sitio: "Frecuentemente he manifestado mi descontento con la situación actual. Tenemos el peor de los mundos: un Estado de Sitio que desprestigia nuestra democracia por su carácter permanente y por su afinidad nominal con los regímenes de ley marcial, pero, al mismo tiempo, un Estado de Sitio que ha perdido su fuerza coercitiva, su capacidad de intimidación, su efectividad para restablecer el orden público". Ver Sáchica/Vidal Perdomo, *op. cit.*, p. 279. Sobre este punto ver también a Gallón Gustavo (1979): *Quince años de estado de sitio en Colombia: 1958-1978*. Editorial América Latina, Bogotá.

mayor de 270 días. Finalmente, para los tres estados se estableció que el Gobierno debía enviar a la Corte Constitucional todos los decretos que dictara en uso de las facultades extraordinarias, para el control de constitucionalidad respectivo.³²

Precisamente a partir de la última limitación, la Corte Constitucional dispuso, en la sentencia C-004 de 1992, que ella también estaba autorizada para juzgar la constitucionalidad de los decretos que declaran los estados de excepción.³³ Con base en esta facultad, la Corte ha declarado la inconstitucionalidad de varios decretos legislativos que declaran el estado de excepción. Así ocurrió con la sentencia C-300 de 1994, donde se determinó la inconstitucionalidad del Decreto 874 de 1994, que declaraba el Estado de Conmoción Interior; con la sentencia C-466 de 1995, que estableció la inconstitucionalidad del Decreto 1370 de 1995, que declaraba también el Estado de Conmoción Interior; y con la sentencia C-122 de 1997, que determinó la inconstitucionalidad del Decreto 080 de 1997, que declaró el Estado de Emergencia Económica y Social.³⁴

- k) El establecimiento de un control judicial sobre la actividad de los congresistas, a través de la introducción de la figura de la pérdida de investidura y de la sustitución de la inmunidad parlamentaria por un fuero de juzgamiento de los congresistas ante la Corte Suprema de Justicia. Este control judicial sobre los políticos se ha convertido en un sustituto del control que debían ejercer los

32 Los estados de excepción fueron reglamentados mediante la Ley 137 de 1994, sobre la cual efectuó la Corte Constitucional la revisión previa de constitucionalidad mediante la sentencia C-179 de 1994.

33 Esta decisión ha generado distintas polémicas, la más fuerte de ellas con ocasión de la declaración de Estado de Conmoción Interior efectuada mediante el Decreto 1837 del 2002. Por eso, en la sentencia C-802 del 2002, la Corte se ocupó ampliamente con este tema, para reafirmar su atribución para juzgar materialmente sobre las declaraciones de estados de excepción. Para el debate sobre este tema son de interés los siguientes artículos: Cifuentes, Eduardo (1996): Los estados de excepción en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: control del abuso de la discrecionalidad, en: Combellas, Ricardo: *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*. Fundación Konrad Adenauer *et al.*, Caracas, vol. II, pp. 975-1000; y Piquero, Felipe (2000): Control de constitucionalidad y responsabilidad política. El manejo del orden público en el caso colombiano, en: Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano. Edición 2000. Fundación Konrad Adenauer y Ciedla, Buenos Aires, pp. 333-353.

34 También es importante tener en cuenta que en la sentencia C-122 de 1999, la Corte determinó la constitucionalidad del Decreto 2330 de 1998, que declaró el Estado de Emergencia Económica y Social, pero le fijó un amplio número de restricciones. Luego, en la sentencia C-327 de 2003, dispuso que era inconstitucional la prórroga del Estado de Conmoción Interior que había sido ordenada a través del Decreto 425 de 2003. En total, hasta mediados del año 2003, la Corte se ha pronunciado en 11 ocasiones acerca de decretos legislativos que declaran el estado de excepción.

ciudadanos sobre aquellos, dada la carencia de elementos institucionales y culturales que favorezcan procesos de rendición de cuentas —o *accountability*—, en los cuales los ciudadanos puedan observar, juzgar y determinar si sancionan políticamente a sus representantes por la actividad desarrollada.

Los dos mecanismos han resultado muy eficaces. Es así como, hasta abril de 2003, el Consejo de Estado —el tribunal supremo de lo contencioso-administrativo en el país— había decretado la pérdida de investidura para 42 congresistas. Por su parte, la determinación de que los delitos de los congresistas serán juzgados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha facilitado el juzgamiento de los parlamentarios, como bien lo demuestra el denominado proceso 8.000, mediante el cual fueron condenados muchos parlamentarios por sus relaciones con el narcotráfico.³⁵

- 1) El reconocimiento de la necesidad de tomar medidas que conduzcan a lograr la igualdad efectiva de derechos para las mujeres. Este propósito ha conducido a la expedición de distintas leyes en favor de las mujeres, tal como ha ocurrido con las leyes 82 de 1993, dirigida a prestar un apoyo especial a las mujeres cabeza de familia; 258 de 1996, que establece una serie de condiciones para la enajenación de la vivienda familiar, con lo cual se pretende proteger el patrimonio de la familia, en favor de la mujer y los hijos; 294 de 1996, luego reformada por la 575 de 2000, orientada a prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar; 581 de 2000, más conocida como Ley de Cuotas; 750 de 2000, por medio de la cual se expiden normas en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario para las mujeres cabeza de familia; 731 de 2002, que contempla una serie de normas para favorecer a las mujeres del campo; y 764 de 2002, con el fin de establecer sueldos para las madres comunitarias que dependen del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.³⁶

35 La figura de la pérdida de investidura ha generado muchas reticencias y observaciones por parte del Congreso de la República, el cual ha tratado en varias ocasiones de regularla con más precisión y de limitar sus alcances. Así lo hizo en las leyes 5ª de 1992, 144 de 1994 y 200 de 1996, en aparcés que fueron declarados inconstitucionales por la Corte Constitucional, en sus sentencias C-319 de 1994, C-247 de 995 y C-037 de 1996, respectivamente. Sobre esta figura ver Rojas, Danilo (1995): La jurisprudencia sobre pérdida de la investidura de congresistas, en: *Pensamiento Jurídico*, No. 2, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, pp. 169-177. Ver también Chinchilla, Tulio (1995): *Comentarios al Título VI de la Constitución*. Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá.

36 Con anterioridad se había dictado la Ley 54 de 1990, que define las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial de los compañeros permanentes. Además, a partir de 1991 se han aprobado la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (aprobada mediante la Ley 248 de 1995) y la Convención de las Naciones Unidas contra la

III. Las frustraciones de la constitución y las propuestas de enmienda

Con todo, ciertamente muchas de las esperanzas depositadas en la Constitución se han visto defraudadas.³⁷ Así, para todos es evidente que la paz no se ha obtenido y que, incluso, el conflicto armado se ha degradado más y más, con todas sus repercusiones negativas sobre los derechos de las personas, tal como se percibe, por ejemplo, en el carácter de catástrofe humanitaria que ha asumido el desplazamiento forzado de personas en el país. Al mismo tiempo, a pesar de que durante el primer lustro de los noventa se obtuvieron avances en la lucha contra la pobreza y la desigualdad, esos progresos se perdieron en la segunda mitad de la década, luego de las crisis económica y política que experimentó el país;³⁸ igualmente, no se han observado cambios significativos en la participación política, bien sea en el campo de las elecciones o en el de los mecanismos de la democracia participativa:³⁹ tampoco se ha consolidado un tercer partido, mientras que el Congreso y los partidos políticos continúan generando una gran desconfianza y se percibe que la corrupción se extiende más y más, etc.⁴⁰

Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas (aprobada mediante la Ley 800 de 2003).

37 (N. del E.) Esta tesis también es sostenida por el autor en “La Constitución de 1991: un análisis de sus aportes desde una perspectiva histórica” y “La Constitución de 1991 en Colombia: la revolución de los derechos” (ver pp. 28-61 y 62-84, respectivamente).

38 Ver al respecto el estudio “10 años de desarrollo humano en Colombia”, publicado, en 2003, por el Departamento Nacional de Planeación, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, la Agencia Colombiana de Cooperación Internacional y el Programa Nacional de Desarrollo Humano, en Bogotá.

39 Las esperanzas cifradas en la Constitución otorgaban un papel protagónico en la construcción del nuevo país a la democracia participativa. En ella se depositaron realmente muchas ilusiones, llegando algunos incluso a pensar que haría innecesaria la democracia representativa. Sin embargo, los resultados en este campo han sido muy magros. Por una parte, la recurrente abstención electoral no ha disminuido, a pesar de que se pensaba que ese debía ser el resultado natural de la mayor credibilidad de las instituciones y del mayor interés ciudadano en la participación política. Por otra parte, como se señaló atrás, los mecanismos de participación popular no han sido particularmente exitosos hasta el momento. Además, a pesar de las ilusiones y esfuerzos emprendidos, la movilización social y el desarrollo de un sistema de veeduría de la sociedad sobre el Estado no se han cristalizado. Un análisis muy interesante sobre las frustradas expectativas en la democracia participativa se encuentra en el artículo de Uribe, *op. cit.*

40 El artículo de Uprimny, Rodrigo (2001): Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnóstico y perspectivas, en: Moncayo *et al.*: *El debate a la Constitución*. Universidad Nacional/ILSA, Bogotá, pp. 55-72, diserta sobre las causas de las promesas incumplidas de la Constitución de 1991.

Algunos han planteado que los problemas señalados se deben a las deficiencias de la Constitución de 1991. Quizás el crítico más enconado de la Constitución ha sido el exministro del Interior y la Justicia, quien en un artículo reciente acerca de la Constitución y la economía señaló que la fórmula del Estado social de derecho constituía “uno de los elementos claves de nuestras presentes desventuras”. De acuerdo con el autor, la Constitución se llenó de derechos, pero nadie se interesó en estudiar la naturaleza de esos derechos y las consecuencias que tenían sobre el manejo real de la economía. Esos derechos fueron aplicados por la Corte Constitucional en sus sentencias de tutela —“la nunca bien lamentada tutela”—, con lo cual “sucesiva e indefinidamente, viene la marcha inexorable de la estupidez judicial, que ignorando todo en materia económica se volvió el factor esencial de la economía”. Por eso, en este punto el ensayista concluye:

El Estado social de derecho, esa entelequia que preside toda la Constitución de 1991, condena este país a la disolución. El Estado providencia, que es en últimas en lo que consiste, aderezado con el gobierno económico de los jueces, fue una receta que no resistieron los países más ricos de la tierra y tuvieron que salir a corregirla con gobiernos conservadores realistas y sensatos. Y cuando eso ocurría en el mundo, los constituyentes del 91 condenaron sin piedad a este pobre país a manejar semejante esferpento.

Luego, el escritor afirma que la Constitución de 1991 “es incompatible con la iniciativa privada y con la conformación de empresas de todos los tamaños a través de las que se exprese la libertad individual”, y que Colombia se convirtió en el único país del mundo que acompaña a Cuba en el establecimiento de la planificación centralizada de la economía. Todo ello, a pesar de que asevera que la Constitución no tiene una línea y finalidad única, por cuanto los constituyentes se hicieron concesiones recíprocas, razón por la cual “en la Constitución hay de todo para todos los gustos, así sean los más opuestos e incompatibles”. Por todo lo anterior, el autor concluye:

Nuestra Carta ha sido pieza fundamental para fortalecer la subversión, para multiplicar la corrupción, para desordenar e inflar el paquidermo estatal, para neutralizar los poderes públicos y, finalmente, como en algunas pinceladas he querido explicar, para construir la más grande fábrica de miseria que pudiera concebirse, diría parodiando la obra de Mendoza, Montaner y Vargas Llosa. Cuando alguien decida hacer algo serio para rescatar a Colombia del abismo al que ha sido arrojada, no podrá soslayar el ineludible desafío de romper en mil pedazos ese traje de arlequín que costureros tan ineptos tejieron en las deplorables jornadas del primer semestre de 1991, año sin gracia y para siempre de triste recordación.⁴¹

41 Ver Londoño Hoyos, Fernando (2001): La economía en la Constitución de

Otro crítico muy fuerte de la Constitución de 1991 ha sido el exmagistrado Vallejo, si bien él reconoce que era necesario actualizar la Constitución de 1886 y que el nuevo ordenamiento ofrece aciertos puntuales. En un artículo escrito con ocasión de los 10 años de la Constitución asevera que en la Constitución se incorporaron concepciones propias del mundo anglosajón, no aptas para Colombia, que han conducido a otorgarle demasiados poderes a los jueces —y entre ellos a la Corte Constitucional—, lo cual ha conducido a una hiperconstitucionalización de la vida política y social del país y a una nueva forma de despotismo ilustrado. En su escrito afirma:

La Constitución no solo no ha afianzado la paz ni profundizado la democracia participativa, que fueron los propósitos con que se la alentó, sino que ha generado nuevos traumatismos en el discurrir de nuestra sociedad [...] En suma, es muy discutible que la Constitución haya hecho de la nuestra una democracia más representativa y transparente, en la que el poder fluya de la entraña popular y penetre las estructuras del Estado de modo que estas respondan más adecuadamente a las demandas comunitarias. Además, los resultados de la Constitución se traducen en un crecimiento excesivo de los entes públicos y, por lo tanto, de la burocracia estatal, pero no en un Estado más eficiente.

Y como colofón manifiesta:

La Constitución de 1991 contiene elementos susceptibles de hacer del nuestro un país ingobernable. Esa ingobernabilidad se manifiesta a ojos vistas. Por consiguiente, se hace menester que se piense en una revisión a fondo que debe hacerse al “Estatuto del Revólcon”, que incluya la pulida general que recomienda el fiscal Gómez Méndez, y el rediseño de las instituciones básicas del Estado al tenor no solo del arte de lo justo y lo bueno, sino también del arte de lo posible.⁴²

Otras críticas han sido menos radicales y se han dirigido más hacia puntos específicos, tales como que la Constitución ha hecho ingobernable el país, por cuanto eliminó la posibilidad de que el Ejecutivo

1991, en: *Revista Javeriana*, Universidad Javeriana, N° 678, tomo 137, pp. 639-648.

42 Vallejo Mejía, Jesús (2001): Reflexiones críticas sobre la Constitución de 1991, en: Charry, Juan Manuel et al.: *La Constitución por construir. Balance de una década de cambio institucional*. Universidad del Rosario/Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política. Bogotá, pp. 166-178. Es interesante resaltar que este autor considera también que con la Constitución se ha generado un choque entre la herencia cristiana del país y las concepciones liberales que han sido asumidas por la Corte Constitucional: “La Constitución se resiente de la fisura ideológica que enfrenta a la civilización occidental consigo misma. Sus intérpretes aspiran a desarrollarla a partir de las categorías ideológicas del liberalismo contemporáneo, que son los que campean en universidades o cortes norteamericanas y europeas, pero desconocen y hasta desafían el espíritu público que en muchas partes, sobre todo entre nosotros, se mantiene fiel al legado cristiano”.

acudiera al antiguo estado de sitio para obtener las facultades extraordinarias necesarias para enfrentar la violencia;⁴³ que ha permitido que los jueces adquieran mucho poder, en desmedro del Ejecutivo y el Legislativo; que atomizó los partidos políticos; que generó un excesivo crecimiento del sector público y de la burocracia; que algunas de las instituciones creadas no son funcionales, como se ha afirmado acerca de la Comisión Nacional de Televisión, del Consejo Superior de la Judicatura, etc.

Sin duda alguna, la Constitución tuvo distintos problemas en su diseño. Por ejemplo, es claro que las normas reguladoras de las elecciones y los partidos políticos, lo mismo que del funcionamiento del Congreso, han presentado muy serias deficiencias, lo cual ha conducido a la casi total desintegración de los partidos políticos, a dificultades para la gobernabilidad y a un más profundo desprestigio de los partidos y movimientos políticos y del Congreso.⁴⁴ Por eso, entre 1995 y 2002

43 Así, por ejemplo, Jaime Vidal Perdomo sostiene —en su artículo titulado “El Sistema presidencial colombiano a la luz de la Constitución de 1991, publicado en el libro citado de Charry, Juan Manuel *et al.* (2001, pp. 166-178): “...frente a la barbarie de la guerra revolucionaria indefinida y a la no menor que la reacción contra ella ha provocado, el Estado no ha dispuesto de armas jurídicas para hacer frente a semejantes desafíos, o disminuir la intensidad de los mismos, o disuadirlos en parte [...] La realidad colombiana muestra, ante propios y extraños, una dolorosa experiencia de indefensión del Estado de derecho y de la sociedad frente a las fuerzas irregulares armadas, lo cual genera muy justificadas preocupaciones jurídicas. [...] El Estado colombiano ha salido debilitado de las disposiciones y de la interpretación práctica de las normas del Estado de conmoción interior, para actuar ante la guerra indefinida que ha quedado después del fracaso de la toma del poder por la revolución imitadora de la cubana, creando una preocupante indefensión de la sociedad y del Estado de derecho” (pp. 177-178).

44 El número de partidos y movimientos políticos con personería ha tenido un fuerte incremento. Así, mientras en 1990 tenían personería jurídica 8 partidos o movimientos, en 1991 fueron ya 22, cifra que pasó a 54 en 1994, a 80 en 1998 y a 75 en 2002. Ello, aunado al hecho de que los Partidos Liberal y Conservador avalan numerosas listas para las elecciones de asambleas representativas, ha conducido a que en las elecciones se presenten cada vez más listas, lo que ha implicado que el proceso de elección sea cada vez más complejo para el votante. A manera de ejemplo, para las elecciones para el Senado de la República, que consta de 102 miembros y se elige en una circunscripción única nacional, se presentaron 143 listas en 1991, 251 en 1994, 318 en 1998 y 321 listas en el año 2002. Eso ha significado que el número de senadores elegidos por obtención del cuociente sea muy reducido (en 1991: 42; en 1994: 14; en 1998: 8 y en 2002: 12) y que los congresistas actúen de manera individualizada, con lo cual se debilita la posición del Congreso frente al Gobierno. Sobre estos temas ver, entre otros, el texto de Jaramillo, *op. cit.*, y los artículos de Eduardo Pizarro titulados “La reforma política: el dilema entre incorporación y gobernabilidad”, publicado en la *Revista Foro*, N° 41, Bogotá, pp. 99-110; y “La atomización partidista en Colombia: el fenómeno de las microempresas electorales”, incluido en el libro de Gutiérrez, Francisco (comp.): *Degradación o cambio. Evolución del sistema político colombiano*. Editorial Norma, Bogotá pp. 357-395, ambos del año 2001.

se tramitaron 7 propuestas de reforma a la Constitución en los asuntos políticos, todas las cuales fracasaron.⁴⁵ Sin embargo, recientemente el Congreso aprobó —de manera sorpresiva para los colombianos, en vista de los precedentes fallidos— una reforma política constitucional, que, entre otros puntos, endurece los requisitos para la obtención de la personería jurídica para los partidos y movimientos políticos; obliga a los partidos y movimientos políticos a regirse en sus actuaciones por principios democráticos y a organizarse en bancadas dentro del Congreso; determina que en las elecciones populares solamente se puede presentar un candidato o lista por partido o movimiento político; establece un sistema electoral en el que se incluye el método de la cifra repartidora, un umbral de representación y la posibilidad de que cada partido o movimiento político establezca, autónomamente, que su lista puede ser modificada por los sufragantes a través del voto preferente, y modifica la forma de elección de las cabezas de la organización electoral. Además, en el mes de octubre de 2003, se votará sobre un referendo de iniciativa presidencial, en el que están incluidos distintos temas de reforma política constitucional, tales como la reducción del número de congresistas, la determinación de que la administración del Congreso no puede ser llevada por los congresistas, sino que debe ser adelantada por una entidad autónoma de este, y una serie de normas referidas a puntos similares a los ya aprobados mediante la reforma constitucional a la que se hizo referencia.⁴⁶

Igualmente, la Constitución no estableció en relación con la Fuerza Pública las disposiciones necesarias para adaptarla a la nueva fórmula de Estado, razón por la cual fue la Corte Constitucional la que tuvo que

45 El presidente Samper le presentó al Congreso dos proyectos y el presidente Pastrana 1. Luego, este último presidente convocó a un referendo para la reforma política, propuesta que retiró ante la dura reacción que generó en el Congreso la norma que revocaba el mandato a los parlamentarios. Después, el texto del referendo fue retomado por organizaciones sociales para la convocatoria de dos referendos, pero ambos intentos fallaron por no poder reunir el número de firmas necesario. Finalmente, en las postrimerías del gobierno de Pastrana se tramitó otro proyecto por iniciativa parlamentaria, pero también fue frustrado. El itinerario de los proyectos de reforma constitucional presentados al Congreso por los presidentes Samper y Pastrana, hasta 1998, se encuentra en Roll, David (1999): Ingeniería institucional y dinámica del cambio político en Colombia, a propósito de la propuesta de reforma política que intentó el gobierno Pastrana, en: *Pensamiento Jurídico*, N° 11, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, pp. 9-182.

46 El texto del referendo fue aprobado por el Congreso mediante la Ley 796 de 2003. En su examen de la ley, la Corte suprimió algunos artículos que consideró inconstitucionales. Varias de las normas del referendo se contradicen con lo aprobado en la reciente reforma constitucional. Por eso, habrá que esperar su resultado para conocer definitivamente cuál es el régimen constitucional para los partidos, las elecciones y el Congreso.

emprender esa tarea a través de sus sentencias.⁴⁷ De la misma manera, parece imprescindible reflexionar acerca de la conveniencia de reformar algunas instituciones contempladas en la Constitución, al igual que introducir enmiendas que permitan asegurar de manera más clara un núcleo esencial de los derechos sociales y económicos de las personas. Además, sería importante meditar acerca del régimen de gobierno del país, con el objetivo de diseñar un modelo que favorezca más la gobernabilidad y el consenso programático. En este sentido, sería conveniente introducir en Colombia la discusión que se dio en muchos países latinoamericanos acerca de la necesidad de introducir el parlamentarismo o de modificar los regímenes presidenciales.

A pesar del reconocimiento anterior, es indudable que la Constitución de 1991 constituye un muy destacado hito político-jurídico en la historia de Colombia. Ella ha producido importantísimas transformaciones en el país, en la medida en que, entre otras cosas, puso el aseguramiento de los derechos y las libertades de las personas como el propósito central de la actividad del Estado, hizo esfuerzos importantes por democratizar la política colombiana, incluyó distintos sectores de la población dentro de la sociedad política, y procuró expandir el campo de aplicación del ideal democrático. Si bien estas transformaciones no han sido suficientes para obtener la paz, constituyen un requisito indispensable para poder acceder a ella. En efecto, por encima de todos los problemas señalados, es importante reconocer que a través de la Constitución de 1991 se ha logrado que el sistema político del país sea más representativo e incluyente, y que goce de una mayor credibilidad ante los colombianos.

Por eso, en la actual coyuntura política es necesario entrar a defender las conquistas obtenidas con la Constitución, en contra de algunos planteamientos o propuestas presentadas para reformarla. Así, por ejemplo, en varias ocasiones se ha planteado fusionar la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, al igual que restaurar la figura del Estado de Sitio, propia de la Constitución de 1886. De la misma manera, el Gobierno presentó un proyecto de reforma constitucional —finalmente derrotado— que contemplaba la penalización del consumo de la droga, la eliminación de las personerías, el debilitamiento del sistema de carrera administrativa y el reforzamiento de la posición del Gobierno nacional en frente del Congreso.

47 Así ocurrió, por ejemplo, con el tema de la obediencia debida (sentencia C-578 de 1995), con el fuero penal militar (sentencia C-387 de 1997) y con la ley para la defensa y seguridad nacionales (sentencia C-251 de 2002). Sobre este tema ver el escrito de Gallón, Gustavo (2001): *Fuerza pública y Constitución de 1991*, en: Moncayo *et al.*: *El debate a la Constitución*. Universidad Nacional/ILSA, Bogotá, pp. 243-270.

También se han registrado diversos proyectos para limitar los alcances de la tutela y las facultades la Corte Constitucional. Precisamente, el Gobierno actual ha anunciado un proyecto de reforma constitucional a la justicia que incluye normas de este tipo y que, de resultar aprobado, cercenaría muchos de los logros obtenidos a través de la Constitución. Entre las propuestas contenidas en el proyecto con relación a la acción de tutela se encuentran la de eliminar el amparo contra sentencias y la de prohibir que los jueces impongan a las autoridades públicas “obligaciones de imposible cumplimiento” (sic) o que supongan alterar las leyes, ordenanzas o acuerdos del Plan de Desarrollo o del Presupuesto nacionales, departamentales o territoriales. Además, el proyecto establece que la ley establecerá taxativamente los casos en los que procederá la acción de tutela contra particulares. En cuanto a la Corte Constitucional, el proyecto dispone que este Tribunal no podrá pronunciarse sobre el contenido material de los decretos legislativos que declaran la ocurrencia de los estados de excepción y que, dentro de los procesos de tutela, la Corte no podrá fallar, en ningún caso, sobre sentencias de otras autoridades judiciales, a menos que se constate un error manifiesto. De la misma manera, en el proyecto se indica que, salvo en los procesos de tutela, la Corte debe abstenerse de dictar órdenes de cualquier clase y que cuando dé órdenes dentro de procesos de tutela habrá de verificar que las personas a las cuales se dirijan dispongan de los recursos materiales y de la posibilidad jurídica de cumplir con ellas. También establece que para declarar la inconstitucionalidad de un acto legislativo o de un acto con fuerza de ley será necesario contar con una mayoría calificada de los magistrados de la Corte, que el Tribunal no podrá extender sus fallos a normas que no hayan sido objeto de acusación expresa, ni modificar la redacción de las normas sujetas a su examen, ni ampliar o reducir el círculo de personas o eventos a las que tales normas se apliquen.⁴⁸

De la misma manera, el Congreso tramita los últimos debates de un proyecto de reforma constitucional que determina que una ley estatutaria reglamentará la forma en que las autoridades administrativas,

48 La versión definitiva del proyecto de reforma constitucional aún no ha sido dada a conocer públicamente, aun cuando ya se ha discutido con las Altas Cortes. El día 30 de julio de 2003, la Corte Constitucional expidió un comunicado, en el que afirma su rechazo al proyecto, puesto que este “acaba con los mecanismos de protección de los derechos constitucionales y deja a los colombianos indefensos frente a la arbitrariedad”. De acuerdo con el comunicado, “el proyecto elimina la eficacia de la acción de tutela [...] impide que la Corte Constitucional defienda la supremacía de la Carta y protege a las personas contra actos arbitrarios y abusos del poder, al restringir drásticamente sus competencias” y “propone reformas que atentan contra la autonomía e independencia de la rama judicial”.

en casos de terrorismo, podrán detener personas, allanar residencias e interceptar la correspondencia y las comunicaciones sin necesidad de orden judicial previa. El proyecto contempla también una norma que concede facultades de policía judicial a miembros de la Fuerza Pública, una atribución que desde hace mucho tiempo es reclamada por las Fuerzas Militares.⁴⁹

Los proyectos de reforma que han sido mencionados tienden a suprimir avances obtenidos en materia de protección de los derechos de las personas y de aseguramiento de la vigencia del principio de separación de los poderes. Por eso, es necesario oponerse a estas propuestas, que tienden a desmontar logros de la Constitución que son fundamentales para asegurar el camino de la paz, puesto que esta solamente podrá afianzarse en un régimen que garantice todos los derechos y las libertades de los colombianos.

IV. Una reflexión final: la Constitución de 1991 y las posibles negociaciones de paz

En el presente escrito se ha manifestado que la Constitución de 1991 ha arrojado resultados muy positivos en lo que se refiere al aseguramiento de los derechos de las personas, a la democratización del sistema político y de la sociedad y a la inclusión en la comunidad política de grupos que hasta hace pocos estaban marginados. Si bien estos logros no han sido suficientes para obtener la paz en el país, sí son elementos fundamentales para poder acceder a ella. Por eso, en el artículo se concluye que la Constitución debe ser defendida en contra de muchos planteamientos que abogan por derogarla o por modificarla en aquellos temas donde más avances se han logrado.⁵⁰ Todo ello, a pesar de que se reconoce que la Constitución presenta algunos aspectos problemáticos, que merecen ser reformados.

En vista de lo anterior, la pregunta que surge es cuál habrá de ser el papel de la reforma constitucional dentro de un eventual proceso de paz. Este interrogante conduce a precisar si hacia el futuro se debe tener siempre en perspectiva la necesidad de una nueva Asamblea Nacional Constituyente, como componente indispensable de la agenda de paz. Al respecto es importante anotar que durante las anteriores negociaciones de paz se aceptaba de manera general que ellas habrían

49 Este proyecto fue aprobado definitivamente a finales de diciembre de 2003.

50 (N. del E.) Esta conclusión es reiterada por el autor en los artículos “La Constitución de 1991: un análisis de sus aportes desde una perspectiva histórica” y “La Constitución de 1991 en Colombia: la revolución de los derechos” (ver pp. 28-61 y 62-84, respectivamente).

de terminar en una nueva Constituyente. Por eso, en ocasiones se escucharon planteamientos acerca de que algunas propuestas de reforma constitucional habían de postergarse, dado que el conjunto de las enmiendas constitucionales habría de producirse al final de las negociaciones, como resultado de ellas.

Al respecto parece que lo más apropiado es independizar la agenda de reforma constitucional de la dinámica de las negociaciones de paz. Varias razones sustentan esta afirmación. La primera de ellas es la total incertidumbre que existe alrededor de la posibilidad de llegar a un acuerdo de paz en un futuro cercano. Si ello es así, no parece adecuado postergar las decisiones constitucionales en espera de unas hipotéticas negociaciones.

Lo anterior se justifica aún más si se tiene en cuenta que, tal como se señaló anteriormente, hay algunos temas sobre los cuales existe algún acuerdo acerca de la necesidad de impulsar distintas reformas constitucionales. El trámite de estas enmiendas no debe depender de que se cristalice un eventual proceso de paz.

Por otra parte, la actual Constitución contiene definiciones e instituciones que deben defenderse a toda costa, y que no deben considerarse como negociables dentro de un acuerdo de paz. Así ocurre, por ejemplo, con la determinación de que el Estado colombiano es un Estado social democrático de derecho, con la adopción del pluralismo como principio rector, con las instituciones y acciones destinadas a garantizar las libertades y los derechos, con los propósitos democráticos contemplados en la Constitución, etc. Sobre estos puntos, que constituyen el corazón de la Constitución en lo referido a los idearios liberal y democrático, solamente cabría pensar acerca de cómo podrían desarrollarse mejor a través de la ley y de las políticas públicas.

De esta manera, el espacio de reforma constitucional en caso de llegarse a un acuerdo de paz se restringiría fundamentalmente a tres puntos, los cuales no tendrían que ser trabajados necesariamente al nivel de una Asamblea Nacional Constituyente y no significarían una revisión completa de la Constitución de 1991. El primero se refiere al aseguramiento constitucional de unos mínimos en punto a los derechos sociales, económicos y culturales de las personas, lo cual exigiría hacer precisiones acerca de la materialización de la fórmula del Estado social. El segundo se limitaría a reformar el diseño de algunas instituciones. Y, finalmente, el tercero se referiría a la creación de mecanismos específicos que aseguren a los grupos guerrilleros que ingresen a la vida política institucional una participación determinada en el poder político nacional y regional, durante un tiempo dado. Sin embargo, en este punto habría que tener en cuenta la necesidad de impedir que personas que hayan sido vinculadas a crímenes de guerra o de lesa humanidad

puedan llegar a acceder a cargos de gobierno o de representación política. Evidentemente, ello puede representar un serio obstáculo para las negociaciones, pero constituye la única forma de responder a la doctrina y la jurisprudencia internacionales sobre la materia y de poder dotar de legitimidad el pacto de construcción del nuevo sistema político.

Bibliografía

- Abel, Christopher (1987): *Política, Iglesia y partidos políticos en Colombia*. Universidad Nacional, Bogotá.
- Arend, Lijphart (1984): *Las democracias contemporáneas. Un estudio comparativo*. Editorial Ariel, Barcelona.
- Ayala Corao, Carlos (2001): Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional, en: *Jurisdicción constitucional en Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas*. Corte Constitucional/ Consejo Superior de la Judicatura/Fundación Konrad Adenauer.
- Benda, Ernesto (1996): El Estado social de derecho, en: Benda, Ernesto *et al.*: *Manual de Derecho Constitucional*. Instituto Vasco de Administración Pública/Marcial Pons, Madrid.
- Chinchilla, Tulio (1995): *Comentarios al Título VI de la Constitución*. Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá.
- Cifuentes, Eduardo (1996): Los estados de excepción en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: control del abuso de la discrecionalidad, en: Combellas, Ricardo: *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*. Fundación Konrad Adenauer *et al.*, Caracas, vol. II.
- Comisión de Estudios Sobre la Violencia (1995): *Colombia, violencia y democracia*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura (1999): *Estadísticas sobre la acción de tutela*. Bogotá.
- Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura y la Fundación Konrad Adenauer (2001): *Jurisdicción constitucional en Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas*. Bogotá.
- Corte Constitucional, sentencia C-088 de 1994.
- Corte Constitucional, sentencia C-319 de 1994.
- Corte Constitucional, sentencia C-247 de 1995.
- Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996.
- Corte Constitucional, sentencia C-122 de 1999.
- Corte Constitucional, sentencia C-802 del 2002.
- Corte Constitucional, sentencia C-327 de 2003.
- Departamento Nacional de Planeación, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, la Agencia Colombiana de Cooperación

- Internacional y el Programa Nacional de Desarrollo Humano (2003): *10 años de desarrollo humano en Colombia*. Bogotá.
- Dugas, John (1993): La Constitución Política de 1991: ¿Un pacto político viable?, en: Dugas, J. (comp.): *La Constitución de 1991: ¿Un pacto político viable?* Universidad de los Andes, Bogotá.
- Gallón, Gustavo (1979): *Quince años de estado de sitio en Colombia: 1958-1978*. Editorial América Latina, Bogotá.
- Gallón, Gustavo (2001): Fuerza pública y Constitución de 1991, en: Moncayo et al.: *El Debate a la Constitución*. Universidad Nacional/ILSA, Bogotá.
- Gros, Christian (1993): Derechos indígenas y nueva Constitución en Colombia, en: *Análisis Político*, Universidad Nacional-Iepri, N° 19.
- Jaramillo Uribe, Jaime (1977): *La personalidad histórica de Colombia y otros ensayos*. Instituto Colombiano de Cultura, Bogotá.
- Jaramillo Uribe, Jaime (1982): *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*. Editorial Temis, Bogotá.
- Jaramillo, Juan Fernando (coautor) (1999): Colombia: el largo camino hacia la renovación política (coautor), en Tuesta, Fernando (ed.), *Sistemas electorales en la región andina (mecanismos, efectos y reformas)*. Bogotá: Parlamento Andino.
- Krummwiede, Heinrich (1980): *Politik und katholische Kirche im gesellschaftlichen Modernisierungsprozess: Tradition und Entwicklung in Kolumbien*. Hoffman und Campe, Hamburg.
- La Rosa, Michael (2000): *De la derecha la izquierda. La Iglesia Católica en la Colombia contemporánea*. Editorial Planeta, Bogotá.
- Laurent, Virginia (2001): *Pueblos indígenas y espacios políticos en Colombia. Motivaciones, campos de acción e impactos (1990-1998)*. Bogotá, hectografía.
- Londoño Hoyos, Fernando (2001): La economía en la Constitución de 1991, en: *Revista Javeriana*, N° 678, tomo 137.
- Peñaranda, Ricardo (2001): Los nuevos ciudadanos: las organizaciones indígenas en el sistema político colombiano, en: Gutiérrez, Francisco (comp.): *Degradación o cambio. Evolución del sistema político colombiano*. Editorial Norma, Bogotá.
- Piquero, Felipe (2000): Control de constitucionalidad y responsabilidad política. El manejo del orden público en el caso colombiano, en: *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*. Edición 2000. Fundación Konrad Adenauer y Ciedla, Buenos Aires.
- Pizarro, Eduardo (2001): La atomización partidista en Colombia: el fenómeno de las microempresas electorales, en el Gutiérrez, Francisco (comp.): *Degradación o cambio. Evolución del sistema político colombiano*. Editorial Norma, Bogotá.
- Pizarro, Eduardo (2001): La reforma política: el dilema entre incorporación y gobernabilidad, en *Revista Foro*, N° 41, Bogotá.
- Requejo Coll, Ferrero (1994): *Las democracias. Democracia antigua, democracia liberal y Estado de bienestar*. Editorial Ariel, Barcelona.

- Restrepo Piedrahita, Carlos (1986): *Recopilación de actos legislativos 1914-1986 (Anexo a la obra Constituciones de Colombia de Pombo y Guerra)*. Biblioteca Banco Popular, tomo IV.
- Rojas, Danilo (1995): La jurisprudencia sobre pérdida de la investidura de congresistas, en: *Pensamiento Jurídico*, No. 2, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- Roldán, Roque (2000): *Pueblos indígenas y leyes en Colombia. Aproximación crítica al estudio de su pasado y su presente*. Tercer Mundo Editores, Bogotá.
- Roll, David (1999): Ingeniería institucional y dinámica del cambio político en Colombia, a propósito de la propuesta de reforma política que intentó el Gobierno Pastrana, en: *Pensamiento Jurídico*, N° 11, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- Romero, José Luis (2001): *Situaciones e ideologías en América Latina*. Universidad de Antioquia, Medellín.
- Sáchica, Luis Carlos y Vidal Perdomo, Jaime (1991): *La Constituyente de 1991. Compilación y análisis histórico-jurídico de sus antecedentes y primeras decisiones*. Cámara de Comercio de Bogotá, tomo I.
- Samper, José María (1951): *Derecho público interno de Colombia*. Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, Bogotá, tomo I.
- Sánchez, Esther (1998): Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural. Universidad Nacional, Bogotá.
- Sanín Greiffenstein, Jaime (1971): La defensa judicial de la Constitución. Editorial Temis, Bogotá.
- Uprimny, Rodrigo (2001): Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnóstico y perspectivas, en: Moncayo *et al.*: *El debate a la Constitución*. Universidad Nacional/ILSA, Bogotá.
- Uprimny, Rodrigo (2001): El bloque de constitucionalidad en Colombia, en: *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, tomo 1.
- Uribe, María Teresa (2002): Las promesas incumplidas de la democracia participativa, en: Moncayo, Víctor *et al.*: *El debate a la Constitución*. Universidad Nacional/ILSA, Bogotá.
- Vallejo Mejía, Jesús (2001): Reflexiones críticas sobre la Constitución de 1991, en: Charry, Juan Manuel *et al.*: *La Constitución por construir. Balance de una década de cambio institucional*. Universidad del Rosario/Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política, Bogotá.
- Villarraga, Álvaro (2000): *Los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en los procesos de paz 1990-2000*. Dirección General para la Reinserción, Bogotá, 2000.

PARTE 2. SISTEMAS ELECTORALES COMPARADOS

**2.1. El régimen electoral colombiano
y sus posibles reformas**

**2.2. La reforma de la organización
electoral colombiana**

2.3. Los órganos electorales supremos

**2.4. La reelección presidencial inmediata
en Colombia**

2.1. El régimen electoral colombiano y sus posibles reformas

Este artículo fue inicialmente publicado en *Revista de la Fundación Foro Nacional por Colombia*, 27, 1995, pp. 21-32.

En los días anteriores entró en actividad la Comisión de Reforma Política convocada por el Gobierno nacional. La comisión, que está integrada por representantes de los partidos políticos, de las universidades y de organizaciones sociales, tiene por objeto hacer propuestas concretas de reforma sobre los temas de los partidos políticos y del Congreso y demás cuerpos colegiados. Estas propuestas serán presentadas al Congreso de la República, y será el que definitivamente decida sobre ellas.

Al tiempo en que fue constituida la Comisión de Reforma Política se conformó también un grupo integrado por miembros de la Cámara de Representantes, el cual se ha puesto también como misión elaborar una serie de propuestas de enmienda política. Un grupo similar ha sido convocado igualmente en el Senado de la República.

Dentro de los temas de discusión en los planes de reforma ocupan un lugar destacado los puntos relacionados con la materia electoral. Partiendo de esa base, este artículo busca identificar una serie de temas relacionados con esta materia que han sido objeto de debate durante el último tiempo para luego expresar nuestra opinión con respecto a ellos. Para ello, haremos inicialmente unas pequeñas diferenciaciones conceptuales, para luego describir el régimen electoral del país y pasar luego a concentrarnos en los puntos que han venido siendo materia de discusión.

1. Régimen electoral: derecho, organización y sistema electorales

Para empezar, es importante hacer algunas delimitaciones conceptuales que nos permitirán acceder más fácilmente a la materia objeto de este artículo.

Por régimen electoral entendemos todas las regulaciones referidas a la temática electoral, sin hacer diferenciación alguna. Es decir, este es un término genérico. Dentro de él cabe precisar áreas distintas, las cuales son las de derecho, organización y sistema electorales.

Bajo el término de derecho electoral se cobijan las normas que señalan cuáles son los derechos de las personas en lo relacionado con su participación en la designación de gobernantes y representantes. Más concretamente, el derecho electoral define quién puede elegir y quién puede ser elegido y señala si el voto es universal, igual, directo, secreto y obligatorio o no.

Por su parte, la organización electoral se circunscribe a la administración de los comicios, tarea que abarca las actividades preparatorias del debate electoral, las elecciones mismas y los actos posteriores a ellas. Ella comprende, pues, la elaboración del censo electoral, el proceso de inscripción de partidos y de candidatos, la regulación y control de las campañas electorales, la financiación de los partidos políticos, la organización de la distribución y recuento de los votos, la proclamación de los candidatos elegidos, la resolución de los conflictos surgidos a raíz de las elecciones, etc.

Finalmente, el término sistema electoral hace referencia a los procedimientos por medio de los cuales los ciudadanos ejercen su derecho de sufragio y los votos se transforman en escaños. Este ámbito de la materia electoral se ocupa, entonces, de cuatro puntos: el procedimiento de votación (voto único o múltiple, voto preferencial, etc.); las formas de la candidatura (listas cerradas y bloqueadas/no bloqueadas, listas abiertas, etc.); la (posible) subdivisión de la zona electoral en circunscripciones electorales (circunscripciones uninominales o plurinominales y las varias formas que asumen estas últimas); y las normas o procedimientos para la atribución de escaños (procedimiento d'Hondt, de cociente electoral, etc.). El debate acerca de los sistemas de elección mayoritario y proporcional que, en últimas, se reduce a la discusión sobre los principios de representación mayoritaria y proporcional y a sus múltiples formas de materialización, se da justamente al interior de esta área del campo electoral.¹

2. Descripción del régimen electoral colombiano

Derecho electoral

Desde hace ya varias décadas, el derecho electoral colombiano ha acogido los llamados principios básicos del derecho moderno del sufragio, como son el voto universal (desde 1936 para los varones y desde 1957

1 Ver sobre este tema, a Nohlen, Dieter (1986): *La reforma electoral en América Latina. Seis contribuciones al debate*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Centro de Asesoría y Promoción Electoral (IIDH-Capel), San José de Costa Rica; Nohlen, Dieter (1981): *Sistemas electorales mundo*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

también para las mujeres), el voto directo (desde 1945 para todas las elecciones), el voto secreto (desde 1853) y el voto igual.

En estos puntos, pues, la Carta de 1991 no introdujo mayores cambios, aun cuando sí cabe agregar que el campo de aplicación del sufragio se extendió al consagrarse constitucionalmente la elección popular de los gobernadores y de los miembros de las juntas administradoras locales, así como la participación de los colombianos en el extranjero en la elección del Senado.

Asimismo, se conservó el principio del sufragio facultativo, si bien el artículo 258 constitucional abrió las puertas para el establecimiento mediante ley del sufragio obligatorio, al señalar que el voto “es un derecho y un deber ciudadano”.

Entre los puntos que representan una gran innovación en este campo estarían los relacionados con el establecimiento de diversos mecanismos de participación popular, tal como fue contemplado en el artículo 103 de la Constitución, reglamentado por la ley estatutaria sobre mecanismos de participación ciudadana (Ley 134 de 1994); la introducción de una larga lista de causales de inhabilidad e incompatibilidad para los congresistas o los aspirantes a serlo; el establecimiento de la doble nacionalidad; la creación de una instancia externa de control sobre los parlamentarios, representada en el Consejo de Estado y en los procesos de pérdida de la investidura; y, finalmente, la autorización constitucional al legislador —en el parágrafo del art. 98— para que fije la edad mínima necesaria para el ejercicio de la ciudadanía.

Organización electoral

Con la nueva Carta se le dio rango constitucional al tema de la organización electoral, el cual era hasta entonces solamente objeto de regulación legal. Igualmente, en la nueva Constitución se le asignó a las entidades de administración electoral la calidad de órganos autónomos e independientes del Estado, aparte de los tres poderes públicos clásicos (arts. 113 ss.).

El modelo de organización electoral existente proviene del esquema trazado por la Ley 89 de 1948, con una Corte Electoral —hoy Consejo Nacional Electoral— a la cabeza, que actúa como una especie de junta directiva de la organización electoral, y la Registraduría Nacional del Estado Civil, que es el organismo que realiza las tareas prácticas de organización electoral.

Sin embargo, la nueva Constitución modificó un punto esencial del esquema, referido a la composición del Consejo Nacional Electoral: desde la Ley 89 de 1948 venía rigiendo un principio de paridad en la organización electoral. Así, la Corte Electoral fue siempre integrada

exclusivamente y en forma paritaria por los liberales y conservadores. Solo hasta la Ley 23 de 1979 se abrió un espacio —por cierto, mínimo— a un representante de un tercer partido. En la nueva Constitución se respondió a las críticas que se formulaban alrededor de este punto, consagrando que los integrantes del Consejo Nacional Electoral continuarían siendo designados por el Consejo de Estado, de ternas presentadas por los partidos y movimientos políticos, y de manera tal que la composición de aquel habría de reflejar la composición política del Congreso (art. 264). Cabe agregar, además, que en la nueva ley de partidos se contempla que dos de los miembros del Consejo representarán a los partidos de oposición con las mayores votaciones que no hubieran alcanzado a tener representación en el Consejo ni estén participando en el Gobierno (art. 36, Ley 130 de 1994).

Muchas de las funciones que ahora le han sido asignadas constitucionalmente a los organismos de administración electoral ya venían siendo desempeñadas por estos —por mandato del código electoral (Decreto 2241 de 1986), de las Leyes 62 de 1988 y 6a. de 1990 (reformas de aquel) y de la ley de partidos anterior (Ley 58 de 1985)— aun cuando ha de recalcar que en los recientemente dictados estatutos básico de los partidos y movimientos políticos y leyes sobre instituciones y mecanismos de participación ciudadana y sobre el voto programático se contemplan una serie de tareas adicionales.

Para finalizar este aparte es importante mencionar la figura del Veedor del Tesoro, creada por el artículo transitorio 34 β de la Constitución, y la cual fue concebida para un periodo de tres años para impedir el desvío de los recursos del Tesoro hacia las campañas políticas. La institución desapareció en agosto del año pasado, a pesar de las peticiones para que fuera consagrada de manera permanente.

Sistema electoral

Hasta la Ley 7a. de 1932 rigieron para las elecciones parlamentarias sistemas de representación por mayoría. Desde 1932 ha tenido vigencia, exceptuando los años 1951-1953 y el periodo del Frente Nacional —en el cual el sistema se aplicó solo al nivel de la competencia intrapartidaria— el principio de la representación proporcional.

- a) Forma de la candidatura y procedimiento de votación: desde 1932 las listas son cerradas y bloqueadas, de manera que el sufragante no puede introducir ninguna modificación en ellas. El sufragante tiene solamente un voto por cada corporación pública por elegir. La Constitución introdujo el sistema de las boletas oficiales —el tarjetón— para todas las elecciones. Anteriormente las papeletas eran elaboradas y distribuidas a los ciudadanos por los mismos

partidos políticos, método este muy criticado por atentar contra el secreto del voto y por desfavorecer a los partidos menores.

- b) Circunscripciones: para el Senado existen una circunscripción única nacional, donde se eligen 100 senadores, y una circunscripción nacional indígena en la que se eligen 2 senadores más.

La Cámara de Representantes continúa siendo elegida en circunscripciones territoriales equivalentes a los departamentos. Cada departamento tiene una representación básica de dos representantes, además de la que le corresponde por su población.

La Constitución autorizó también la creación de hasta 5 escaños adicionales para la representación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos, de las minorías políticas y de los colombianos residentes en el exterior. Esta posibilidad ha sido utilizada hasta ahora solamente para el caso de las minorías negras, a las cuales se les adjudicaron dos escaños en esta cámara legislativa (Ley 70 de 1993).

- c) Procedimiento para la distribución de los escaños: se aplica el sistema del cociente electoral con residuos mayores, para todas las circunscripciones. El método del cociente fue introducido por la Ley 7a. de 1932 y ha regido casi ininterrumpidamente, aun cuando con diversas modalidades, de acuerdo con las variaciones que le han introducido sistemas como el de la votación mínima o medio-cociente, el de la acumulación de residuos, el HagenbachBischoff y el de los residuos mayores.

Muy importante de destacar dentro de este contexto es que el procedimiento de distribución de los escaños se viene realizando sobre las listas y no por partidos, según decisión vigente del Consejo de Estado. Esta situación, sumada a la falta de reglamentación de la vida interna de los partidos —ahora prohibida expresamente en la Constitución— ha impulsado la ya tradicional fragmentación de los partidos y la proliferación de listas.²

3. Puntos de debate para la reforma:

Entre los temas que más se han debatido están los siguientes:

2 Para más detalles sobre estos puntos y su desarrollo histórico ver, entre otros: Jaramillo, Juan/Franco, Beatriz (1993): Colombia, en: Nohlen, Dieter (coord.): *Enciclopedia electoral latinoamericana y del Caribe*. IIDH, San José de Costa Rica, pp. 135-182; Delgado, Oscar (1991): "Régimen y sistema electoral en la Constitución de 1991", en: *Revista Javeriana* No. 579, Bogotá, pp. 237-275; González, Fernán (1978): "Legislación y comportamiento electorales: evolución histórica", en: *Controversia*, Nos. 64-65, Cinep, Bogotá, pp. 1-59.

- a) Las inhabilidades e incompatibilidades: la nueva Constitución introdujo una larga lista de causales de inhabilidad e incompatibilidad de los congresistas o de los aspirantes a serlo. Estas causales tuvieron como objetivo eliminar fuentes de corrupción y nepotismo, así como dedicar a los congresistas exclusivamente a su función de representación.

En el Congreso se han levantado ya diversas voces contra el catálogo de inhabilidades e incompatibilidades. En la Ley 84 de 1993 se introdujeron dos artículos con los que se intentaba limitar los efectos de esas normas, pero fueron declarados inconstitucionales, como la mayor parte de esa ley.

En la actualidad cursa en el Congreso un proyecto de acto legislativo dirigido también a modificar ese catálogo de inhabilidades e incompatibilidades. El proyecto ya cumplió con su primer debate en comisión.

Este es un tema que va a seguir siendo objeto de discusión en el futuro. Pensamos que la existencia de ese estatuto de inhabilidades e incompatibilidades puede contribuir a depurar el Congreso y a evitar que se presenten conductas reprobables por parte de los parlamentarios. Por eso, habrá de observarse con mucho detenimiento los intentos de reformar estas normas, bajo el convencimiento de que para la democracia y para el Congreso es mejor que algunas de ellas sean exageradas a que se sigan dando las irregularidades que se presentaban en el pasado.

- b) La pérdida de la investidura: el establecimiento de este control judicial sobre la actividad de los congresistas ha suscitado desde un principio fuertes controversias entre el Congreso y el Consejo de Estado. Recordemos las reacciones en el Congreso cuando este órgano judicial decidió que el proceso de pérdida de investidura se podría adelantar incluso sin que se hubiera reglamentado legalmente la materia. Igualmente, vale la pena traer a la memoria que en el reglamento del Congreso —la Ley 5a. de 1992— se consagró, en normas declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional, que la desinvestidura solo procedería cuando existiera sentencia penal previa. Esta misma disposición y otra serie de limitaciones al proceso de desinvestidura fueron incorporadas a la Ley 144 de 1994, ley que el Consejo de Estado se ha negado a aplicar en esos apartes, argumentando que son inconstitucionales.³

3 Más sobre la figura de la pérdida de investidura en: Rojas, Danilo (1995): La jurisprudencia sobre pérdida de la investidura de congresistas, en: *Pensamiento Jurídico*, No. 2, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, pp. 169-177. Ver también Chinchilla, Tulio (1995): Comentarios al Título VI de la Constitución. Aparecerá

Hasta ahora se han dictado 12 sentencias de pérdida de investidura. Ello nos permite concluir que a través de esta figura va a ser posible establecer un control real a las múltiples irregularidades que se han venido presentando desde hace muchos años en el Congreso. Eso es conveniente para la misma relegitimación del Parlamento, pues lo que más ha alejado a los ciudadanos de esta institución ha sido precisamente la falta de sanción a los actos irregulares de sus integrantes. La pérdida de investidura ha sido una de las grandes innovaciones de la Carta y sería inconcebible que se pensara en suprimirla.

- c) Los colombianos residentes en el extranjero: la Constitución le abrió las puertas a los colombianos residentes en el extranjero para que participen en la actividad política nacional. Así, como vimos antes, se dispuso en su artículo 176 que la ley podría crear un(os) escaño(s) adicionales en la Cámara de Representantes para asegurar la participación de los colombianos residentes en el exterior. Sin embargo, este artículo no ha sido reglamentado legalmente en lo referido a ellos.

De otra parte, la Constitución señaló en su artículo 171 que los colombianos residentes en el exterior podrían votar para las elecciones de senadores. A pesar de ello, este derecho les fue negado por la Ley 84 de 1993, mediante un artículo que, como la mayor parte de esa ley electoral, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional (sentencia C-145 de 1994). Con todo, esta sentencia fue dictada luego de haberse celebrado las elecciones parlamentarias y en ella se aclaró que sus efectos regirían únicamente hacia el futuro. En este punto cabría, entonces, pensar en la posibilidad de que se cree legalmente la circunscripción para los colombianos en el extranjero y que el Consejo Nacional Electoral reglamente la participación futura de los mismos en las elecciones para senadores.

- d) Voto obligatorio: este es un tema que se discute recurrentemente en el país. No habiendo sido posible llegar a un acuerdo sobre este punto en la Constituyente, se decidió que fuera la ley la que tomara la decisión sobre este punto.

La permanente discusión acerca de la implantación del voto obligatorio está relacionada con las ascendentes tasas de abstención electoral, fenómeno que se esperaba poder contrarrestar con la nueva Constitución, pero que, en contra de lo presupuestado, ha acelerado su crecimiento. El cuadro 1 nos ilustra acerca del desarrollo de la abstención en los últimos años:

próximamente en el Manual de la Constitución que será publicado por la Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana.

CUADRO I

Abstención Electoral en Colombia 1980-1994 (en porcentaje sobre potencial de votantes)

	1980	1982	1984	1986	1988	1990	1991	1992	1994
Senado	----	59,0	----	57,5	----	44,5	63,5	----	67,3
Cámara Repr.	----	59,0	----	56,4	----	45,4	64,1	----	67,3
Presidente	----	50,2	----	54,4	----	56,5	----	----	65,8 (1v) 56,4 (2v)
Regionales-locales*	66	59,0	62	56,4	32,6	41	----	56,9	n,d.
Alcalde	----	----	----	----	33,3	42	----	78,1	56,7
Gobernador	----	----	----	----	----	----	63,3	----	60,7

* La cifra corresponde a la elección con menor grado de abstención.
No se incluyen las elecciones para consejos intendenciales ni comisariales.

Argumentos jurídicos y políticos hablan a favor y en contra de la adopción de la obligatoriedad del voto. Mientras por un lado se arguye que los derechos de los ciudadanos tienen que ir acompañados de deberes para con la comunidad, como el de participar en la vida política, por el otro lado se considera que en esta materia el ciudadano debe contar con entera libertad para decidir si vota o se abstiene.

Igualmente, algunos piensan que con el voto obligatorio se podría depurar el sistema político, en la medida en que un altísimo número de electores iría a las urnas sin tener relaciones clientelistas con los caudillos políticos. En oposición, otros opinan que el ingreso a la actividad electoral por parte de un gran número de personas que no tendrían mayor interés por la política pero que van a sufragar para evitarse las sanciones, podría volver muy inestable el sistema político y el sistema de partidos.

Por nuestra parte, pensamos que el establecimiento de la obligatoriedad del voto podría dinamizar el sistema político. Posiblemente animaría el interés por los procesos electorales —partimos de la base de que los más de los abstencionistas no lo son por convicción y que el deber de votar los introduciría en la práctica electoral— y ayudaría a desclientelizar la política del país. Con todo, antes de pensar en su introducción habría que observar si el Estado está en condiciones de controlar el cumplimiento del deber de votar.

Organización electoral

- a) El Consejo Nacional Electoral: la fórmula actual de integración del Consejo Nacional Electoral surgió como respuesta a la urgencia de terminar con el dominio bipartidista sobre la organización electoral. El sistema vigente había sido propuesto desde la misma Co-

misión de Estudios sobre la Violencia, para darle ingreso a otras fuerzas al escenario político.⁴

Es importante reflexionar acerca de si el nuevo modelo de integración responde a la necesidad de dotar a la organización electoral de la credibilidad que requiere para garantizarle a los partidos contendientes la transparencia de los procesos electorales. Por nuestra parte, consideramos que con la nueva fórmula se ha politizado en demasía la integración del Consejo. Así, vemos como ya se ha dado el hecho —entre 1992 y 1994— de que un partido obtenga la mayoría de los puestos en él. Y si bien una hegemonía partidaria dentro del Consejo no puede presentarse en razón de la mayoría calificada que exige el código electoral para la toma de decisiones, sí se puede dar que un partido evite que se aprueben resoluciones en su contra haciendo uso de su capacidad para impedir que se forme la citada mayoría calificada.

Además, el modelo actual de integración favorece que se desaten controversias alrededor del proceso de nombramiento de los miembros del Consejo Nacional Electoral y del registrador nacional, como sucedió a finales del año pasado cuando un partido exigía una mayor representación en ese órgano, situación que no le hace ningún bien a la imagen de imparcialidad que debe irradiar la organización electoral.

Sobre este punto cabe además recordar que entre las tareas del Consejo está la vigilancia de los partidos políticos. Pero si el mismo Consejo está integrado por representantes de ellos, ¿cómo se puede esperar que cumpla esa función?

Por las razones anteriores, sería conveniente pensar en modificar la fórmula de integración del Consejo Nacional Electoral. El Consejo de Estado no debería estar atado ni a las propuestas de los partidos ni al cumplimiento de determinada proporcionalidad política. La integración del organismo debería responder únicamente a las capacidades profesionales y técnicas y a la buena reputación de los nominados. Cabe señalar que en Latinoamérica ya existen modelos de integración de las cortes electorales en las cuales se ha eliminado la injerencia directa de los organismos políticos (ahí están, por ejemplo, los casos de Costa Rica, Brasil, Perú y, en buena medida, Guatemala).

Sobre este aspecto, cabe agregar que si el Consejo se convirtiera en un organismo eminentemente técnico se podría prescindir de la norma que impide la reelección de sus magistrados, de manera

4 Ver Comisión de Estudios sobre la Violencia (1987): *Colombia: violencia y democracia*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, p. 55.

que los colombianos nos pudiéramos beneficiar de los conocimientos que han ido adquiriendo en el manejo de la organización electoral. Igualmente, se podría disponer que los magistrados fueran siendo reemplazados en forma escalonada, de manera tal que al interior del Consejo existiera siempre un grupo con experiencia en el campo.⁵

- b) El financiamiento de los partidos: este ha sido uno de los temas impulsores del proceso de reforma política actualmente en curso. El Gobierno ha propuesto que los partidos y las campañas políticas sean financiados exclusivamente por el Estado. Con ello se lograría que los diversos partidos y candidatos estén en igualdad de oportunidades y que los congresistas no tengan compromisos con sus donantes. Además, en el caso colombiano se evitaría que los dineros del narcotráfico se mezclaran en las campañas políticas. La intención de la propuesta es positiva. La pregunta que surge es si el Estado colombiano está en condiciones de controlar que dineros privados no participen en las campañas políticas. Por lo que conocemos, esta sería una experiencia pionera, pues en ninguna otra nación están prohibidas absolutamente las contribuciones privadas, aun cuando en países como Estados Unidos existen límites para las contribuciones de las empresas, los sindicatos y los grupos de interés. Además, las diversas experiencias internacionales en el campo del control de los ingresos y de los gastos de los partidos nos muestran que los grados de éxito en este campo han sido limitados. Y no es más esperanzadora la reciente experiencia colombiana en el campo del control que debe ejercer el Consejo Nacional Electoral para que los gastos de los candidatos no sobrepasen los límites fijados por el mismo Consejo.⁶

A pesar de los problemas anotados, las peculiares condiciones colombianas —específicamente el problema del narcotráfico— sí nos indican que vale la pena reflexionar sobre la conveniencia de

5 Para obtener una visión comparativa a nivel latinoamericano sobre el tema de los organismos electorales ver Jaramillo, Juan (1994): *Oberten Wahlbehörden in Lateinamerika*. Leske+Budrich Verlag, Opladen, Alemania; Jaramillo, Juan *et al.* (1989): Poder electoral y consolidación democrática: estudios sobre la organización electoral en América Latina. *Cuadernos de Capel*, No. 30, San José de Costa Rica.

6 Más sobre el financiamiento de los partidos políticos desde una perspectiva comparativa, en: del Castillo Vera, Pilar (1985): *La financiación de partidos y candidatos en las democracias occidentales*. Centro de Investigaciones Sociológicas-Siglo XXI de España, Madrid; Navas, Xiomara (1993): La regulación del financiamiento de los partidos y de la campaña electoral en América Latina, en: Nohlen, Dieter (ed.): *Elecciones y sistemas de partidos en América Latina*. IIDH-Capel, San José, pp. 145-166. Zuleta, Enrique *et al.* (1991): Modelos de partido político y su financiamiento, en: *Contribuciones*, 1/91, Ciedla, Buenos Aires, pp. 97-116.

eliminar las contribuciones privadas, por lo menos durante un tiempo y en lo que hace a las campañas políticas.

Ahora bien, si se opta porque la financiación de los partidos sea únicamente estatal habría de garantizarse a los partidos y a los candidatos una financiación anticipada de las campañas. Además, se requeriría tomar algunas otras medidas tales como: i) la reducción del periodo de duración de las campañas electorales, lo cual ayudaría a bajar considerablemente los costos de las campañas; ii) la reglamentación legal del *lobby* o cabildeo, con lo cual los grupos de interés dispondrían de un mecanismo para poder hacer conocer sus opiniones y abogar por sus intereses; y iii) el establecimiento de sanciones severas para los candidatos o partidos que violen las disposiciones relativas a la financiación de sus campañas.

- c) La Veeduría del Tesoro: como es conocido por todos, la Veeduría dejó de existir, al haber cumplido el periodo que le había fijado la Constitución. Durante el periodo de actividades de esta entidad el veedor mantuvo conflictos con un número abundante de instituciones estatales, hecho este que le acarrió al mismo tiempo el malquerer de los políticos y la simpatía de los ciudadanos.⁷

Varias veces se ha lanzado la idea de revivir esta institución. Valdría la pena ocuparse nuevamente con el tema, en vista de la necesidad evidente de impedir que los dineros públicos sean utilizados para fines distintos a los acordados. Si se llegare a recrear la Veeduría habría de reglamentarse más detalladamente todo lo referente a sus funciones y a sus relaciones con otras entidades. Una idea por considerar sería la de revivir la figura al interior del Consejo Nacional Electoral: uno de sus magistrados podría asumir esa labor y sus decisiones serían apelables ante el mismo Consejo. Así se atendería esta función fundamental y se eliminaría buena parte de los conflictos y desgastes institucionales que generó la Veeduría en el pasado.

- d) El censo electoral: el registro electoral es uno de los cuellos de botella más importantes del proceso de organización de las elecciones, y no únicamente en Colombia.⁸ Durante la década pasada se hubo de tomar diversas medidas para depurar el censo electoral

7 Comentarios del mismo veedor acerca de su experiencia, en: García Hurtado, Jorge (1994): La acción de la Veeduría del Tesoro, en: Escobar Herrán, Guillermo et al.: *Dos años de la nueva Constitución en Colombia*. Fundación Konrad Adenauer, Bogotá.

8 Ver al respecto IIDH-Capel/Junta Central Electoral de la República Dominicana (1988): *El registro electoral en América Latina. Memoria de la Segunda Conferencia de la Asociación de Organismos Electorales de Centroamérica y el Caribe*. San José.

colombiano.⁹ Finalmente se optó por una que ha dado muy buenos resultados en otros países, como es la de asignar a la Registraduría la elaboración del registro civil, que es el registro básico para la elaboración del padrón electoral.

La importancia que han adquirido los municipios con el proceso de descentralización ha hecho surgir un nuevo problema en relación con el padrón electoral. En efecto, en las últimas elecciones se observó cómo en muchos municipios personas ajenas a ellos intentaban tomarse sus instituciones electivas mediante los votos de personas foráneas, utilizando para ello la figura de la inscripción de la cédula. Este hecho condujo al Consejo Nacional Electoral a decretar la anulación de la inscripción de 401.922 cédulas, registradas en más de 400 municipios, para las elecciones regionales de octubre pasado.

La situación descrita hace urgente pensar en medidas que impidan que este fenómeno se vuelva a presentar. Una posible solución sería asignarle a las oficinas municipales de la Registraduría la elaboración de censos de los pobladores, los cuales servirían como padrones electorales. Concomitantemente habría de eliminarse la práctica de la inscripción de cédulas de ciudadanía antes de las elecciones.¹⁰

Sistema electoral

- a) La circunscripción nacional: la propuesta de establecimiento de la circunscripción nacional buscaba, básicamente, facilitarle a las minorías el acceso al Senado,¹¹ así como que esta corporación fuera integrada por dirigentes reconocidos nacionalmente. El primer objetivo ha sido obtenido parcialmente, pues recordemos que los 140.819 votos del M-19 no le reportaron ningún escaño en el Senado. En cuanto al segundo, es evidente que la gran mayoría de los

9 Ver algunos datos en Jaramillo, Juan/Franco, Beatriz, *op. cit.*, p. 146, cita 3. Igualmente, en: Uribe, Humberto (1984): *La democracia y el sistema electoral colombiano*, en: Varios: Prensa, radio y TV en mitaca 84. Memoria del Seminario Nacional de Periodismo Político, CPB, Sasaima.

10 Ver sobre este tema a León-Roesch, Marta (1993): Los registros electorales en América Latina. Los casos de Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile y Venezuela en comparación, en: Nohlen, Dieter (ed.): *Elecciones y sistemas de partidos en América Latina*. IIDH-Capel, San José, pp. 67-89. En el artículo ella comenta que esta inscripción de las cédulas solamente existe en Colombia y señala los peligros que ella representa por causa del "trasteo de votos".

11 Ver Jaramillo, Samuel (1988): La reforma del sistema electoral. Una propuesta socialista y democrática, en: *Revista Foro*, No. 7, Bogotá, pp. 63-67; igualmente, ver Comisión de Estudios sobre la Violencia, *op. cit.*, p. 55.

elegidos obtuvo un altísimo porcentaje de su votación en un solo departamento, y en casos excepcionales en una región.

Con todo, la causa de estas dos anomalías no reside en el tamaño de la circunscripción sino en la proliferación de listas, la cual ha venido siendo favorecida a través del escrutinio y la asignación de curules que realizan el Consejo Nacional Electoral y el Consejo de Estado, que en vez de hacerse por partidos, para facilitar la representación proporcional de estos, como ordena la Constitución, se practica por listas.¹² Igualmente, esta situación ha sido propiciada por la ausencia de procedimientos democráticos al interior de los partidos, para la elaboración de la listas.

El tema de la circunscripción nacional ha sido uno de los que más discusión ha generado. Ella ha sido acusada de conducir a la dispersión de los partidos y de dejar a algunos departamentos sin representación en el Senado.

Con respecto a la primera acusación habría que señalar que el problema del desmembramiento de los partidos se presenta en todas las elecciones. Para superar esta situación de descuadernamiento partidario habría que introducir mecanismos de democracia interna en los partidos políticos, lo cual implicaría modificar el inciso 2o. del artículo 108 de la Constitución, el cual determinó que la ley no podría establecer exigencias en relación con la organización interna de los partidos. Pero, asimismo, medidas de sistemática electoral contribuirían a forzar a la cohesión partidaria: pensamos, por ejemplo, en disponer que cada partido solo pueda presentar una lista por elección y en establecer el voto preferencial. Con base en este último, el partido diseña una lista, pero los votantes pueden modificar el orden de los candidatos: así, el partido recobra su importancia, pues él decide cómo está conformada la lista, pero al mismo tiempo sus decisiones pueden ser revisadas por los votantes, introduciéndose así un factor de control sobre la organización partidaria.¹³

En cuanto al reproche referido a que la circunscripción nacional deja algunos departamentos sin representación en el Senado, habría que contestar primero que el regreso al sistema existente hasta 1991 no tendría sentido, pues en él se utilizaba el mismo criterio

12 Ver al respecto Vices Echeverría, José Ignacio (1984): *Tratado de derecho electoral colombiano*. Editorial Temis, Bogotá, pp. 29 ss.

13 El voto preferencial se viene utilizando en el Perú, de manera ininterrumpida, desde 1984. Información acerca de la experiencia peruana se encuentra en Nohlen, Dieter (1993): *Los sistemas electorales en América Latina y el debate sobre reforma electoral*. UNAM, Ciudad de México, pp. 104 ss.

para la integración de las dos cámaras legislativas. Es decir, nos parece importante que haya diferencias en la fórmula de integración de ellas.

Por otro lado, ha de observarse que todos los departamentos tienen representación en el Congreso, pues para la integración de la Cámara de Representantes cada circunscripción territorial goza de 2 representantes de base y de un número adicional que depende de su población. Esta situación conduce a una clara sobrerrepresentación de las circunscripciones rurales, afectando el principio de la igualdad del voto, como se desprende del siguiente cuadro, en el cual contrastamos los números de habitantes y de potenciales electores que requieren 2 de las circunscripciones más grandes y las 2 más pequeñas para la elección de un representante a la Cámara (ver cuadro 2)

CUADRO 2

Representación electoral

Circunscripción	Censo población	Representantes	Representación por habitante	Electora	Representación por electores
Bogotá	4.176.718	18	232.040	2.500.357	138.909
Valle	2.979.226	13	229.171	1.798.645	138.357
Vaupés	25.900	2	12.950	9.035	4.518
Vichada	18.367	2	9.184	14.631	7.316
Guainía	12.139	2	6.070	7.828	3.914

Como se ve, la desigualdad es evidente, pues mientras que por cada 252.572 habitantes o cada 138.909 electores de Bogotá se le asigna a esta ciudad un escaño en la Cámara de Representantes, en Vaupés se necesitan para ese mismo escaño 11.100 habitantes o 4.518 electores. Y el caso de Vaupés no es único, pues actualmente son 12 las circunscripciones que solo eligen las 2 personas que les corresponden como representantes básicos.

Pensamos que tanto el principio clásico de la igualdad del voto (*"one man, one vote"*) como la necesidad de la representación parlamentaria de todos los departamentos deben ser atendidos, llegando a un compromiso entre estas dos exigencias. En el caso colombiano creemos que esto se ha logrado a través de la representación básica que le corresponde a cada departamento en la Cámara de Representantes.

- b) Acceso de los grupos minoritarios al Congreso: como ya se mencionó, el artículo 176 constitucional consagra que la ley podrá fijar un número de escaños adicionales para la Cámara de Represen-

tantes, para facilitar la representación de los grupos minoritarios. La ley no ha reglamentado hasta ahora este punto. Pensamos que sería importante que lo hiciera, para contribuir a la ampliación del espacio político.

Por otra parte, como es sabido, en las circunscripciones territoriales pequeñas y medianas —y casi todas las nuestras se ajustan a estas categorías— tienen los grupos minoritarios muy pocas posibilidades de obtener representación. Por eso, y con miras hacia el futuro, valdría la pena reflexionar también en la posibilidad de establecer una fórmula electoral que le permitiera a los grupos minoritarios sumar los resultados que obtienen al nivel de las circunscripciones territoriales para la Cámara de Representantes. Así podrían obtener algunos escaños de acuerdo con un cociente electoral nacional.¹⁴

4. Reflexión final

Como se habrá podido observar, son numerosos los temas que han sido y podrían ser objeto de debate en lo relacionado con el tema de la reforma del régimen electoral colombiano. Muchas de las propuestas o sugerencias que se han ventilado ante la opinión pública tienen que ver con reformas constitucionales. Sobre ellas quisiéramos decir que por el momento lo más conveniente sería intentar, en lo posible, que la Constitución quedara por fuera de los proyectos de reforma. Las instituciones introducidas por la Constitución requieren de un tiempo para poder desplegar todo su potencial, de manera que se pueda valorar objetivamente cuáles son sus consecuencias, sus virtudes y defectos. Por otra parte, para que las propuestas de reforma sean realmente fundamentadas es necesario que sean precedidas por estudios y discusiones.

Este artículo trata de contribuir a la discusión en este aspecto, llegando incluso a plantear la necesidad de unas cuantas reformas constitucionales, pero no con el afán de que se realicen de manera inmediata sino más bien de generar el debate necesario sobre esos temas. Así, pues, para la coyuntura actual, caracterizada por el ánimo de entrar a hacer reformas políticas en el país, nos parece que lo más adecuado sería concentrarse en reformas de orden legislativo, con las cuales se podrían lograr mejoramientos institucionales sustanciales.¹⁵

14 Un sistema de este tipo existe en Venezuela desde hace varias décadas. Allí recibe el nombre de escaños adicionales. Más sobre el tema en Martelo, Mercedes (1988): El sistema electoral venezolano, en: *Síntesis*, No. 5, Aieti; Madrid, pp. 221-252.

15 (N. del E.) Advertimos al lector que este texto, en su publicación inicial, no incluía listado bibliográfico. Por eso, al final de este documento no aparece la sección bibliografía

2.2. La reforma de la organización electoral colombiana

El presente artículo fue publicado en *Elecciones*, 2008, enero-septiembre, vol. 7, núm. 8, pp. 195-233.

Resumen

En este ensayo se propone reformar a fondo la organización electoral colombiana. Para ello se describen los antecedentes históricos y la estructura actual de la organización electoral en el país. Luego, se abordan los problemas que representa la decisión de entregarle a los partidos políticos la dirección y el control de los organismos electorales, y se plantea la necesidad de crear una organización electoral que brinde garantías de imparcialidad y transparencia a todos los participantes en las elecciones.

Palabras clave: Colombia, organización electoral, partidos políticos, elecciones.

Abstract

This essay proposes to reform thorough of the Colombian electoral organization. The document describes the historical antecedents and the present structure of the electoral organization in the country. Then it focuses on the problem of giving to the political parties the direction and the control of the electoral organisms and considers the necessity to create an electoral organization which offers guarantees of impartiality and transparency to all the participants in the elections.

Key words: Colombia, electoral organization, political parties, elections.

Introducción

Desde hace varios años, se ha extendido en Colombia la convicción acerca de la necesidad de reformar la organización electoral del país. Por eso, dentro de las críticas en contra de las últimas propuestas de reforma política presentadas al Congreso se encuentra la de que ellas no se ocupan de este asunto, uno de los más sensibles dentro del sistema

político colombiano. Precisamente, el presente escrito tiene por fin contribuir al debate que se adelanta acerca de la organización electoral en el país, con el propósito de plantear la necesidad de su despolitización y, por ende, de eliminar el Consejo Nacional Electoral.

Para lograr una mejor comprensión del tema, es importante tener en cuenta el contexto político colombiano. Tradicionalmente, la vida política del país ha sido regida por dos partidos: el Partido Liberal y el Partido Conservador; ellos fueron creados a mediados del siglo XIX, los dos de inspiración civilista. Este hecho explica que en Colombia hayan sido muy escasas las épocas de dictadura militar y que la inmensa mayoría de los gobernantes haya ascendido al poder a través de elecciones —con lo cual se ha ido consolidando la tradición de que las elecciones constituyen el mecanismo apropiado para asignar la titularidad del poder político.

A pesar de lo anterior, durante mucho tiempo, la desconfianza acerca de la transparencia en el proceso electoral generó grandes controversias e incluso llevó a que, alternativamente, los partidos llamaran a la abstención y se negaran a reconocer el triunfo del oponente. Por eso, a partir de 1948, se decidió que la organización electoral sería controlada en forma paritaria por los dos partidos.

En 1991, fue dictada una Constitución que sustituyó a la de 1886. La nueva Carta fue concebida como un inédito pacto social entre los colombianos, para responder a la situación de violencia generalizada que azotaba al país y generar condiciones de estabilidad institucional. Dentro de los propósitos de la Carta se encontró el abrir el espacio político a nuevos partidos y movimientos, de manera que el régimen político fuera más democrático, representativo e incluyente. Ello significó también modificaciones en la organización electoral.

Sin embargo, las nuevas normas electorales y de partidos contempladas en la Constitución de 1991, favorecieron la proliferación y fragmentación de las agrupaciones políticas, lo que condujo al debilitamiento de los partidos y del mismo Congreso de la República. Por eso, desde 1995 se empezó a plantear la necesidad de modificar esas normas, propósito que finalmente se cristalizó en el Acto Legislativo 01 de 2003, que reformó profundamente las normas constitucionales que regulan los partidos políticos, las elecciones, la organización electoral y el mismo Congreso de la República. En el campo de la organización electoral, la reforma política de 2003 estableció un nuevo método de integración de los organismos electorales superiores, que fue utilizado por primera vez en los años 2006 y 2007 para elegir a los magistrados del Consejo Nacional Electoral y al registrador nacional del Estado Civil, respectivamente.

El presente documento consta de cinco partes. En el primer apartado se expondrán los antecedentes históricos del modelo vigente de organización electoral colombiana. Los capítulos dos y tres se ocuparán, respectivamente, de describir la estructura actual de la organización electoral colombiana y la forma en que los directivos de la misma son nombrados. A continuación, el cuarto apartado tratará sobre los problemas que genera la decisión de entregar la dirección y el control de la organización electoral a los partidos políticos. Finalmente, en el quinto capítulo se presentará una propuesta de reforma de la organización electoral colombiana, dirigida a obtener que ella cumpla con el propósito de constituir una garantía de la transparencia e imparcialidad de los procesos y los organismos electorales.

1. Antecedentes históricos de la actual organización electoral colombiana

Después de la independencia de las colonias españolas en América, las nuevas naciones adhirieron en sus Constituciones los principios republicanos y liberales. Para ello determinaron, entre otras cosas, que la cuestión acerca de quiénes ejercerían el poder político se decidiría a través de elecciones. Sin embargo, la realidad siguió otras sendas: en la gran mayoría de los países la vida política se desarrolló al ritmo de las luchas entre los caudillos, las guerras civiles, las insurrecciones y las dictaduras de diversos tipos. Al lado de todos estos hechos se celebraron, periódicamente, elecciones —y una de las particularidades de los dictadores y de los regímenes de facto en Latinoamérica ha sido su pretensión de legitimarse a través de comicios—; pero, por lo general, los sucesos electorales se caracterizaron por el control oficial sobre ellos, por las limitaciones establecidas para los grupos opositores y por las repetidas manipulaciones de los resultados electorales.¹ Por eso, se

1 Al respecto, García Calderón anotaba, en su libro escrito en 1912: “El desarrollo de las democracias iberoamericanas difiere considerablemente del admirable espíritu de sus cartas políticas. Estas encierran todos los principios del gobierno aplicados por las grandes naciones europeas: armonía de los poderes, derechos naturales, sufragio liberal, asambleas representativas. Pero la realidad contradice el idealismo de estos estatutos importados de Europa. Las tradiciones de la raza dominante han creado, de hecho, sistemas de gobierno simples y bárbaros. El caudillo es el eje de esta política. Jefe de un partido, de un grupo social o de una familia poderosa por la importancia de sus relaciones, impone su voluntad tiránica a la multitud. En él se concentran el poder y la ley. De su acción permanente depende el orden en el interior, el desarrollo económico, la organización nacional; su autoridad es inviolable, superior a la Constitución y a las leyes”. Y sobre las elecciones decía él: “Fuera del régimen de los caudillos, la mentira política domina: la libertad de los sufragios no es sino una promesa platónica inscrita en la Constitución; las elecciones son obra del gobierno” (1979 [1912]: 203). Sobre este punto, ver también —entre muchos

puede afirmar que en Latinoamérica la lucha por elecciones limpias ha sido una reivindicación democrática tan importante como la que se adelantó por la instauración del voto universal, igual, directo y secreto, y por el establecimiento de la representación de las minorías y de la representación proporcional.

Colombia no fue la excepción a esa tendencia general en Latinoamérica. A manera de ejemplo, en 1878, José María Samper, destacado constitucionalista del siglo XIX, quien luego de ser dirigente liberal pasó a apoyar al Partido Conservador, decía que la Constitución vigente en ese momento, la de 1863, requería ser reformada con el fin de “[...] allanar, con principios permanentes practicados en toda la Unión, los conflictos electorales, de modo que haya en Colombia ciudadanos colombianos [...] y que las elecciones sean donde quiera libres, puras y decentes, y jamás perturbadoras del orden público y de la seguridad de los intereses”.²

Samper escribió, en ese mismo año, un programa del Partido Conservador, en cuyo punto 14 se indicaba que en el Partido “...queremos un sistema electoral honrado, libre, puro, decente, noble, verdadero, exento de todo pandillaje, aceptable, por sus principios y su práctica, para el patriotismo y la dignidad de los ciudadanos. Hoy día no hay elecciones sino zambras y fraudes”.³ Y más tarde anotaría:

¿Cómo podrá lograrse que haya en la emisión del sufragio dignidad y pureza, que los escrutinios sean veraces, y que los hombres que se estiman y respetan vuelvan a ser electores? Es menester que las elecciones dejen de ser escenas tumultuosas de zaguanes y portales en las que el palo, el revólver, la bayoneta, el sable y el puñal se disputan el asalto de las mesas; es menester acabar con esas urnas envilecidas por el fraude o la violencia; es menester que se supriman esos falsos sorteos de jurados que son triunfos anticipados de los defraudadores del sufragio.⁴

otros — los textos de Mols (1985), Wynia (1990), Pierson y Gil (1957), Busey (1964) y Brandenburg (1958). Para comentarios más detallados sobre la historia electoral de cada uno de los países latinoamericanos y acerca de las elecciones realizadas en ellos durante el siglo XX, ver Nohlen (1993).

2 Ver el periódico *El Deber*, No. 1, del 1 de octubre de 1878, publicado en Bogotá. Las columnas de Samper en ese periódico han sido recuperadas por el profesor Rubén Sierra, de la Universidad Nacional de Colombia.

3 Ver el periódico *El Deber*, No. 5, del 15 de octubre de 1878, en el cual él formula el programa del Partido Conservador. En el punto 5 ya había anotado que era indispensable reformar la Constitución federal de 1863 “en lo relativo a elecciones”, pues era absurdo que “la República esté a discreción de las fullerías electorales de los Estados, cuando de su suerte depende la elección del presidente de la Unión, de los senadores y representantes y de los magistrados de la Corte Suprema; sin que haya modo de impedir los actos de fraude, corrupción o violencia que alteran el sufragio”.

4 Ver el periódico *El Deber*, No. 34, del 4 de febrero de 1879.

De la misma manera, el Consejero de Estado, Bonifacio Vélez, afirmó sobre las elecciones en la época anterior a la Constitución de 1886:

Hasta el año de 1886, las elecciones populares las hacía el partido dominante. El Presidente de la República era el *leader* en estos trabajos. El Gran Consejo Electoral, los Consejos Departamentales, Juntas, Jurados Electorales y Jurados de Votación, se componían de miembros del partido que usufructuaba el Poder; y las votaciones se hacían por el sistema del voto uninominal, el cual daba, con pocas excepciones, el triunfo a los amigos del Gobierno. Es un hecho indudable, y que reconoce nuestra historia política, que la mayor parte de nuestras guerras civiles, que han ensangrentado el país, han tenido su origen en la falta de gobiernos verdaderamente representativos, y en la exclusión odiosa y sistemática que se había implantado en la República con nuestros gobernantes de círculo.⁵

Para ponerle punto final a esta situación, en el acuerdo sobre reforma constitucional de 1885, preparatorio de las discusiones para la que sería la Constitución de 1886, se determinó expresamente, en el artículo 18, que el Poder Electoral sería organizado constitucionalmente como un poder independiente.⁶ Sin embargo, en el trámite de los debates la intención inicial se diluyó. A pesar de ello, en la Constitución de 1886 se incluyeron dos artículos de interés para la organización de las elecciones. Así, en el artículo 180 se dispuso que habría jueces de escrutinio para decidir sobre todos los conflictos electorales.⁷ Y luego, en el artículo 181, se estableció que “[l]a ley determinará lo demás concerniente a elecciones y escrutinios, asegurando la independencia de unas y otras funciones”.

La creación de los jueces de escrutinio se consideraba como una garantía para la pureza de los comicios. El mismo Samper, en un libro en el que analizó la Constitución de 1886, manifestaba al respecto que:

...dispone la Constitución que haya jueces de escrutinio, no con el carácter de jurados que decidan de hecho y arbitrariamente, según el interés de los

5 Citado por Montoya (1938: 25). El texto fue extractado de la expedición de motivos del proyecto de ley que se convirtió en el Código Electoral de 1816 —la Ley 85 de 1916— que rigió durante varias décadas. Montoya anotaba luego “... que los hechos históricos dicen que la Constitución del 86 no eliminó aquellos abusos del partido dominante. ¿Cómo podía hacerlo, cuando ni siquiera consagró el principio de representación de las minorías? Y tanto es así que por aquel desconocimiento hubo dos guerras civiles”.

6 Los textos del acuerdo sobre reforma y de la Constitución dictada en 1886 se encuentran en el tomo IV de Pombo y Guerra (1986).

7 El artículo 180 prescribía: “Habrán jueces de escrutinio, encargados de decidir, con el carácter de jueces de derecho, las cuestiones que se susciten de validez o nulidad de las actas, de las elecciones mismas, o de determinados votos. // Estos jueces son responsables por las decisiones que dicten, y serán nombrados en la forma y por el tiempo que determine la ley”.

partidos, sino con el de jueces de derecho, sujetos a ley, estables y seguros, encargados de decidir las cuestiones que se susciten sobre la validez o nulidad de las actas de escrutinio, de las elecciones mismas, o de determinados votos. Y no solamente aquellos jueces han de ser de derecho, como garantía para todos, sino que estarán sujetos a responsabilidad, como lo está todo juez o magistrado que falla contra la justicia en cualquiera causa. En cuanto al tiempo que hayan de durar aquellos jueces y el modo con que sean nombrados, toca a la ley determinarlo.

Una vez que tales prescripciones se cumplan, el sufragio será una verdad: tendrá segura independencia; contará con la garantía del Poder Judicial, que no es la de jurados de partido; tendrá su sanción en la responsabilidad de los jueces de escrutinio; y afirmado sobre la sólida base de la legalidad, conjurará las apelaciones a las armas de los partidos vencidos en los comicios y asambleas electorales, por cuanto los vencedores no fundarán su autoridad en la violencia o en el fraude, sino en limpias decisiones que llevarán el sello de la cosa juzgada (Samper 1951: 447-48).

Empero, lo cierto es que los jueces de escrutinio fueron suprimidos por el Acto Legislativo 3 de 1910, mediante la disposición transitoria D. Así, todo lo concerniente a la organización electoral quedó diferido a la ley, aun cuando con la limitación contenida en el artículo 180 se estipulaba asegurar la separación entre la organización de las elecciones y los escrutinios.

El Código Electoral de 1916 estableció una organización electoral de cobertura nacional. A su cabeza se encontraba el Gran Consejo Electoral, el cual estaba integrado por nueve miembros, elegidos cuatro de ellos por el Senado y cinco por la Cámara de Representantes. A él le correspondía realizar el escrutinio general de los votos emitidos en las elecciones para Presidente de la República y declarar al elegido, al igual que nombrar a los miembros de los Consejos Electorales existentes en cada departamento.⁸

Para la integración de los organismos electorales, la Ley 85 de 1916 dispuso que se utilizara el sistema del voto incompleto, sistema implantado desde las leyes 42 de 1905 y 80 de 1910 y el cual operaba también para la integración de las asambleas representativas. Por obra de él, las dos terceras partes de los cargos se adjudicaban a miembros del partido mayoritario y el resto al segundo partido. De esta forma, el Partido Liberal, el cual se encontró en la oposición durante el periodo comprendido entre 1885 y 1930, en las llamadas etapas de la Regeneración

8 La Ley 85 de 1916 derogó la Ley 7 de 1888, el primer Código Electoral expedido luego de que entrara en vigencia la Constitución de 1886. La Ley 7 de 1888 había establecido también una organización electoral de cobertura nacional, pero la estructura por ella creada había sido modificada en varias ocasiones (1892, 1905, 1909 y 1910) en lo referido a los cuerpos que la constituían, sus funciones, el nombramiento de sus integrantes, etc.

y de la Hegemonía Conservadora, pudo participar también en el escrutinio de las elecciones. Con todo, este hecho no impidió la continuación de las prácticas de fraude electoral que fueron corrientes en este periodo y las cuales habrían llegado a su punto máximo en las elecciones presidenciales de 1922, en las cuales los liberales acusaron al Gobierno de haber realizado un masivo fraude electoral (cf. Delgado 1986: 94 ss., 108 ss.; González 1978: 23 ss.).⁹

La estructura electoral creada mediante la Ley 85 de 1916 fue posteriormente variada por la Ley 7 de 1932, la cual dispuso, entre otras cosas, que la integración de los organismos electorales de escrutinio no se haría más de acuerdo con el sistema del voto incompleto, sino que para el futuro se aplicaría el método del cociente electoral.

Con todo, de acuerdo con Hernán Montoya, quien fue el Jefe de la Oficina de Identificación Electoral creada en los años treinta, el funcionamiento de todas estas dependencias electorales fue más teórico que real y estuvo sujeto a los intereses de los partidos:

En términos generales, las corporaciones llamadas a regular el derecho y el ejercicio del sufragio, tienen pésimo funcionamiento; y algunas son meras existencias teóricas. Y para que no se piense que exagero, basta con querer practicar una visita al Gran Consejo Electoral de Bogotá, o dirigir cualquier comunicación o queja a un Consejo Electoral Departamental. El primero se mantiene casi permanentemente cerrado y cuando se desea un dato ninguno se consigue.

Hay dos motivos poderosos por los cuales no funcionan dichas entidades sino en vísperas de elecciones:

- 1.º El ser oneroso el cargo;
- 2.º El estar integradas tales entidades por ciudadanos vinculados estrechamente a la política. Estas mismas causas afectan a los Jurados Municipales.

En estas circunstancias, con un ramo electoral independiente, sin nadie que lo llame al cumplimiento de sus deberes, o que lo llame tardíamente, es imposible que la cedulación y el sufragio marchen como se desea. Muchas veces, los mismos miembros de los Jurados buscan, o por lo menos desean la “sanción” de destitución, como medio que los releve de un cargo que solo tiene importancia para ellos cuando se aproximan las elecciones. Entonces sí hay que disputarse el puesto para que lo ocupen los hombres más vivos y activos de cada partido.

[...]

En la actualidad, precisamente en aquellas corporaciones donde la política debía estar proscrita, prevalece el criterio político desde el origen mismo de la selección de sus miembros; y los partidos discuten, se disputan en encendidos tonos la mayoría en esas entidades, y el que no la tiene

9 Delgado anota que en la práctica los organismos escrutadores estuvieron durante un largo tiempo bajo el control del Poder Ejecutivo (1986: 21).

eleva protestas de inconformidad y de rebeldía. ¿Cuál es el origen de tal aspaviento? ¿Qué mayor privilegio puede tener un partido porque cuente con más miembros o representantes que otro en corporaciones que no van a decidir sobre el triunfo o el fracaso de una doctrina política? (Montoya 1938: 99).¹⁰

Para remediar esta situación se decidió conceder más prerrogativas al Presidente de la República en materia electoral. Así, la Ley 7 de 1934 le asignó la suprema inspección en las elecciones populares de 1935; la Ley 187 de 1936 lo autorizó a nombrar dos inspectores por departamento, los cuales se encargaban de supervisar el proceso de cedulaación y el desarrollo de las elecciones; y la Ley 41 de 1942 determinó que el Presidente designaría dos delegados, de diferente filiación política, para cada circunscripción electoral, los cuales tenían el encargo de velar por el cumplimiento de las normas electorales en los comicios.¹¹ Asimismo, la Ley 120 de 1936 modificó la integración del Gran Consejo Electoral para establecer que sus nueve miembros serían elegidos por el Senado, la Cámara y el Presidente —a razón de tres por cada uno (cf. Montoya 1938: 71-72; Registraduría del Estado Civil 1988: 201 ss.; Vives 1984: 213 ss.).

Por otra parte, desde finales del siglo XIX diferentes congresistas habían presentado diversos proyectos de ley tendientes al establecimiento de una cédula electoral, documento que tenía que ser expedido a todos los ciudadanos inscritos en el censo electoral y el cual debería ser exhibido por el ciudadano en el momento de votar.¹² La adopción de la cédula era considerada como un paso fundamental para garantizar la pureza de las elecciones, por cuanto se argumentaba que con ella se podían evitar los abusos cometidos en la elaboración de los registros electorales, quizá la forma más corriente de fraude en la época.¹³

10 En el texto, Montoya (1938) también critica las prácticas de fraude electoral existentes en la época.

11 La figura de los delegados presidenciales se mantuvo hasta el año 1990, cuando fue eliminada por la Ley 6 de 1990.

12 Montoya trae comentarios muy completos acerca de los diferentes proyectos discutidos antes de que la cédula fuera aprobada (cf. 1938: 17 ss.).

13 En este sentido, González (1978: 30) comenta que David Bushnell en su artículo "Aspectos de historia electoral colombiana del siglo XIX", publicado en *Política y Sociedad en el siglo XIX* (Univ. Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja, 1975), afirma que durante la época de la hegemonía conservadora la táctica principal de los conservadores era la aplicación arbitraria del requisito del alfabetismo y trae esta cita tomada de la página 71 del escrito de Bushnell: "Una vez implantando el requisito, se administraba con la obvia presunción de que todo buen conservador sabía leer y escribir a no ser que se comprobara claramente lo contrario; y con los liberales, viceversa. Así fue que en la elección presidencial de 1914, por ejemplo, en el godísimo pueblo cundinamarqués de Guasca se emitió el 20 % del número de votos emitidos en la misma Bogotá,

Fue solamente al final de la etapa de la hegemonía conservadora cuando se aprobó el establecimiento de la cédula electoral, mediante la Ley 31 de 1929. Sin embargo, su entrada en vigencia fue suspendida hasta el año 1935. El Partido Liberal ascendió al poder en 1930 y se propuso impulsar el proceso de cedulación, tal como lo había exigido repetidamente desde la oposición. Para ello se constituyó en 1934 un Departamento de Identificación al interior de la Policía Nacional, el cual pasaría en el siguiente año a depender directamente del Ministerio de Gobierno. Este departamento se encargó del control y clasificación de las cédulas, mientras que la preparación y la elaboración de ellas corría a cargo — como antes — de los alcaldes y de los jurados electorales municipales respectivamente.

El proceso de cedulación fue, empero, objeto de acerbadas críticas por parte del Partido Conservador, en ese momento en la oposición, el cual decidió abstenerse de participar en las elecciones presidenciales de 1934 y 1938, y en las parlamentarias de 1935, 1937 y 1939, argumentando que le faltaban garantías electorales, que la cedulación era un instrumento del Partido Liberal y que existían ya más de un millón de cédulas falsas.¹⁴

En vista de todos estos problemas, en el año 1948, el Congreso aprobó la Ley 89, “sobre organización electoral”, con la cual se instauraron las bases del modelo de organización electoral existente actualmente. El modelo se ajustó al principio establecido en el referido artículo 180 de la Constitución de 1886 acerca de la separación entre las funciones de organización de las elecciones y las relativas a los escrutinios. El artículo primero de la ley establece los fines de la norma, con lo cual explicita cuáles eran los problemas que quería solucionar:

Artículo 1º. La presente ley tiene por objeto crear una organización electoral ajena a las influencias de los partidos, de cuyo funcionamiento ningún partido o grupo pueda derivar ventajas sobre los demás en la obtención de la cédula de ciudadanía para sus afiliados, ni en la formación de los censos electorales, ni en las votaciones y escrutinios; y cuyas regulaciones garanticen la plena responsabilidad y la imparcialidad política de los fun-

aunque Guasca tenía a lo más un 5 % de la población de Bogotá (y si de alfabetos se tratara, supongo que Guasca tendría tal vez el 2 % de los de Bogotá)”. Ver también Dix (1967: 188) y Vives (1984: 119).

14 Montoya lo veía así: “La oposición aprovechaba la oportunidad para iniciar por este ramo (el de la cedulación) sus ataques al Gobierno, por falta de garantías, y calificaba de farsa todo el proceso de cedulación desde su origen mismo hasta la Oficina Central”. Ver también González (1978: 38 ss.). Este comenta que, sin embargo, de acuerdo con los datos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, en publicación del año 1970 (p. 44), en determinados años (1945-1949), el número de las personas ceduladas fue superior al de las personas mayores de edad.

cionarios adscritos a ella. Este principio constituye la norma de conducta a la cual deberán ceñirse rigurosamente todas las personas encargadas de cumplir cualquier función dentro de los organismos electorales.

A la cabeza de la organización electoral se puso una Corte Electoral. Inicialmente, la Corte fue conformada por el más antiguo expresidente de la República, el rector de la Universidad Nacional, el gerente del Banco de la República y los dos magistrados más antiguos de la Corte Suprema de Justicia. Los dos últimos tenían que ser de distinta filiación política, es decir, uno liberal y otro conservador (art. 3º). De todos modos, la ley estableció que en ningún caso la Corte Electoral podría estar integrada por “más de tres miembros pertenecientes a un mismo partido” (art. 5º).

A la Corte Electoral le correspondía todo lo relacionado con los escrutinios y con la declaratoria de elección de los candidatos a escala nacional. Además, tenía las funciones de nombrar y remover al registrador nacional del Estado Civil, de aprobar el nombramiento de los visitadores designados por el registrador y de determinar los destinos de los delegados departamentales nombrados por el mismo Registrador, en todos los casos por unanimidad (art. 4). Por su parte, al Registrador le fue asignada la organización material de las elecciones, incluyendo la expedición de la cédula de ciudadanía y la elaboración de los registros electorales.

Es importante anotar que la ley contempló distintas medidas dirigidas a garantizar que los dos partidos estuvieran representados en igualdad de condiciones en los organismos electorales. Así, en ella se estableció que el Secretario de la Oficina de Identificación sería nombrado por el registrador y tendría una filiación política distinta a la de este (art. 17); que el registrador designaría a los visitadores, con la aprobación unánime de la Corte Electoral, y que esos cargos se distribuirían por partes iguales entre los dos partidos (art. 18); que los delegados departamentales del registrador serían siempre dos, de distinta filiación política (art. 13, f); que los nombramientos de los registradores municipales se harían de tal manera que la filiación política de los nombrados correspondiera por igual a los dos partidos tradicionales (art. 2, f); y que todas las comisiones escrutadoras municipales estarían integradas por igual por ciudadanos pertenecientes a los dos partidos (art. 65).

Sin embargo, en ese momento la labor de la Corte Electoral fue infructuosa, pues su entrada en funcionamiento coincidió con el inicio de la época de la violencia. Como consecuencia de la violencia generalizada, los liberales se negaron a participar en las elecciones de 1949, 1951 y 1953 y, finalmente, recibirían con beneplácito, junto con un sector de los conservadores, el golpe militar de Rojas Pinilla, en el año 1953.

Luego del retiro de Rojas del poder, en 1957, los liberales y los conservadores suscribieron el pacto del Frente Nacional, mediante el cual se comprometieron a distribuirse el poder político en forma paritaria, por un término de 16 años.¹⁵ Dentro del marco de las conversaciones que condujeron al pacto, se dictó el Decreto 399 de 1957, en el cual se decidió que formarían parte de la Corte Electoral los dos expresidentes más antiguos y cuatro delegados más, nombrados estos últimos por la Corte Suprema de Justicia, siempre respetando la representación paritaria de los dos partidos.

Posteriormente, la Ley 23 de 1979 decidió excluir a los expresidentes de la Corte Electoral¹⁶ y dispuso que ella se compondría de nueve miembros, todos elegidos por la Corte Suprema de Justicia, a razón de cuatro por cada uno de los dos partidos mayoritarios y uno por el tercer partido, todo de acuerdo con los resultados de las últimas elecciones parlamentarias. Finalmente, la Ley 96 de 1985, la cual decidió sustituir el nombre de la Corte por el de Consejo Nacional Electoral, redujo el número de los miembros del organismo a siete, corroborando sin embargo el método de distribución de sus asientos, al afirmar que cada uno de los dos partidos mayoritarios colocaría tres representantes y el tercer partido tendría uno, todo según las últimas elecciones parlamentarias.¹⁷

15 El pacto fue luego ratificado por el plebiscito del 1 de diciembre de 1957. Los puntos más destacados de él, anotando el periodo de su vigencia de acuerdo con las modificaciones que se le practicaron, fueron: la alternancia en la presidencia entre liberales y conservadores en los cuatro periodos comprendidos entre 1958 y 1974; la integración paritaria de todos los cuerpos de elección popular (1958-1970) y la prescripción de que en todos ellos las decisiones se tomarían con una mayoría equivalente a las dos terceras partes de sus miembros, con lo cual se obligó a liberales y conservadores a realizar un trabajo legislativo mancomunado (1958-1968); la composición paritaria de los órganos máximos de la justicia (1958-1991); la distribución entre los dos partidos, por partes iguales, de todos los cargos de la administración pública que no fueran de carrera (debiéndose aclarar que la carrera fue casi inexistente), entre 1958 y 1978, y desde este último año hasta 1991, la orden de que en los nombramientos en los ministerios, gobernaciones y demás cargos de la Rama Ejecutiva no pertenecientes a la carrera se diera una “participación adecuada y equitativa” al partido mayoritario distinto al del presidente de la República.

16 Como bien lo reporta Noriega (1980: 30 ss.), la exclusión de los expresidentes fue objeto de amplia discusión en la comisión senatorial encargada del estudio del proyecto que se convertiría luego en la Ley 23 de 1979. El mismo abogaba por el mantenimiento de ellos en la Corte, argumentando que su presencia le brindaba respeto y decoro al organismo. Al final se desistió de ellos, con el argumento de que su inclusión en la Corte había tenido por objeto facilitar el entendimiento de los partidos después de la época de la violencia y que, dado que ese fin ya se había obtenido, podía renunciarse a su presencia. Además, se añadió que, en la práctica, los expresidentes no acudían a las sesiones de la Corte, con lo cual entorpecían su buen funcionamiento.

17 Ver Registraduría del Estado Civil (1988: 23 ss.). Esta manera de integra-

2. Estructura actual de la organización electoral colombiana

En contraposición a la derogada Constitución de 1886, la Carta Política de 1991 se ocupa en varios apartes de la organización electoral. La nueva Constitución ratificó básicamente el esquema organizativo electoral vigente desde 1948, aun cuando modificó varios aspectos de él, dejando su regulación más detallada a la ley.

Así, en su artículo 113 declara que al lado de las tres ramas tradicionales del poder público existen otros órganos autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, categoría en la cual se incluye a la organización electoral. Luego dispone, en su artículo 120, que “la organización electoral está conformada por el Consejo Nacional Electoral, por la Registraduría Nacional del Estado Civil y por los demás organismos que establezca la ley. Tiene a su cargo la organización de las elecciones, su dirección y vigilancia, así como lo relativo a la identidad de las personas”.

Asimismo, el título IX de la Constitución está dedicado al tema de las elecciones y de la organización electoral, y allí establece cuáles son las funciones del Consejo Nacional Electoral y cómo son nombrados tanto sus miembros como el registrador nacional del Estado Civil.

Desde 1991, se han tramitado distintos proyectos de Código Electoral en el Congreso de la República, con el objeto de adaptar la legislación a la nueva Constitución. Sin embargo, hasta ahora todos han fracasado. De esta manera, continúa en vigor el Código Electoral expedido mediante el Decreto 2241 de 1986, el cual constituye un reordenamiento de las leyes 28 de 1979, 85 de 1981 y 96 de 1985.¹⁸

Los órganos directivos de la organización electoral colombiana, como ya se vio, son el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil. Desde su creación, los dos órganos han materializado el mandato contenido en la Constitución de 1886 acerca de la separación entre las funciones de escrutinio y las electorales. Así, mientras que el Consejo Nacional Electoral ha estado siempre a la cabeza de todas las tareas de escrutinio, a la Registraduría le ha correspondido la organización material de todos los procesos electorales.

ción del Consejo fue luego asumida por el Código Electoral de 1986, pero, como veremos a continuación, modificada por la Constitución de 1991.

18 Con estas tres leyes se había reemplazado el anterior Código Electoral, la Ley 85 de 1916 con sus disposiciones complementarias. Es importante anotar que el actual Código Electoral ha sido modificado a través de las leyes 62 de 1988 y 6 de 1990. Además, mediante la norma 58 de 1985, se dictó la primera Ley de Partidos en Colombia, que sería luego modificada por la Ley 130 de 1994.

Los organismos escrutadores son, con excepción del Consejo Nacional Electoral, de carácter transitorio. Ello significa que para cada elección se designan sus integrantes. El nombramiento es de forzosa aceptación. En orden ascendente, los organismos escrutadores son: los jurados de votación, encargados de atender las mesas de votación y de realizar el primer conteo de los votos, y los cuales son nombrados por los registradores distritales y municipales.

A continuación están las comisiones escrutadoras distritales, municipales y zonales, conformadas por dos ciudadanos, los cuales son nombrados diez días antes de las elecciones por el Tribunal Superior de Distrito Judicial respectivo. Ellas se encargan, respectivamente, de la práctica de los escrutinios a escala del distrito capital de Bogotá, de los municipios y de las zonas en que estos últimos son divididos cuando el número de habitantes así lo requiere. Igualmente, las comisiones distritales y las municipales tienen la tarea de declarar la elección de los concejales y los alcaldes, y de expedir las credenciales correspondientes.

En el ámbito departamental se encuentran los delegados del Consejo Nacional Electoral, dos por cada circunscripción, quienes son nombrados quince días antes de las elecciones. Estos delegados realizan el escrutinio general de la circunscripción respectiva en las elecciones para Cámara de Representantes y asambleas departamentales, así como también expiden las credenciales correspondientes.¹⁹

Finalmente, el Consejo Nacional Electoral, máximo cuerpo escrutador y el único con carácter permanente, realiza el escrutinio general de los votos en las elecciones para presidente de la República y senadores. A él le corresponde, además, conocer y decidir por la vía administrativa sobre las impugnaciones presentadas contra las decisiones de sus delegados, así como dirimir los desacuerdos que se presenten entre estos. En las tareas de escrutinio, el registrador nacional del Estado Civil actúa como secretario del Consejo Nacional Electoral.

Por su parte, la Registraduría Nacional del Estado Civil tiene sus oficinas centrales en Bogotá y cuenta con dependencias en todo el país. En el ámbito de los departamentos y del distrito capital de Bogotá son dirigidas, respectivamente, por los delegados del registrador nacional del Estado Civil, y por los registradores distritales, en todos los casos dos, los cuales son nombrados directamente por el registrador nacional. Los delegados tienen entre sus funciones la de nombrar a los

19 Antes de la Constitución de 1991, a los delegados del Consejo Nacional Electoral les correspondía también realizar el escrutinio de las elecciones para Senado en su jurisdicción departamental y expedir las credenciales respectivas. Con la Constitución de 1991, esta facultad pasó a manos del Consejo Nacional Electoral, que hace el escrutinio de todas las votaciones a escala nacional y expide las credenciales correspondientes.

registradores municipales del Estado Civil y a los demás empleados electorales de su sección, al mismo tiempo que los registradores distritales designan a los registradores auxiliares del Distrito y a los demás funcionarios de él.

Como se ha manifestado, tradicionalmente el campo de acción del Consejo Nacional Electoral estuvo limitado a la práctica de los escrutinios en todos los procesos electorales y al ejercicio de funciones similares a las de una junta directiva de la Registraduría Nacional del Estado Civil. Esta situación cambió con la Ley 58 de 1985, la primera ley de partidos políticos dictada en el país;²⁰ con la Ley 62 de 1988, la cual confirió poder disciplinario a organismos derivados del Consejo Nacional Electoral; y, fundamentalmente, con la Constitución de 1991.

La Constitución de 1991 le otorgó carácter constitucional a una serie de funciones del Consejo, al determinar en su artículo 265^o cuáles serían sus atribuciones especiales. Estas son actualmente:²¹

- 1) Ejercer la suprema inspección y vigilancia de la organización electoral.
- 2) Conocer y decidir definitivamente los recursos que se interpongan contra las decisiones de sus delegados sobre escrutinios generales y en tales casos hacer la declaratoria de elección y expedir las credenciales correspondientes. Desde la Ley 96 de 1985, para la resolución de los recursos el Consejo puede pronunciarse sobre las situaciones de hecho y sobre cuestiones de derecho. Antes de esta ley, la antigua Corte Electoral solo estaba facultada para tomar posición acerca de las situaciones de hecho, puesto que todo lo rela-

20 A pesar de la aprobación tardía de esta ley, lo cierto es que desde hacía muchas décadas se discutía en Colombia sobre la necesidad de reglamentar la actividad de los partidos políticos. Así, por ejemplo, Montoya comenta en su libro (1938: 51-57), el proyecto de ley presentado en 1926 por el senador Antonio José Restrepo, en el cual se incluía la exigencia del registro de los partidos ante la organización electoral. Cepeda Ulloa (1987) recopila en su publicación los diferentes proyectos de ley de partidos que se debatieron en el Congreso desde 1959. En su libro incluye también un proyecto de ley (al final fallido) presentado en 1986 para derogar en su totalidad la Ley 58 de 1985. También hace referencia a las varias demandas de inconstitucionalidad que se elevaron contra la referida ley. Todo ello permite entender el recelo que despertaba la regulación de las actividades partidarias, sobre todo por el temor de que su reglamentación fuera utilizada por el Estado para controlar los partidos e inmiscuirse en su vida interna. Ver, por ejemplo, las críticas de Noriega (1980: 96 ss.), al proyecto que posteriormente se convertiría en la Ley 28 de 1979, en el cual se incluía inicialmente un articulado destinado a la regulación de los partidos políticos. Igualmente, ver Echeverry (1982: 7-8); Camargo (s/f: cap. XXII).

21 Entre las funciones asignadas al Consejo Nacional Electoral en la Constitución de 1991 se encontraba la de elegir y remover al registrador nacional del Estado Civil. Sin embargo, tal como se verá más adelante, esa función le fue retirada mediante el Acto Legislativo 01 de 2003. Por eso, no se enunciará en este aparte.

cionado con la interpretación jurídica le incumbía únicamente a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo (cf. Hernández 1988: 81; Vives 1984: 96-97).

Es importante precisar que las decisiones del Consejo Nacional Electoral tienen un carácter meramente administrativo, razón por la cual pueden ser impugnadas ante la justicia contencioso-administrativa. Aun cuando en varias ocasiones se ha propuesto que se modifique la ley o la Constitución para que los fallos del Consejo Electoral (o de la antigua Corte Electoral) pasen a ser irrecurribles, esta sugerencia no ha contado con éxito.²²

- 3) Servir de cuerpo consultivo del Gobierno en materias de su competencia, presentar proyectos de acto legislativo y de ley, y recomendar proyectos de decreto.
- 4) Velar por el cumplimiento de las normas sobre partidos y movimientos políticos, y de las disposiciones sobre publicidad y encuestas de opinión política; por los derechos de la oposición y de las minorías y por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plena garantía.
- 5) Distribuir los aportes que establezca la ley para el financiamiento de las campañas electorales y el funcionamiento de los partidos. Al respecto es importante precisar que el artículo 109 de la Constitución establece que el Consejo fijará los montos máximos de gastos para las campañas y para las contribuciones particulares a estas. Además, cabe añadir que el financiamiento de las campañas operó tradicionalmente mediante el sistema de reposición de votos, pero a partir de la reforma constitucional que autorizó la elección presidencial inmediata por una sola vez (el Acto Legislativo 02 de 2004) y de la Ley de Garantías Electorales que fue dictada a continuación (la Ley 996 de 2005), se estableció la financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales y la entrega anticipada de un importante porcentaje de esa financiación estatal.
- 6) Efectuar el escrutinio general de toda votación nacional, hacer la declaratoria de elección y expedir las credenciales a que haya lugar.
- 7) Reconocer la personería jurídica de los partidos y de los movimientos políticos.
- 8) Reglamentar la participación de los partidos y movimientos políticos en los medios de comunicación social del Estado. Sobre este punto interesa anotar que el Estatuto de los Partidos Políticos (Ley

22 Ver, por ejemplo, de la Calle (1982: 1-2) y su Informe del registrador nacional del Estado Civil a la Corte Electoral (Colombia, 1983: 1-7). Asimismo, ver el informe de la Comisión de Estudios sobre la Violencia (1987: 55).

130 de 1994) y la Ley de Garantías Electorales (Ley 996 de 2005) establecen que los concesionarios y operadores privados de radio y televisión deben garantizar el pluralismo, el equilibrio informativo y la veracidad en el manejo de la información sobre las campañas presidenciales y el proselitismo electoral, y que el Consejo Nacional Electoral será el encargado de hacer cumplir estas disposiciones.

- 9) Colaborar para la realización de consultas internas de los partidos y movimientos para la elección de sus candidatos a la presidencia, a las gobernaciones departamentales o a las alcaldías municipales, o para la toma de decisiones internas.
- 10) Darse su propio reglamento.

De la misma manera, las leyes contemplan funciones adicionales del Consejo Nacional Electoral. Así, el estatuto básico de los partidos establece que al Consejo le corresponde sancionar a los partidos y agrupaciones por violación a sus normas, e investigar y sancionar las denuncias sobre violación de los reglamentos sobre publicidad política y electoral. Del mismo modo, la Ley 62 de 1988 dispone que el Consejo debe designar antes de cada debate electoral un Tribunal Nacional y Tribunales Seccionales de Garantías Electorales (uno por cada entidad territorial), para asegurar el normal proceso de las elecciones y la imparcialidad de los funcionarios públicos.

También, el Código Electoral establece una serie de facultades del Consejo Nacional Electoral, tal como se indica a continuación, aun cuando en este caso es importante mencionar que, recientemente, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de muchas de esas facultades.²³

- 1) Designar sus delegados para las tareas de escrutinios en cada circunscripción electoral.
- 2) Aprobar los nombramientos de secretario general, visitantes nacionales, delegados del registrador nacional del Estado Civil y

23 La decisión de la Corte se tomó a través de la sentencia C-230 de 2008, que conoció sobre una demanda de inconstitucionalidad presentada contra un amplio número de normas del Código Electoral. El texto de la sentencia no se conoce todavía, pero del comunicado expedido por la Corte se puede extraer que las normas declaradas inconstitucionales fueron aquellas en las que se contemplaba que ciertos cargos debían ser ocupados por personas pertenecientes a diferentes partidos políticos, lo cual significaba que para ejercer algunas posiciones era necesario demostrar una afiliación política determinada, y las que permitían la injerencia del Consejo en actividades propias de la Registraduría. Es importante mencionar que en la sentencia se exhortó al Congreso de la República "...para que antes del 16 de diciembre de 2008, profiera la ley que tenga por objeto armonizar el Código Electoral con el modelo de organización electoral adoptado por la Constitución de 1991, con la reforma expedida mediante el Acto Legislativo 01 de 2003 y en particular, la reglamentación de la carrera administrativa especial prevista en el artículo 266 de la Carta Política".

registradores distritales de Bogotá, que son realizados por el registrador nacional del Estado Civil (declarada inconstitucional).

- 3) Aprobar las resoluciones que dicte el registrador nacional del Estado Civil sobre creación, fusión y supresión de cargos, lo mismo que respecto de la fijación de los sueldos y viáticos (declarada inconstitucional).
- 4) Aprobar el presupuesto que le presente el registrador nacional del Estado Civil, así como sus adiciones, traslaciones, créditos o contracréditos (declarada constitucional, de manera condicionada).
- 5) Aprobar los proyectos del registrador nacional con respecto a las dimensiones y contenido de la cédula de ciudadanía y la tarjeta de identidad.
- 6) Aprobar los proyectos del registrador en relación con los municipios que deben zonificarse para facilitar las inscripciones, votaciones y escrutinios, y con la determinación del número de ciudadanos que puede sufragar en cada mesa de votación (declaradas inconstitucionales).
- 7) Realizar las labores de junta directiva del Fondo Rotatorio de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Por otro lado, la Constitución de 1991 se limita a disponer que las funciones de la Registraduría Nacional del Estado Civil serán determinadas en la ley y que entre ellas se habrán de incluir la dirección y organización de las elecciones, el registro civil y la identificación de las personas (art. 266). Estas facultades fueron confirmadas en el Acto Legislativo 01 de 2003 (art. 14).

El Código Electoral no determina específicamente cuáles son las labores de la Registraduría, pero sí precisa cuáles son las atribuciones de los funcionarios directivos a escala nacional, regional y municipal, esto es, del registrador nacional del Estado Civil, de los delegados del registrador nacional en las diferentes circunscripciones, de los registradores del distrito especial de Bogotá, de los registradores municipales y auxiliares y de los delegados de estos últimos. Resumiendo, podemos encontrar que las tareas más importantes de la Registraduría son las siguientes:

- 1) La organización material y la vigilancia del desarrollo de todo el proceso electoral. En consecuencia, ella debe proporcionar las regulaciones de carácter técnico necesarias para el buen desarrollo de las elecciones y suministrar todos los enseres y elementos que sean necesarios.
- 2) La preparación y el suministro a los electores de las tarjetas de votación para todas las elecciones. Esta norma se respalda en el artículo 258 de la Constitución de 1991, el cual estableció que todas las papeletas electorales debían ser elaboradas y distribuidas oficialmente.

- 3) La elaboración del registro civil.
- 4) La expedición de los documentos de identidad, es decir, de la cédula de ciudadanía y de las tarjetas de identidad.
- 5) La elaboración y actualización del censo electoral.
- 6) La publicación de los resultados de las elecciones.
- 7) La actuación en los diferentes niveles de la organización como secretarios de los distintos organismos escrutadores y como coclaveros del arca triclave.
- 8) La realización de investigaciones para los Tribunales Nacional y Regionales de Garantías Electorales.

3. Nombramiento de los directivos de la organización electoral

El Código Electoral establecía que los siete magistrados del Consejo Nacional Electoral serían nombrados por el Consejo de Estado en pleno,²⁴ es decir, en sesión en la que participan todos los integrantes de este cuerpo. El Código relacionaba en forma directa la composición del Consejo Nacional Electoral con los resultados electorales inmediatamente anteriores. Cada uno de los dos partidos mayores obtenía tres asientos en el Consejo, y el tercer partido tenía derecho a un magistrado. En la práctica, la norma significaba que cada uno de los dos partidos tradicionales, el Liberal y el Conservador, tenían derecho a tres bancas en el Consejo. La afiliación política de los consejeros se comprobaba con una simple declaración juramentada de su parte.

La Constitución de 1991 corroboró que la designación reposa en el Consejo de Estado. Sin embargo, en armonía con su propósito de ampliar el espacio político a otros partidos y movimientos, dispuso que el Consejo Nacional Electoral debía reflejar la composición política del Congreso y que los nombramientos se efectuarían sobre ternas elaboradas por los partidos y movimientos políticos.²⁵ Igualmente, en la Carta

24 Anteriormente, los magistrados de la Corte Electoral habían sido nombrados por la Corte Suprema de Justicia. No es ocioso expresar que la decisión de que los magistrados fueran designados por un organismo judicial, siguiendo las normas sobre distribución de los asientos entre los partidos, permitió que para los nombramientos se tuvieran en cuenta criterios adicionales a los meramente partidistas.

25 Para las elecciones parlamentarias de 1991, ordenadas por la nueva Constitución luego de declarar en receso permanente al Congreso elegido en 1990, se dispuso (art. transitorio 32) que el número de miembros del Consejo Nacional Electoral en funciones habría de ser aumentado en cuatro magistrados, según ternas presentadas por los partidos y movimientos políticos que no se encontraran representados en el Consejo, todo de acuerdo con los resultados que hubieran obtenido en las elecciones de constituyentes del 9 de diciembre de 1990. El partido más votado de ellos obtuvo dos puestos y los dos siguientes

política se determinó que la ley establecería el número de los integrantes del Consejo, declarando únicamente que no podían ser menos de siete.

Posteriormente, el artículo 36 de la Ley 130 de 1994 —el Estatuto Básico de los Partidos y Movimientos Políticos— dispuso que dos de los puestos del Consejo Nacional Electoral serían para los partidos que no hubieran alcanzado representación en el Consejo Nacional Electoral y que no participaran en el Gobierno. Con base en lo anterior, el Consejo de Estado decidió que el Consejo Nacional Electoral contaría con nueve integrantes. De ellos, siete serían designados de acuerdo con la norma constitucional que determinaba que la composición del organismo debía reflejar la integración del Congreso, mientras que los otros dos consejeros serían elegidos según lo estipulado en la ley de partidos, es decir, que habrían de ser delegados de dos agrupaciones que no habían alcanzado representación en el Consejo y no se encontraban participando en el Gobierno.

Las normas anteriores fueron modificadas por el artículo 14 del Acto Legislativo 01 de 2003, en el cual se dispuso que el Consejo Nacional Electoral contaría con nueve miembros, elegidos por el Congreso de la República mediante el sistema de cifra repartidora, previa postulación de los partidos o movimientos políticos con personería jurídica o por coaliciones entre ellos.

De acuerdo con el Código, el periodo de los magistrados del Consejo Electoral era de cuatro años, tiempo que se empezaba a contar desde el 1 de septiembre inmediatamente posterior al inicio de cada uno de los respectivos periodos constitucionales del Congreso. El Código establecía que los magistrados no podían ser reelegidos para el periodo inmediatamente siguiente. Esta restricción parcial fue generalizada por la nueva Constitución, la cual dispuso que los magistrados no eran reelegibles. A su vez, el Acto Legislativo 01 de 2003 corroboró que el periodo es de cuatro años, pero estableció la posibilidad de reelección por una sola vez.

Para ser miembro del Consejo Nacional Electoral se exigen las mismas calificaciones que para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia, las cuales, según el artículo 232 de la Constitución son: ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía; ser abogado titulado; haber desempeñado durante diez años cargos en la Rama Judicial o en el Ministerio Público, o haber ejercido, con buen crédito y por el mismo tiempo, la profesión de abogado o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente; y

un asiento cada uno.

no haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.

Importa aclarar que el Código dispone, en norma que no fue contrariada por la Constitución, que los candidatos a magistrados del Consejo deben haber estado libres de responsabilidades políticas en el tiempo anterior a la designación. Ciertamente, el artículo 17 establece como requisito para la elección que, en los dos últimos años, el candidato no haya sido elegido para alguna corporación pública ni haya actuado como miembro de directorio político. También dispone que los miembros del Consejo Nacional Electoral no pueden ser elegidos para cargos de elección popular durante el periodo en el que fueron nombrados como magistrados, ni dentro del año siguiente a la dejación del cargo.

El artículo 15 del Acto Legislativo 01 de 2003 dispuso que los miembros del Consejo Nacional Electoral "...tendrán las mismas calidades, inhabilidades, incompatibilidades y derechos de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia". Ello implica que los miembros del Consejo Nacional Electoral no pueden ser removidos sino a través del procedimiento especial fijado en la Constitución para el juzgamiento de los altos funcionarios, es decir, a través de un proceso en el Congreso de la República.

Hasta la reforma del año 2003, los magistrados del Consejo Nacional Electoral ejercieron sus funciones de manera permanente, aun cuando sin sujeción a jornada ni a una remuneración mínima.²⁶ Ellos no eran, pues, funcionarios de tiempo completo y podían continuar con el ejercicio de sus respectivas actividades profesionales, aun cuando la ley les imponía ciertas restricciones.²⁷ Por ello, la ley establecía que el Consejo se reuniría por lo menos una vez al mes y, además, por convocatoria de su presidente o de la mayoría de sus miembros, o por solicitud del registrador nacional del Estado Civil. Esta situación fue

26 El Decreto 760 de 1989 les otorgaba un ingreso fijo al establecer que los miembros del Consejo Electoral devengarían el 75 % de la asignación mensual total de los consejeros de estado.

27 El artículo 23 del Código disponía que durante su tiempo de permanencia en el cargo y en el año posterior a su retiro los magistrados estaban inhabilitados para: a) ejercer la profesión de abogado, como litigantes o asesores, en asuntos electorales o contractuales de derecho público, salvo, en este último caso, cuando actúen en defensa de la administración; b) celebrar por sí o por interpuesta persona contratos con el Estado; y c) acceder a los cargos de presidente de la república, ministro o viceministro, contralor general de la república, procurador general de la nación, jefe de departamento administrativo, miembro del congreso o gobernador de departamento.

modificada mediante el Acto Legislativo 01 de 2003, en el cual se determinó que serían servidores públicos de dedicación exclusiva.²⁸

El presidente es elegido por el mismo Consejo para un periodo de un año. El quórum deliberatorio es de la mitad más uno de sus miembros y para la toma de decisiones se requiere de la aprobación de las dos terceras partes de los integrantes de la corporación.

Así también, desde 1948, el nombramiento y la remoción del registrador nacional del Estado Civil le correspondía al Consejo Nacional Electoral. El Código Electoral preceptuaba que el periodo del registrador era de cuatro años. Este periodo fue ampliado a cinco por la Constitución de 1991, la cual añadió, sin embargo, que el registrador no podía ser reelegido.

El Acto Legislativo 01 de 2003 modificó sustancialmente el punto de la elección del registrador —y con ello la relación entre el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría—, al establecer que el registrador ya no será nombrado por el Consejo Nacional Electoral, sino que será escogido, mediante un concurso de méritos organizado de acuerdo con los términos legales, por los Presidentes de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.²⁹ El Acto Legislativo determinó que su periodo será de cuatro años, pero que puede ser reelegido por una sola vez. Además, estableció que el registrador debe reunir las mismas condiciones exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, y no puede haber ejercido funciones en cargos directivos en partidos o movimientos políticos dentro del año inmediatamente anterior a su elección.

28 Las condiciones laborales de los magistrados han despertado controversias. Antes de ser aprobada la reforma, el columnista Roberto Posada criticaba la manera en que funcionaba el Consejo: “Lo cierto es que el Consejo Electoral se clientelizó y burocratizó. Sus magistrados no tienen horario; escasamente trabajan medio tiempo y devengan más de 12 millones de pesos al mes. El Estado les otorga oficina, secretaria, teléfono, carro y chofer. ¡Cuentan con asesores pagados! No tienen inhabilidades. Pueden ejercer y en efecto ejercen la profesión de abogados, salvo en asuntos electorales. Y, por si fuera poco, asisten con viáticos oficiales a todas las elecciones que se celebran fuera de Colombia” (*El Tiempo*, 30/04/2003). También la determinación de convertir a los magistrados en servidores públicos de dedicación exclusiva fue controvertida, dados los gastos que ella ocasiona. Las críticas fueron respondidas por el presidente del Consejo de la siguiente manera: “Anteriormente, los magistrados venían una vez al mes a sala, tenían unos honorarios de 11 millones de pesos, podían tener una pensión, podían tener contratos, podían litigar, podían hacer lo que quisieran [...] ¿Qué es mejor: un funcionario de tiempo completo bien remunerado y que le ha dado resultados al país o uno que viene una vez al mes a sala” (*El Tiempo*, 30/04/2003).

29 El procedimiento para el nombramiento del registrador nacional del Estado Civil fue establecido en la Ley 1134 de 2007 y fue aplicado por primera vez en el año 2007.

4. Entrega de la organización electoral a los partidos políticos y los problemas que ello representa

Tradicionalmente, la organización electoral colombiana se ha caracterizado por el control que han ejercido sobre ella los partidos políticos. Durante mucho tiempo, eso significó que estuviera dominada en forma paritaria por las dos agrupaciones políticas que han gobernado tradicionalmente al país, el Partido Liberal y el Partido Conservador. De esta manera, la organización electoral fue marcada directamente por el predominio bipartidista en el sistema político colombiano.

El control bipartidista sobre la organización electoral se evidenciaba al examinar la estructura de la Registraduría y de los cuerpos escrutadores, tal como estaba contemplada en el Código Electoral —siguiendo los parámetros fijados en la Ley 89 de 1948—. Así, en el caso del registrador nacional y el secretario general de la Registraduría el Código dispone que el primero nombra al secretario general, y ordena que este último sea de filiación política distinta a la del registrador nacional.

Por otro lado, tanto los delegados departamentales del registrador nacional del Estado Civil y los registradores del distrito capital de Bogotá, como los miembros de las comisiones escrutadoras distritales, municipales y zonales y los delegados del Consejo Nacional Electoral son siempre dos. A ello se debe agregar, además, que el código estatuye que en los municipios con más de 100.000 cédulas de ciudadanía vigentes el número de registradores municipales debe ser de dos. Para todos los casos, el Código Electoral establecía que debían ser de “distinta filiación política”, lo cual en la realidad colombiana significó tradicionalmente que las dos posiciones se distribuían entre los liberales y los conservadores, o entre agrupaciones derivadas y afines a uno de los dos partidos.

No obstante, es importante anotar que todas las normas del Código Electoral que ordenaban que para los cargos mencionados debía tenerse en cuenta la filiación política de las personas fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional, en la sentencia C-230 de 2008.³⁰

30 Al respecto se indicó en el comunicado de prensa de la Corte, el No. 11 del 6 de marzo de 2008: “En nuestro sistema constitucional, el pluralismo político ya no se expresa exclusivamente a través de los partidos o movimientos políticos, sino que la participación ciudadana desborda los canales por ellos ofrecidos y como consecuencia de ello, constitucionalmente no es necesario ni adecuado condicionar el acceso a cargos de la Registraduría Nacional del Estado Civil a la pertenencia a un partido político y menos todavía so pretexto de garantizar imparcialidad o de garantizar la [no] alteración de los resultados electorales en detrimento de algún partido o de asegurar la transparencia de

También el artículo 10 del Código Electoral era muy indicativo acerca del control de los partidos políticos sobre la Registraduría. El artículo establecía que “...los dos partidos políticos que hayan obtenido mayoría en las últimas elecciones estarán representados paritariamente, en igualdad de circunstancias, en la organización electoral, sin perjuicio del régimen de imparcialidad política y garantías que corresponde a todos los ciudadanos”. Como se aclaró antes, la realidad política colombiana permitía deducir claramente que los dos partidos mencionados eran el liberal y el conservador.

Claro está que el mencionado artículo 10 podía aplicarse solamente a los cargos de libre nombramiento y remoción, pues no a los comprendidos dentro de la carrera administrativa, cuyo cubrimiento debe estar ajeno a la militancia política de los aspirantes a ellos.³¹ Sin embargo, lo cierto es que, durante mucho tiempo, el sistema de carrera administrativa no tuvo mayor desarrollo en el país, a pesar de las distintas disposiciones dictadas para implementarla. Y la Registraduría Nacional del Estado Civil no constituía una excepción a la regla.³²

conformidad con una visión estrictamente partidista. De este modo, la referencia a la filiación política como condición de acceso a dichos cargos impone una exigencia que no pueden cumplir quienes no tienen afiliación a ninguna de esas agrupaciones políticas, por decisión propia. Además, la persona tiene derecho a no revelar cuál es su posición política y a mantener el secreto de su voto. [...] En cuanto se refiere a los nombramientos de los cargos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Corte subrayó que esos cargos son de carrera administrativa especial y como tal deben ser provistos mediante concurso de méritos, en los términos del artículo 266 de la Constitución. En tal sentido se ordenó que antes del 31 de diciembre de 2008, el registrador convoque el respectivo concurso y mientras tanto esos nombramientos serán en provisionalidad”.

31 El sistema de carrera fue introducido en la Registraduría a través de los decretos 1487 y 3492 de 1986. Este último determinó cuáles cargos no eran de carrera y, por lo tanto, debían distribuirse de acuerdo con el sistema de la paridad. Antes de los referidos decretos, los empleos de la Registraduría Nacional del Estado Civil eran de libre nombramiento y remoción. En efecto, en el Decreto 2400 de 1968 y en su decreto reglamentario 1950 de 1973, reguladores de la administración del personal civil de la Rama Ejecutiva, se estipuló expresamente (arts. 3 y 18, respectivamente) que no eran funcionarios de carrera los “de la Registraduría Nacional del Estado Civil, cuya designación está regulada por leyes especiales”. Por eso, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto pronunciado en 1984, expresó que el sistema de administración de personal con base en la carrera administrativa estaba “excluido de plano con respecto al que presta sus servicios a la Registraduría Nacional del Estado Civil dado el carácter de libre nombramiento y remoción de todos los empleados adscritos a su organización, previsto por su estatuto orgánico y expresamente atribuido por los decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973” (ver la recopilación de la jurisprudencia en materia electoral del Consejo de Estado, publicada por Espinosa y González 1988: 183).

32 No es ocioso mencionar que luego de expedirse la Constitución de 1991 se entendió que el artículo 10 del Código Electoral había sido derogado tácitamente. Por otra parte, en la mencionada sentencia C-230 de 2008 se declaró su inconstitucionalidad.

Evidentemente, la posibilidad de que algunos partidos se tomen los cargos de la Registraduría genera muchos recelos y dudas acerca de la capacidad de este organismo para garantizarle condiciones de transparencia a todos los intervinientes en las elecciones. Por eso, en el Acto Legislativo 01 de 2003, se dispuso que la Registraduría Nacional tendrá un régimen de carrera especial, al cual se ingresará mediante concurso de mérito.³³ Lamentablemente, esta norma aún no ha sido reglamentada legalmente.

Como se observa, algunas formas de control de los partidos sobre la organización electoral han sido eliminadas, bien sea a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional —al determinar que la afiliación política no puede ser tenida en cuenta para proveer los cargos de la organización electoral—, o bien a través del procedimiento de reforma constitucional —tal como ocurrió con el establecimiento del sistema especial de carrera electoral—. Sin embargo, todavía continúa vigente una de las fórmulas más importantes para asegurar el control de los partidos políticos sobre la organización electoral, cual es la de entregarle a las agrupaciones políticas, por decisión constitucional, el control del Consejo Nacional Electoral.

Como ya se ha manifestado, los asientos de la antigua Corte Electoral fueron regularmente distribuidos por partes iguales entre los liberales y los conservadores. Solamente hasta la Ley 23 de 1979 se decidió que mientras que estos dos partidos enviarían cada uno 3 o 4 representantes, según fuere el número total de integrantes del organismo, el tercer partido en votación tendría derecho también a un representante. Este fue, pues, el único miembro de un partido diferente a los liberales y a los conservadores que tuvo acceso al órgano directivo de la organización electoral.

El control liberal-conservador del organismo electoral fue materia de amplias discusiones.³⁴ La Constitución de 1991 reaccionó ante ellas y, en armonía con su intención de abrir el espacio político para otras fuerzas, decidió, como ya se vio, que la integración del Consejo Na-

33 El inciso tercero del artículo 15 del Acto Legislativo prescribe: “La Registraduría Nacional estará conformada por servidores públicos que pertenezcan a una carrera administrativa especial a la cual se ingresará exclusivamente por concurso de méritos y que preverá el retiro flexible de conformidad con las necesidades del servicio. En todo caso, los cargos de responsabilidad administrativa o electoral serán de libre remoción, de conformidad con la ley”.

34 Ver, por ejemplo, Camargo (s/f: 521); Vives (1984: 93); Gómez Mejía (1978: 78); Comisión de Estudios sobre la Violencia (1987: 55); y Santamaría y Silva (1984: 112). Estos últimos relatan que el Partido Comunista proponía, en un proyecto de reforma electoral, eliminar la paridad en la organización electoral, democratizándola y permitiendo la participación en ella de nuevas fuerzas políticas.

cional Electoral reflejara la composición política del Congreso.³⁵ Esta disposición fue modificada por el Acto Legislativo 01 de 2003, que estableció que los nueve miembros del Consejo Nacional Electoral serán elegidos por el Congreso de la República, de listas presentadas por los partidos con personería jurídica o por coaliciones entre ellos. De esta manera, la composición actual del Consejo depende directamente de la correlación de fuerzas entre los partidos políticos con presencia en el Congreso de la República.

Pues bien, la decisión de entregar el control de los organismos electorales a los partidos políticos no es la más adecuada para alcanzar el propósito de que la organización electoral brinde a todas las fuerzas políticas garantías de transparencia en las elecciones. Ciertamente, los métodos seleccionados en la Constitución de 1991 y en el Acto Legislativo 01 de 2003 para determinar la integración del Consejo Nacional Electoral generan múltiples problemas.

En relación con el sistema determinado en la Constitución de 1991 se encuentra, en primer lugar, que el hecho de que los miembros del Consejo Nacional Electoral fueran nombrados con base en ternas presentadas por los grupos políticos traía consigo el que estos delegados adquirieran obligaciones para con sus partidos. Así las cosas, no se veía claro cómo podrían ellos entrar a ejercer sus funciones de manera absolutamente imparcial, puesto que el cumplimiento de sus tareas les podía acarrear dificultades con su propia organización política. Lo anterior se hacía incluso más evidente al observar que los candidatos propuestos por los partidos eran normalmente personas que habían estado comprometidas durante mucho tiempo con las actividades partidarias.

Pero, además, el modelo de integración descrito permitía que los partidos más fuertes impidieran que el Consejo se pronunciara en su contra, con lo cual esas agrupaciones podían excluirse del control del Consejo Nacional Electoral. De acuerdo con el Código Electoral, en todos los casos las decisiones del Consejo Nacional Electoral se tomarán por las dos terceras partes de los integrantes. Ello significaba que los partidos que obtuvieran una tercera parte de los asientos del Consejo o más³⁶ tenían la posibilidad de obstaculizar cualquier decisión del Consejo que los pudiera afectar.

35 No es ocioso añadir que en las actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 se observa un acuerdo general acerca de este método de integración del Consejo Nacional Electoral. Dicho método también fue recomendado en el informe elaborado por la Comisión de Estudios sobre la Violencia (1987: 55).

36 De hecho, en varias ocasiones, un partido ha logrado obtener la mayoría de los puestos del Consejo. Así sucedió en 1992, cuando de los once miembros del Consejo Nacional Electoral seis pertenecían al Partido Liberal. Una situa-

Por otra parte, la determinación de que solo los partidos con representación parlamentaria podían enviar delegados al Consejo Nacional Electoral significaba que las agrupaciones que contaban con muy buena votación en los ámbitos regionales y locales pero no tenían representación en el Congreso de la República quedaban excluidos del Consejo. Ello a pesar de que en algunos casos la votación de esos partidos regionales superaba por mucho la de algunos partidos con asiento en el Consejo. De la misma manera, este sistema de nombramiento implicaba que los partidos nuevos y la mayoría de los pequeños se quedarán sin representación en el Consejo, lo cual favorecía la aparición de discusiones indeseables acerca de la imparcialidad del organismo electoral.

Otra desventaja del método de integración del Consejo Nacional Electoral fijado por la Constitución de 1991 era que la composición de este dependía de los resultados electorales periódicos, lo cual implicaba que los miembros debían ser sustituidos regularmente. Esta característica, acompañada de la prohibición de la reelección, impedía que la experiencia de los miembros del Consejo redundara en un mejor funcionamiento del organismo y determinaba que cada cuatro años ingresaran personas nuevas que tenían que empezar por aprender todo desde el principio. Este hecho es especialmente cuestionable si se tiene en cuenta que la materia electoral exige experiencia y conocimientos específicos.

Finalmente, la composición partidista del Consejo daba pie a que surgieran ásperas discusiones acerca de cuál debía ser la proporción de asientos de cada partido y cuáles debían ser los partidos representados en el organismo. Además, como se vio en distintas oportunidades, propició debates inconvenientes acerca de cuál debía ser la filiación política del registrador nacional del Estado Civil, funcionario que, como ya se dijo, era elegido por el Consejo Nacional Electoral y tiene la tarea

ción similar se podría haber presentado tras las elecciones de 1994, de no haber mediado la decisión del Consejo de Estado de señalar que el Consejo Nacional Electoral contaría con nueve integrantes, siete designados de según la norma constitucional que determinaba que la composición del organismo debía reflejar la integración del Congreso, y dos elegidos de acuerdo con lo estipulado en la ley de partidos; es decir, que habrían de ser delegados de dos agrupaciones que no habían alcanzado representación en el Consejo y no se encontraban participando en el Gobierno. Sobre la base de esta definición, el Consejo de Estado resolvió asignarle al Partido Liberal cuatro consejeros, al Partido Conservador dos y al Movimiento Nacional Conservador uno. Posteriormente, se eligió a un representante por el Movimiento de Salvación Nacional y otro por la AD-M-19, como delegados de los partidos no presentes en el Gobierno. Luego, en los años de 1998 y 2002, el Partido Liberal obtuvo nuevamente la mayoría de los asientos del Consejo al contar con cinco de sus integrantes en las dos ocasiones. Finalmente, en el año 2006, los partidos de la coalición uribista obtuvieron más de la mitad de los asientos del Consejo.

de organizar materialmente las elecciones. Esta situación no le hacía ningún bien a la imagen y a la credibilidad del órgano electoral, el cual tiene dentro de sus funciones fundamentales la de brindarle a todos los grupos la certeza de que todo lo relacionado con el proceso electoral es realizado dentro de un marco de absoluta imparcialidad.

Como ya se indicó, el Acto Legislativo 01 de 2003 reformó las normas sobre la integración del Consejo Nacional Electoral. Allí se dispuso que el Consejo se compondrá de nueve miembros, elegidos por el Congreso de la República en pleno, mediante el sistema de cifra reparadora, de listas presentadas por los partidos políticos con personería jurídica o por coaliciones entre ellos.

Las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 01 de 2003 agravan aún más los problemas que presentaba la fórmula de designación de los miembros del Consejo contenida en la Constitución de 1991. Ciertamente, los magistrados del Consejo continúan siendo elegidos por los partidos políticos, con lo cual no se garantiza que actúen de manera imparcial para brindar garantías a todos los partidos y ciudadanos acerca de la transparencia de las elecciones. Igualmente, los partidos más fuertes pueden impedir todavía que el Consejo tome determinaciones en contra de ellos. De la misma manera, la representación en el Consejo queda reservada únicamente a los partidos con representación en el Congreso de la República y los conflictos acerca de la composición del mismo se mantienen.³⁷ Pero, además, el nuevo sistema eliminó la representación de los partidos menores en el Consejo Nacional Electoral, que había contemplado el Estatuto de los Partidos, y eliminó la participación del Consejo de Estado en el nombramiento de los integrantes del Consejo, intervención que permitía morigerar de alguna forma el carácter meramente político de su designación.

En realidad, en relación con el Consejo Nacional Electoral el resultado de la reforma será el de una mayor politización del Consejo Nacional Electoral, con el agravante de que los asientos del Consejo quedaron reservados para los partidos políticos más fuertes. Evidentemente, esta situación afecta la confianza en la transparencia de los procesos electorales, lo cual resulta aún más peligroso si se tiene en cuenta la polarización y la desconfianza que generó la instauración de la reelección presidencial inmediata.

37 La elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral en el año 2006, realizada de conformidad con el sistema establecido por el Acto Legislativo 01 de 2003, generó importantes conflictos, inclusive con amenazas de denuncias penales, pues al final se frustró el propósito de que la coalición de partidos que apoyaba al presidente Uribe lograra la mayoría de las dos terceras partes de los asientos del Consejo.

Sin embargo, la reforma introducida mediante el Acto Legislativo 01 de 2003 sí merece ser destacada en un punto, cual es el de la designación del registrador nacional del Estado Civil. Como se ha manifestado, desde 1948, el registrador era designado y removido por el Consejo Nacional Electoral. Esta situación permitía que el Consejo o sus integrantes tuvieran injerencia en las actividades de la Registraduría, a favor de determinados partidos o movimientos políticos. Pues bien, en el Acto Legislativo 01 de 2003 se determinó que el registrador nacional del Estado Civil ya no será nombrado por el Consejo Nacional Electoral, sino por los presidentes de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, mediante un concurso de méritos reglamentado por la ley.

La modificación del sistema anterior de nombramiento del Registrador elimina un canal muy importante de intervención del Consejo en la Registraduría, con lo cual se garantizó una mayor independencia de esta en relación con los partidos. En este mismo sentido, obra la aludida sentencia C-230 de 2008 de la Corte Constitucional, que declaró la inconstitucionalidad de una serie de normas del Código Electoral que exigían que el registrador obtuviera la aprobación del Consejo Nacional Electoral para poder tomar diversas medidas.³⁸ Empero, el hecho mismo de que en adelante el registrador no va a ser nombrado o removido por el Consejo, aunado a que todavía no ha sido posible dictar un nuevo Código Electoral, acorde con la Constitución de 1991 y sus reformas, así como con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, permite prever que en el futuro se van a presentar muchos conflictos entre estas dos instancias, como de hecho ha ocurrido varias veces después de expedido el Acto Legislativo 01 de 2003.

5. Reflexiones finales: la necesidad de reformar a fondo la organización electoral colombiana

Durante muchas décadas, los colombianos consideramos que la organización electoral del país funcionaba de forma adecuada y garantizaba, de manera general, la transparencia de los comicios. Y, ciertamente, se puede decir que el modelo instaurado a partir de la Ley 89 de 1948 confirió legitimidad a los procesos electorales. Dado que los dos partidos tradicionales se controlaban mutuamente en los organismos

38 En el mencionado comunicado de prensa No. 11, del 6 de marzo de 2008, la Corte dijo al respecto: “La Corte recabó en la coordinación que se debe observar, en el ejercicio de la competencia a cargo de cada uno de los órganos de la organización electoral, sin desmedro de su autonomía. De igual modo, fueron retiradas del ordenamiento jurídico, las normas del Código Electoral que desconocen el ámbito de competencia propio de la Registraduría Nacional del Estado Civil”.

electorales y que todas las decisiones del Consejo Nacional Electoral se tomaban por las dos terceras partes de los votos, se logró impedir muchas formas de manipulación electoral y se puso fin a la práctica de rechazar los resultados electorales con el pretexto de que se había agenciado un fraude electoral.

El modelo de control liberal-conservador sobre la organización electoral entró en crisis junto con el dominio bipartidista del país. Por eso, en la Constitución de 1991, se intentó ampliar el espectro político a otros partidos y organizaciones y, en armonía con lo anterior, se dispuso que la organización electoral estuviera bajo el dominio de los partidos mayoritarios.

Sin embargo, lo cierto es que la politización extrema del Consejo Nacional Electoral implica que este no constituya una garantía de la transparencia e imparcialidad de los procesos electorales. Pero, además, esta situación ha impedido que el Consejo asuma tareas fundamentales para la legitimidad del sistema político colombiano, tales como ejercer un control activo sobre la vida interna de los partidos políticos, sobre la financiación de las campañas electorales, y sobre las actividades de los medios de comunicación y de las empresas encuestadoras en los procesos electorales.

Por lo anterior, todo indica que es necesario impulsar una reforma a fondo de la organización electoral colombiana. En la misma Asamblea Nacional Constituyente de 1991, se llegó a plantear la posibilidad de crear un tribunal electoral, a la manera de Costa Rica o Uruguay, que reúna tanto las funciones de organización de las elecciones y control de los partidos políticos, como la facultad de juzgar sobre los procesos electorales.³⁹ Sin embargo, este diseño tiene el problema de que concentra todas las decisiones en materia electoral y de partidos en un solo órgano, que es a la vez administrativo y judicial, lo que impide un control real sobre sus actividades.

Por ello, parece más conveniente asumir en el país una fórmula de organización electoral similar a la que tienen México y Chile. En estos dos países se diferencia claramente entre, por una parte, la administración material de las elecciones y el control de los partidos, y por otro lado, la definición de las controversias surgidas alrededor de las elecciones y de todos los actos relacionados con los procesos electorales

39 Esta fórmula ha sido implantada en un buen número de países en la región. En algunos de ellos se ha llegado incluso a establecer que las decisiones de carácter judicial tomadas por los tribunales electorales son absolutamente inimpugnables, de manera que ni siquiera pueden ser atacadas a través de recursos constitucionales como el de la tutela o amparo. Importa aclarar que esta última situación fue objeto de censura por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia del caso *Yatama vs. Nicaragua* (sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, No. 127).

y sus actores. Así, mientras las primeras tareas son confiadas a un ente administrativo, la labor de dirimir las controversias es adjudicada a un organismo de carácter judicial.⁴⁰

La aplicación de este modelo de organización electoral al caso colombiano significaría suprimir el Consejo Nacional Electoral, de manera que todas sus funciones sean asumidas por la Registraduría Nacional del Estado Civil. Ello arrojaría por lo menos cuatro ventajas.

En primer lugar, pondría fin a la injerencia de los partidos en la organización electoral. Claro está que para ello es necesario continuar con el sistema de nombramiento del registrador que fue introducido por la reforma constitucional de 2003, de acuerdo con la cual este funcionario es elegido por los presidentes de las Altas Cortes, a través de un concurso público de méritos. No obstante, es necesario advertir que la supresión del dominio de los partidos sobre la organización electoral no significa que ellos no puedan cumplir con funciones de vigilancia sobre los organismos electorales, a través de mecanismos diseñados especialmente para cumplir con ese objetivo.

En segundo lugar, la eliminación del Consejo Nacional Electoral implicaría que todas las controversias que genere la actuación de la Registraduría pueden ser tramitadas inmediatamente ante el órgano judicial encargado de dirimirlas. Ello asegura que se desarrolle la jurisprudencia acerca de temas fundamentales para la actividad política y electoral —y por ende para la democracia—, tales como la vida interna de los partidos, y la imparcialidad y objetividad de los medios de comunicación y de las empresas encuestadoras en las campañas, etc.

Sobre este punto es importante mencionar que, actualmente, los conflictos surgidos con ocasión de las distintas etapas de los procesos electorales son conocidos antes que nadie por el Consejo Nacional Electoral. Ello implica que muchos temas conflictivos nunca son tramitados ante la justicia. Dos razones podrían explicar esta situación: a) que la composición política del Consejo conduzca a que este no se pronuncie sobre muchos temas, con lo cual no se crea un acto administrativo que pueda ser demandado ante la jurisdicción contencioso administrativa; y b), que —dado que los conflictos electorales están marcados por las urgencias propias de los procesos electorales—, su trámite ante el Consejo Nacional Electoral entraña que sea superfluo acudir luego ante la justicia, puesto que cualquier decisión judicial ya sería tardía para el proceso electoral respectivo.

En tercer lugar, esta medida pondría punto final a la duplicidad institucional que existe en materia administrativa electoral en el país.

40 En el artículo de Jaramillo (2007) se encuentra un análisis comparativo de los organismos supremos electorales en Latinoamérica.

Tanto la Registraduría como el Consejo Nacional Electoral tienen facultades administrativas en materia electoral, lo cual no pocas veces genera confusiones y conflictos acerca del órgano competente para resolver ciertos asuntos. La concentración de todas las competencias administrativas en materia electoral permitiría un mejor desempeño y mayor coordinación en el desarrollo de las funciones electorales.

Finalmente, se evitarían las colisiones entre la Registraduría y el Consejo, sobre las cuales, como ya se manifestó, se puede augurar que van a ser cada vez más frecuentes, en razón de que el registrador ya no es nombrado por el Consejo Nacional Electoral.

Evidentemente, quedan muchas preguntas abiertas sobre la organización electoral. Así, por ejemplo, es importante indagar si es conveniente que la justicia contencioso-administrativa continúe encargada de resolver los conflictos de carácter electoral, o si sería más adecuado crear un tribunal electoral especializado. También es cierto que muchas de las tareas fundamentales que han sido confiadas a la Registraduría Nacional del Estado Civil presentan problemas muy serios, tal como ocurre con el registro civil, con la identificación de las personas y con el registro electoral. De la misma manera, los fraudes y las manipulaciones electorales perpetradas en el marco de la denominada parapolítica han evidenciado serias debilidades en los procedimientos electorales y en la misma Registraduría.

Todos los puntos anteriores son de importancia definitiva para la organización electoral y merecen ser objeto de una seria reflexión. Sin embargo, en este artículo nos hemos querido enfocar en la necesidad de ponerle punto final al control de los partidos políticos sobre la organización electoral colombiana, con el fin de lograr que ella esté en condiciones de brindarle garantías de transparencia a todos los participantes en los procesos electorales. Para ello consideramos que es preciso suprimir el Consejo Nacional Electoral, para depositar en la Registraduría Nacional del Estado Civil todas las funciones relacionadas con la organización y escrutinio de las elecciones, y con los partidos políticos. De esta manera, el registrador, nombrado a través de un concurso de méritos dirigido por las Altas Cortes, cumplirá con las tareas administrativas propias de los procesos electorales, y sus decisiones podrán ser impugnadas de manera inmediata ante las autoridades judiciales correspondientes.

Referencias bibliográficas

- Brandenburg, F. 1958. "Political Parties and Elections". En: David, H. E. *Governments and Politics in Latin America*. Nueva York: The Ronald Press Company, pp. 186-224.

- Busey, J. 1964. *Latin America. Political Institutions and Processes*. Nueva York: Random House.
- Calle, Humberto de la. 1982. Comentario introductorio al coloquio "Sistema Electoral y Régimen de Partidos en Colombia", 30/11/82. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Mimeo.
- _____. 1991. "La reforma electoral en Colombia". En: IIDH/Capel. PG, vol. III, pp. 171-192.
- Camargo, Pedro Pablo. "Crítica a la Constitución colombiana de 1886". Bogotá: Temis.
- Cepeda Ulloa, Fernando. 1987. "El régimen de los partidos en el derecho político colombiano". Bogotá: Ministerio de Gobierno.
- Colombia. 1983. "Informe del Registrador Nacional del Estado Civil a la Corte Electoral". Bogotá: Registraduría Nacional del Estado Civil.
- _____. 1984. "Informe del Registrador Nacional del Estado Civil a la Corte Electoral". Bogotá: Registraduría Nacional del Estado Civil.
- _____. 1988. "Informe del Registrador Nacional del Estado Civil al Consejo Nacional Electoral". Bogotá: Registraduría Nacional del Estado Civil.
- Comisión de Estudios sobre la Violencia. 1987. *Colombia: Violencia y Democracia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Delgado, Óscar. 1986. *Colombia elige: Mitaca 84-Perspectivas 86*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- DIX, Robert H. 1967. *Colombia: The political dimensions of change*. New Haven-Londres: Yale University Press.
- _____. 1987. *The politics of Colombia*. Nueva York: Praeger Publishers y Hoover Institution Press.
- Echeverry Uruburu, Álvaro. 1982. "Institucionalización de los partidos y democracia política". Ponencia presentada en el coloquio "Sistema Electoral y Régimen de Partidos en Colombia", 01/12/1982. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Mimeo.
- Espinosa Pérez, Carlos A. y Gladys González Medina (comps.). 1988. *Jurisprudencia electoral del Consejo de Estado*. Bogotá: Registraduría Nacional del Estado Civil.
- García Calderón, Francisco. 1979 [1912]. *Las democracias latinas de América. La creación de un continente*. Caracas: Biblioteca Ayacucho.
- Gómez Mejía, Alberto. 1978. "Derecho electoral colombiano". Bogotá: Litoformas de Colombia.
- González, Fernán. 1978. Legislación y comportamiento electorales: evolución histórica. Bogotá: *Revista Controversia*, No. 64-65. Cinep, pp. 1-59.
- Hernández Becerra, Augusto. 1988. *Derecho electoral. La elección popular de alcaldes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jaramillo, Juan Fernando. 2005. Colombia: El difícil camino de la renovación política. Bogotá: Vélez Núñez, Rubén (ed.). *Sistemas electorales andinos*. Parlamento Andino, pp. 43-106.

- _____. 2007. *Los órganos electorales supremos*. En: Nohlen, Dieter; Daniel Zovatto; Jesús Orozco y José Thompson (comps.). *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica et al., pp. 371-436.
- Mols, Manfred. 1985. *Demokratie in Lateinamerika*. Stuttgart: Kohlhammer.
- Montoya, Hernán. 1938. *La cédula y el sufragio*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Naciones Unidas. 2005. *Proyecto integral para la modernización del sistema electoral colombiano*. 2 vols.. Bogotá: ONU (División de Asistencia Electoral)- Registraduría Nacional del Estado Civil-UNDP Colombia-Agencia Colombiana de Cooperación Internacional.
- Nohlen, Dieter (ed.). 1993. *Enciclopedia electoral latinoamericana y del Caribe*. San José de Costa Rica: IIDH/Capel.
- Noriega, Carlos Arturo. 1980. *La nueva ley electoral. Nuestra democracia, ¿Una farsa?* Bogotá: El Greco Impresores.
- _____. 1982. "Análisis del proceso electoral". Ponencia presentada en el coloquio "Sistema Electoral y Régimen de Partidos en Colombia", 01/12/1982. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Mimeo.
- Pierson, W. y F. Gil. 1957. *Government of Latin America*. Nueva York: McGraw Hill Book Co.
- Pombo, Manuel Antonio y José Joaquín Guerra. 1986. *Constituciones de Colombia*, 4.ª ed. Bogotá: Biblioteca Banco Popular, 4 tomos.
- Pretelt, Jorge Ignacio. 2000. El organismo electoral colombiano en la consolidación de la democracia. En: Pretelt, Jorge Ignacio y Juan Manuel Ramírez (comps.). *Democracia política y electoral en América Latina*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, pp. 373-444.
- Registraduría Nacional del Estado Civil. 1988. *Historia electoral colombiana*. Bogotá.
- Restrepo Piedrahíta, Carlos. 1976. *25 años de evolución político-constitucional: 1950-1975*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sáchica, Luis Carlos. 1977. *Constitucionalismo colombiano*. 5 edición. Bogotá: Temis.
- _____. 1992. *Nuevo constitucionalismo colombiano*. 10 edición. Bogotá: Temis.
- Samper, José María. 1951. *Derecho público interno de Colombia*, tomo II. Bogotá: Biblioteca Popular de Cultura Colombiana.
- Santamaría, Ricardo y Silva, Gabriel. 1984. *Proceso político en Colombia: del Frente Nacional a la apertura democrática*. Bogotá: Cerec.
- Vives Echeverría, José Ignacio. 1984. *Tratado del derecho electoral colombiano*. Bogotá: Temis.
- Wynia, G. 1990. *The Politics of Latin America Development*. 3 edición. Cambridge: Cambridge University Press.

2.3. Los órganos electorales supremos

Este texto fue publicado en Nohlen, Dieter, Zovatto, Daniel, Orozco, Jesús y Thompson, José (comp.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México: Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 371-436. Una versión inicial de este documento fue publicada bajo el título de “Los Tribunales Electorales en Latinoamérica. Un estudio comparativo”, en *Revista Elecciones*, No. 4, Oficina Nacional de Procesos Electorales - ONPE -, Lima, 2004, pp. 169-229.

Introducción

En Latinoamérica, la lucha por elecciones limpias ha sido una reivindicación democrática tan importante como la que se adelantó por la instauración del voto universal, directo y secreto, y por el establecimiento de la representación de las minorías y de la representación proporcional.

Desde la creación de los Estados latinoamericanos, tanto lo relacionado con la organización misma de las elecciones como con su juicio o calificación fueron habitualmente objeto de numerosas críticas. Así, respecto a la organización se afirmaba que los organismos electorales eran manejados en última instancia por el Ejecutivo, con lo cual se le abrían a este todas las puertas para la manipulación de los resultados electorales¹.

Por su parte, la calificación de las elecciones, que estuvo reservada por muchas décadas a los mismos parlamentos², era censurada fuertemente por los abusos que solían cometer,³ en tanto que se observaba que los partidos o las alianzas mayoritarios anulaban a menudo la elección de los candidatos de los demás partidos, allanándole así el ingreso a sus propios candidatos.⁴

1 Véase respecto a Argentina: Ortega, 1963: 207 y 407; respecto a Ecuador: Mena, 1988: 24; Tinajero, 1990: 3; respecto a Chile: González Heise, 1982: 19 ss.; Borón, 1971: 399 ss.; Campos Harriet, 1985: 27 ss.; respecto a Uruguay: Gros Espiell, 1960: 85-86; Kerbusch, 1971: 16 y 26.

2 Véase Gros Espiell, 1960: 38 ss.; Charnay, 1964: 355, 379-382 y 420 ss.

3 Los abusos de los parlamentos en la calificación de las elecciones de sus miembros se han observado también en otros países, desde mucho tiempo atrás. Matteucci (1998: 147) comenta que, en 1769, la Cámara de los Comunes expulsó cuatro veces de su seno al diputado Wilkes, quien había sido regularmente reelegido por el condado de Middlessex. La Cámara declaró legalmente vencedor al adversario de Wilkes, con el fin de librarse de la incómoda presencia de este último.

4 Véase respecto a Brasil: Ribeiro, 1976: 94 ss.; Sousa Sampaio, 1972: 114 ss.; respecto a Perú: Basadre, 1980: *passim*; respecto a Chile: González Heise, 1982:

En vista de esta situación, desde el decenio de 1920 se inició un proceso de creación de organismos electorales centralizados y especializados, y, por lo menos en lo nominal, independientes de los poderes Ejecutivo y Legislativo. Por esta razón Miranda (1957: 273), en su libro acerca de las tendencias constitucionales en América Latina entre 1945 y 1956, afirmaba:

...subsanan los muchos y arraigados vicios que padece en casi todos los países latinoamericanos el organismo electoral ha sido una de las preocupaciones más notorias de los constituyentes de ese orbe en los últimos tiempos, a juzgar por lo que ella se refleja en la obra de estos. Y lo que al propósito han arbitrado legislativamente consiste en normas reguladoras y cuerpos especiales encargados de la organización y el control electoral, normas y cuerpos que hacen ya su aparición en los Códigos Políticos de la postguerra 1918-1939.⁵

En consecuencia, hoy en día todos los países latinoamericanos poseen un órgano estatal encargado de las funciones electorales, el cual se encuentra situado en la mayoría de los casos al margen de los tres poderes públicos tradicionales —por lo cual muchos autores tienden a calificarlos como cuarto poder del Estado—, mientras que en tres países (Argentina, Brasil y Paraguay) está integrado al Poder Judicial.

En ese lapso se ha dado un proceso de consolidación de estos organismos, mediante el cual ellos han pasado a ser, en casi todos los casos, materia de regulación constitucional y han adquirido un carácter permanente. Asimismo, han ido asumiendo —aun cuando cabe hacer diferencias de acuerdo con el país— más y más funciones, tales como la calificación de las elecciones, la elaboración del registro electoral —y en varios países también la de los registros fundamentales para él, como son el registro civil y el registro de ciudadanos—, la reglamentación de la ley electoral, el reconocimiento y cancelación de la personería de los partidos políticos, la administración de los fondos públicos para el financiamiento de los partidos y de las campañas electorales, el control de las finanzas partidarias, el control de todo lo relacionado con la

207 ss.; Campos Harriet, 1985: 48; respecto a Ecuador: Terán, 1989: 64; respecto a México: Tena Ramírez, 1981: 272 ss.

5 Fiallos (2000: 348) afirma que este proceso se inicia en la región con la creación de la Corte Electoral y el Registro Cívico Nacional uruguayos, en 1924. Véase también Clagett (1952: 98 ss.); Pierson y Gil (1957: 339), quienes en el decenio de 1950 resaltaban, igualmente, la existencia de tribunales especiales para los asuntos electorales. Cabe agregar que esta corriente se apoyó también en la tendencia surgida en la primera posguerra europea de retirar de los parlamentos la calificación de las elecciones, trasladando esta atribución a órganos especiales o al mismo Poder Judicial. Así lo hicieron las Constituciones de Weimar, en 1919, y las de Austria y Checoslovaquia, de 1920. Véase Gros Espiell (1960: 39 ss.); Charnay (1964: 377 ss.); Ribeiro (1976: 92 ss.); Linares Quintana (1945: 92 ss.).

propaganda electoral en las campañas electorales, el control de la vida interna de los partidos, etcétera.

El presente texto se propone, en primer lugar, hacer una presentación comparativa de los organismos electorales en Latinoamérica. Luego, intentará establecer la relación de los órganos electorales supremos con el acreditamiento de las elecciones y el fortalecimiento del régimen democrático y, finalmente, formulará algunas consideraciones acerca de los organismos electorales en su estado actual.

Para la exposición entenderemos como órganos electorales supremos a las instituciones estatales encargadas de la organización, dirección y vigilancia de los procesos electorales. El término “órgano electoral supremo” lo utilizaremos aquí de forma genérica, aun cuando en cada país estos organismos reciben una denominación diferente. Como sinónimos de este concepto, hablaremos también de “cortes o tribunales electorales” o de “organización electoral, autoridad electoral u organismo electoral”.

La definición con la que trabajaremos se ajusta en casi todos los casos a las características básicas de los órganos estatales que son considerados en los diferentes países como los órganos electorales supremos. Quizás se presentan dificultades en tres países: Chile, Perú y México. En el primer país, porque allí existen dos organismos especializados encargados de los asuntos electorales: el Servicio Electoral, cuyas funciones se ajustan a nuestra definición de órgano electoral supremo, y el Tribunal Calificador de Elecciones, que en lo fundamental se ocupa del escrutinio y juicio de las elecciones y conoce además de algunos recursos contra las decisiones del Servicio Electoral, sin que se pueda decir, sin embargo, que este órgano dependa de aquel. Para los efectos de este trabajo consideraremos al Servicio Electoral como el órgano electoral supremo chileno, en tanto que sus tareas se acomodan a la definición comentada, y al Tribunal Calificador de Elecciones como otra autoridad estatal interviniente en la organización electoral, como ocurre también con los tribunales superiores de justicia de algunos países y con el Congreso argentino.

También en México nos encontramos con dos organismos autónomos investidos con funciones electorales. Así, por una parte, la administración de las elecciones ha sido confiada al Instituto Federal Electoral (IFE), mientras que todo lo relacionado con la tarea de impartir justicia en materia electoral ha sido confiado al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. En este caso, consideraremos al Instituto Federal Electoral como el órgano supremo electoral mexicano, puesto que sus labores se ajustan a la definición que hemos formulado, mientras que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación será otra autoridad que interviene en los procesos electorales.

Finalmente, la situación actual del Perú es similar. Hasta la Constitución de 1993, y por más de 60 años, todas las funciones relacionadas con la organización, vigilancia y juicio de las elecciones se encontraban concentradas en el Jurado Nacional de Elecciones o en instituciones dependientes de él. Sin embargo, la Constitución de 1993 retiró del Jurado diversas funciones, las cuales fueron atribuidas a organismos no dependientes de este. Así, se creó la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, cuyos jefes son nombrados —y removidos en caso de falta grave— por el Consejo Nacional de la Magistratura. A la primera se le asignó la organización de todos los procesos electorales y la elaboración de la boleta de sufragio, mientras que la segunda está a cargo del registro civil de las personas, de la expedición del documento de ciudadanía y de la preparación del padrón electoral. Así, el Jurado Nacional de Elecciones quedó en la práctica reducido a la fiscalización de los procesos electorales y a la administración de justicia en materia electoral. Cabe añadir que en la Constitución se determinó que los tres organismos actuarían con autonomía y mantendrían entre sí relaciones de coordinación, de acuerdo con sus atribuciones.

El esquema contemplado en la Constitución de 1993 ha generado amplios debates constitucionales⁶ y múltiples conflictos de competencia.⁷ Estos últimos llevaron incluso a que se dictara la Ley 26591 de 1996, dirigida a precisar las funciones del Jurado Nacional de Elecciones y de la ONPE. Además, durante estos años el primero ha insistido en que debe ser reconocido como la cabeza de la organización electoral o, por lo menos, como un *primus inter pares* en ella.⁸ La persistencia de los conflictos se demuestra con el cuestionamiento formulado por los miembros del Jurado Nacional de Elecciones a la ley de partidos aprobada en 2003, por cuanto esta encargó a la ONPE la verificación de las firmas de adherentes a los partidos y la supervisión de los fondos de financiamiento otorgados a los partidos políticos, funciones que el Jurado considera que le debían pertenecer.⁹

6 Incluso, en sus inicios, recibió críticas, por cuanto muchos consideraban que el Jurado Nacional de Elecciones venía cumpliendo sus tareas en una forma adecuada. Véase al respecto el artículo de Paniagua (1993) y a Ferrero (1997: 27-30).

7 El artículo de Villarreal (2002) hace un recuento de distintos conflictos que se han presentado entre el Jurado Nacional de Elecciones y la Oficina Nacional de Procesos Electorales.

8 Véase, por ejemplo, el libro de Valdivia (1998: 31-32, 61-63).

9 Sobre la incompreensión que generó este debate en la opinión pública, véase, entre otros, el editorial del diario *La República* del 04/11/2003, titulado “¿Traerse abajo la ley?”, y el editorial del diario *El Comercio* del 31/01/2004, titulado “Absurdas pataletas contra la Ley de Partidos”.

Para este estudio, consideramos que el organismo que más se adecua a nuestro concepto de órgano supremo electoral es la Oficina Nacional de Procesos Electorales, a la cual nos referiremos entonces como tal.

La materia con la que aquí nos ocupamos es en Latinoamérica objeto de tratamiento constitucional. Con excepción de la Constitución argentina, todas las Constituciones latinoamericanas actuales se ocupan —de una u otra forma— de los cuerpos encargados de la organización electoral.¹⁰

El grado de regulación del tema es diferente, pero se puede observar que en un buen número de países el tratamiento que le da la Constitución al asunto de la organización electoral es detallado. En Guatemala y República Dominicana las Constituciones se ocupan muy brevemente del tema. En los demás países, el tratamiento es más prolijo, estando entre los puntos que se desarrollan, aun cuando difieren de país a país, los siguientes: cuál es el organismo encargado de la materia electoral y cuáles son sus características; cuál es el procedimiento de nombramiento y remoción de sus miembros; qué calidades se les exige y cuál es su periodo de ejercicio; cuáles son las funciones más importantes del organismo electoral, etcétera.

Por otra parte, es importante precisar que un buen número de países le brinda un carácter especial a las leyes electorales, y con ello a los organismos electorales y a su actividad. Este carácter especial se expresa de distintas maneras: en algunos casos, a través del establecimiento de un quórum calificado para su reforma o de la exigencia de un concepto previo acerca de la constitucionalidad de los proyectos, o de ambos; y en otros, por medio de la prohibición de que en un lapso determinado antes de las elecciones se reformen las leyes de sufragio o de la fijación de un periodo de suspensión de la entrada en vigor de una ley modificatoria de la normatividad electoral.

En el primer caso encontramos a Chile, cuyas leyes reguladoras del sistema electoral público tienen la calidad de leyes orgánicas constitucionales; a Guatemala, donde la Ley Electoral y de Partidos Políticos tiene el rango de ley constitucional; y a Colombia, donde las leyes referidas a los partidos políticos, al estatuto de la oposición y a las funciones electorales son estatutarias. En todos estos casos, el carácter especial de estas leyes significa que para su expedición o reforma se requiere de mayorías especiales y que deben someterse al examen del tribunal constitucional. Por su parte, en Nicaragua la ley electoral pertenece a la categoría de las leyes constitucionales, con lo cual para su reforma se ha de seguir un trámite similar al de una enmienda

10 En el caso de Chile, la Constitución no trata sobre el Servicio Electoral, sino sobre el Tribunal Calificador de Elecciones.

constitucional parcial; en Ecuador, las leyes electorales y de partidos se encuentran dentro de la categoría de las leyes orgánicas, lo cual significa que para su aprobación, derogatoria o interpretación requieren del voto favorable de la mayoría absoluta de los integrantes del Congreso; en Panamá, las leyes electorales también son orgánicas y necesitan para su aprobación del voto positivo de la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa; y en Uruguay, se prescribe que toda nueva ley de registro cívico o de elecciones, así como toda modificación o interpretación de las vigentes, exige —si se refiere a las garantías del sufragio y elecciones o a la composición, funciones y procedimiento de la Corte Electoral y de las corporaciones electorales— del voto favorable de las dos terceras partes del total de componentes de cada cámara legislativa. Finalmente, en Argentina, por obra de la Ley 24.430, los proyectos de ley que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos deberán ser aprobados por la mayoría absoluta del total de miembros de cada Cámara Legislativa.

Al mismo tiempo, en otros países se ha establecido un lapso anterior a las elecciones, dentro del cual no puede ser reformada la ley electoral. Así ocurre en México, donde la Constitución indica que las leyes electorales deben promulgarse por lo menos 90 días antes de que se inicie el proceso electoral en que deben ser aplicadas¹¹; y en Venezuela, país en el que la ley del sufragio no puede modificarse de ninguna manera en los seis meses anteriores a la realización de una elección. También observamos que algunos países han establecido un periodo de suspensión para la entrada en vigor de las reformas electorales. De esta manera, la Constitución brasileña determina que la ley que altere el proceso electoral solo entrará en vigor un año después de su promulgación; en Guatemala, la ley electoral prevé que cualquier reforma de ella después de haberse convocado a un proceso electoral y antes de que se conozca su resultado o de que los elegidos tomen posesión de sus cargos, no será aplicable a dicho proceso. Asimismo, en Costa Rica, la Asamblea Legislativa debe consultar la opinión del Tribunal Supremo de Elecciones para cualquier proyecto de ley relativo a la materia electoral, y para apartarse del concepto del Tribunal requiere del voto de las dos terceras partes de los miembros del cuerpo. Además, en el caso de que esta mayoría se logre, la Constitución prescribe que el proyecto no puede convertirse en ley dentro de los seis meses anteriores y los cuatro posteriores a una elección.

11 La Constitución establece también que para que la Suprema Corte de Justicia declare la inconstitucionalidad de una norma electoral se requiere que la decisión sea tomada con una mayoría de por lo menos ocho votos.

2. Presentación comparativa¹²

2.1. Estructura institucional

2.1.1. La posición del órgano supremo electoral dentro del aparato estatal. Con contadas excepciones, la norma general es que las cortes electorales sean organismos autónomos e independientes de los tres poderes estatales tradicionales. Es decir, por lo general, no se los puede enmarcar dentro del esquema de la división tripartita del poder público. Únicamente en Nicaragua y en Venezuela se consagra de manera expresa en la Constitución la existencia del Poder Electoral, al lado de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial —y en el caso venezolano, también del Poder Ciudadano—. En un sentido similar, la Constitución costarricense asigna al Tribunal Supremo de Elecciones el rango e independencia de los poderes del Estado, lo cual ha conducido a muchos a expresar que el Tribunal constituye el órgano máximo del Poder Electoral. Los casos de Argentina, Brasil y Paraguay constituyen una excepción al carácter *sui generis* de las cortes electorales. En estos tres países, la organización electoral ha sido confiada al Poder Judicial, dentro del cual se constituye en una jurisdicción propia.

Respecto a Argentina importa mencionar que la justicia electoral está compuesta por la Cámara Nacional Electoral y los jueces electorales, pero los últimos en realidad no existen como tales, sino que se trata de jueces federales de otras jurisdicciones a los cuales se les han adjudicado adicionalmente las tareas electorales y una secretaría para el efecto (González Roura, 1986: 828 ss.). También sobre la jurisdicción electoral brasileña es interesante destacar que ella no tiene un cuerpo propio de funcionarios, sino que todos sus colaboradores son tomados, a manera de préstamo, de las otras jurisdicciones. Esta situación es objeto de controversia, pues mientras algunos aseguran que este hecho representa una gran carencia, porque los jueces que la integran periódicamente no tienen experiencia en el campo (De Sousa Sampaio, 1972: 152; Russomano, 1981: 138; Meneguello, 1986: 103), otros aseguran que la temporalidad de los miembros de la justicia electoral contribuye a evitar la politización de los magistrados (Ribeiro, 1976: 95; Soares, 1983: 34).

Por otro lado, al contrario de lo que ocurría en el pasado (lejano o cercano, según el país), cuando los organismos electorales se reunían unos pocos meses antes de las elecciones para disolverse después de realizadas, los organismos electorales supremos de todos los países latinoamericanos funcionan ahora de manera permanente. Esta situación se puede explicar a partir de la percepción de la necesidad de contar

12 La exposición que sigue está basada en la normatividad de los 18 países que aquí se analizan, la cual es reseñada en los cuadros al final de este capítulo.

con un organismo especializado y experimentado en la materia, capaz de conducir sin mayores tropiezos todo el proceso que acarrea la realización de unas elecciones.¹³

El carácter permanente de las cortes ha permitido asignarles toda una gama de tareas fundamentales para la correcta organización de los procesos electorales (véase *infra*). Ello no obstante, subyace aún la pregunta acerca de qué otro tipo de actividades pueden asumir las cortes y sus organismos subordinados en los tiempos interelectorales (Guzmán, 1986).

2.1.2. La relación del órgano electoral supremo con los organismos electorales inferiores. Para iniciar, cabe señalar que bajo el concepto “organismos electorales inferiores” se puede hacer referencia tanto a instituciones del orden nacional, encargadas por lo general de la elaboración del registro electoral —y en algunos casos también de otros registros— como a los cuerpos encargados de la organización electoral a nivel regional (departamental o provincial) y local (municipal), y de la atención de las mesas de sufragio.

Respecto al primer caso, se puede observar que en algunos países la elaboración del padrón electoral no es realizada directamente por el organismo electoral sino que se ha encomendado a un cuerpo aparte, pero dependiente de él. Así ocurre en el Uruguay, con la Oficina Nacional Electoral; en Honduras, con el Registro Nacional de las Personas; en Costa Rica, con el Registro Civil; en Guatemala, con el Registro de Ciudadanos; en Colombia, con la Registraduría Nacional del Estado

13 Sobre los problemas que representaba el carácter transitorio de los organismos electorales supremos, veáanse los comentarios de Céspedes (1982: 27-28 y 121-122), quien fue miembro de la Corte Electoral boliviana que organizó las elecciones de 1979 y 1980. En relación con este tema se ha discutido también si los miembros de los órganos supremos electorales deben ser funcionarios de dedicación exclusiva o parcial. Al respecto es importante mencionar que en la reforma política constitucional de 2003 se modificó la tradición jurídica colombiana sobre este punto al decidirse que los miembros del Consejo Nacional Electoral serían de dedicación exclusiva. La decisión fue controvertida, dados los gastos que ella ocasiona. Las críticas fueron respondidas por el presidente del Consejo de la siguiente manera: “Anteriormente, los magistrados venían una vez al mes a sala, tenían unos honorarios de 11 millones de pesos (aproximadamente US\$ 4.150), podían tener una pensión, podían tener contratos, podían litigar, podían hacer lo que quisieran [...] ¿Qué es mejor: un funcionario de tiempo completo bien remunerado y que le ha dado resultados al país o uno que viene una vez al mes a sala?” (*El Tiempo*, 30/09/2003). De la misma manera, el columnista Roberto Posada escribía antes de ser aprobada la reforma: “Lo cierto es que el Consejo Electoral se clientelizó y burocratizó. Sus magistrados no tienen horario; escasamente trabajan medio tiempo y devengan de más de 12 millones de pesos al mes. El Estado les otorga oficina, secretaria, teléfono, carro y chófer. ¡Cuentan con asesores pagados! No tienen inhabilidades. Pueden ejercer y en efecto ejercen la profesión de abogados, salvo en asuntos electorales. Y, por si fuera poco, asisten con viáticos oficiales a todas las elecciones que se celebran fuera de Colombia. Así, ¿rico, no don Pepe?” (*El Tiempo*, 30/04/2003).

Civil; y, desde 1995, en Paraguay, con la Dirección del Registro Electoral, debiéndose anotar que varios de estos cuerpos no se limitan a las labores registrales, sino que cumplen una variedad de tareas organizativo-electorales, funcionando en realidad como los aparatos ejecutivos de las cortes electorales.

Pues bien, salvo en Colombia, en todos estos casos nos encontramos con que la Corte Electoral tiene la facultad de nombrar a los principales funcionarios (cuando no a todos, como en Uruguay y Costa Rica) de estos organismos, así como las de dictar los lineamientos para su funcionamiento, fiscalizar y supervisar sus actividades y conocer de los recursos contra sus decisiones.¹⁴ Con todo, importa anotar que en casos como el paraguayo la facultad nominadora del Tribunal Superior de Justicia Electoral se encuentra restringida considerablemente. En efecto, el Tribunal designa al director y al vicedirector del Registro Electoral de entre los miembros del Consejo del Registro Electoral, organismo que está integrado por miembros postulados por cada uno de los partidos políticos con representación en las dos cámaras legislativas, “respetando la proporción de bancas que los partidos o movimientos políticos tienen en la Cámara de Senadores”.

Si dirigimos ahora nuestra atención hacia los organismos electorales de carácter regional y local y a las mesas de sufragio, nos encontramos nuevamente con que en todos los casos las cortes electorales ejercen la supervigilancia sobre ellos, señalan las directrices para sus labores y resuelven los recursos interpuestos contra sus decisiones. Sin embargo, en esta oportunidad salta a la vista que la facultad de designar a los integrantes de los organismos electorales regionales y locales no siempre recae en ellas, y cuando lo hace está limitada, en la mayoría de los casos, en favor de los partidos políticos. En vista de la amplitud de la materia, nos referiremos aquí solamente a la designación de los miembros de los organismos electorales regionales.

En los casos de Argentina, Chile, Brasil, Bolivia, Paraguay y Uruguay hallamos que la integración de los organismos inferiores no depende de las cortes electorales. Así, los jueces electorales argentinos son designados por el presidente, con acuerdo del Senado, de listas vinculantes presentadas por el Consejo Superior de la Magistratura, mientras que en Paraguay los jueces de los tribunales electorales son

14 En Colombia, el registrador nacional del Estado Civil fue nombrado y removido tradicionalmente por el Consejo Nacional Electoral, hasta la reforma constitucional de julio de 2003, en la que se decidió que el registrador sería escogido por los presidentes de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, mediante un concurso de méritos. Con todo, el Consejo Nacional Electoral continúa ejerciendo “la suprema inspección y vigilancia sobre la organización electoral”.

designados por el Tribunal Superior de Justicia Electoral, también sobre ternas que le presenta el Consejo de la Magistratura; por su parte, en Bolivia, el presidente designa a uno de los vocales de las Cortes Departamentales, mientras que el Congreso nombra a los demás, aun cuando lo debe hacer por mayoría de dos terceras partes del total de sus miembros y sobre listas de candidatos que le son suministradas por la Corte Nacional Electoral; y en Brasil, esa función es asumida por los tribunales judiciales y el presidente. Finalmente, en el caso chileno, los organismos se conforman con funcionarios públicos predeterminados legalmente, y en Uruguay sus miembros son elegidos en votación popular, la cual se realiza al mismo tiempo que las demás elecciones.

En los demás países, la facultad nominadora reposa en los órganos electorales supremos. Sin embargo, como decíamos antes, en un buen número de ellos la Corte Electoral se encuentra limitada en el ejercicio de esta atribución. Así, en Costa Rica, El Salvador, Honduras y Nicaragua las cortes electorales designan a los integrantes de los organismos regionales sobre las propuestas que presentan los partidos políticos. En ese proceso, la autoridad electoral debe acogerse a determinadas proporciones políticas, que difieren de país a país.

En situación similar se hallan los organismos electorales ecuatoriano y colombiano. En Ecuador, los nombramientos se han de realizar preferentemente sobre las ternas presentadas por los partidos políticos, procurando que todos los partidos se encuentren representados en ellos. Por su parte, en Colombia existe la particularidad de que los cargos más importantes de los organismos electorales inferiores (tanto al nivel de los organismos escrutadores como de los de administración electoral) tienen siempre dos titulares simultáneos de diferente filiación política, lo cual en la práctica colombiana ha significado por lo general que sean miembros de los partidos Liberal y Conservador o de sus partidos satélites.

Así, pues, solamente en los casos de Guatemala, México,¹⁵ Panamá, Perú, República Dominicana¹⁶ y Venezuela los organismos electorales

15 En este punto ha habido grandes cambios en México, pues hasta hace pocos años se percibía una cadena de nombramientos, cuyo origen se remontaba a la Secretaría de Gobernación. En efecto, el Consejo General del Instituto Federal Electoral designaba al director general del Instituto sobre propuestas presentadas por el presidente del Consejo, quien era siempre el Secretario de Gobernación. Asimismo, el Consejo General nombraba al secretario general y a los directores ejecutivos del Instituto, pero sobre las propuestas efectuadas por el director general. De la misma manera, el Consejo General nombraba a los consejeros ciudadanos de los Consejos Locales (al nivel de los estados federados), pero sobre las propuestas que le presentaba la Junta General Ejecutiva, la cual estaba compuesta por el director general, el secretario general y los directores ejecutivos del Instituto.

16 En el caso dominicano es importante destacar que, a pesar de lo anterior,

supremos reciben el mandato de integrar los organismos electorales inferiores con personas que sean garantía de imparcialidad.

2.2. Presupuesto

Por lo general, el presupuesto de los organismos electorales lo fijan los poderes Ejecutivo y Legislativo, sin que los tribunales electorales tengan más participación en el proceso de decisión que a través de la presentación de su anteproyecto de presupuesto. De esta tendencia se exceptúan los casos de Guatemala, El Salvador, Costa Rica, la República Dominicana, Venezuela y Brasil.

Guatemala es el único país en el que se contempla en beneficio del organismo electoral un mecanismo que se utiliza en varios países a favor del Poder Judicial, consistente en fijarle un porcentaje mínimo del presupuesto general de la nación. En efecto, la ley electoral consagra que el Tribunal Supremo Electoral tendrá una asignación anual no menor del 0,5 % del Presupuesto General de Ingresos Ordinarios del Estado para cubrir los gastos de su funcionamiento y de los procesos electorales. Esta asignación se incrementa en los años electorales, en la cantidad que considere necesaria el mismo tribunal. La cantidad deberá ser incorporada al Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado y cubierta al tribunal dentro del mes siguiente a la convocatoria de elecciones. En el caso de que esto no ocurriera, la ley faculta al Tribunal para que obtenga los dineros requeridos para la celebración de las elecciones a través de créditos bancarios o de ayudas directas del exterior que no comprometan las finanzas del Estado, ni la independencia y funcionalidad del tribunal.

En Costa Rica, República Dominicana, Venezuela, El Salvador y Brasil, los organismos electorales tienen el privilegio de que su proyecto de presupuesto sea incorporado de manera directa al proyecto que presenta el Gobierno al Congreso, sin que el Ejecutivo pueda entrar a corregirlo. Así ocurre en Costa Rica, donde el Tribunal Supremo de Elecciones presenta su presupuesto a la Oficina de Presupuesto, organismo que lo debe pasar inalterado a la Asamblea Legislativa, la cual sí puede modificarlo. Igual sucede en la República Dominicana y en Venezuela, donde la Junta Central Electoral y el Consejo Nacional Electoral, respectivamente, elaboran su proyecto de presupuesto

la ley electoral establece que para el nombramiento de una serie de altos funcionarios del orden nacional la Junta Central Electoral debe celebrar consultas con los partidos políticos antes de proceder a su designación. Así ocurre con el director de Elecciones, el director de Cómputos, el director del Registro del Estado Civil y el director de la Cédula de Identidad y Electoral, que está a cargo del Registro Electoral.

y lo presentan al Poder Ejecutivo, el cual lo debe incorporar sin modificaciones en el proyecto de presupuesto que presenta al Congreso. Importa aclarar que en la República Dominicana la ley establece que el proyecto presentado por la Junta no puede ser superior al 1,5 % del presupuesto total de la Nación.

En el caso de El Salvador se determina que el Tribunal Supremo Electoral tendrá la asignación presupuestal que cubra las necesidades determinadas por el mismo Tribunal. Para ello se establece que el organismo electoral elabora anualmente su presupuesto de gastos, en el cual establecerá sus gastos ordinarios y los extraordinarios, referidos estos últimos a los que genere la organización de las votaciones y el desarrollo de los proyectos especiales que el mismo Tribunal considere necesario realizar. El proyecto de presupuesto se elabora en consulta con el Ministerio de Hacienda, el cual tiene la obligación de incluirlo en el proyecto de presupuesto general del Estado que se presenta para su aprobación a la Asamblea Legislativa.

Por su parte, en Brasil, la Constitución establece que el Poder Judicial goza de autonomía financiera y administrativa, anotando a continuación que los tribunales elaborarán sus propuestas presupuestarias dentro de los límites que se habrán de estipular conjuntamente con los demás poderes en la ley de directrices presupuestales (Ceneviva, 1989: 211; Marinho, 1989: 32; de Padua, 1989: 3). La presentación de las propuestas será realizada a nivel federal por los presidentes del Tribunal Federal Supremo y de cada uno de los Tribunales Federales Superiores, lo cual significa que también el Tribunal Superior Electoral presenta su proyecto de presupuesto propio (Mendonça, 1989: 62-64). De acuerdo con Padua, las propuestas presupuestarias han de ser presentadas directamente al Parlamento, con lo cual se elimina la posibilidad de que el Ejecutivo reformule las peticiones presupuestarias de los tribunales.

2.3. Nombramiento y remoción

2.3. 1. *Procedimientos de designación*

En la gran mayoría de los casos la designación de los funcionarios reposa en organismos políticos, fundamentalmente en el Congreso de la República. Sin embargo, cabe precisar que en distintos casos se han fijado algunos límites al Congreso para efectuar los nombramientos, y que en varios países se presenta una interacción entre diversos cuerpos, como entre el Ejecutivo y el Legislativo, o entre los tres poderes tradicionales.¹⁷ En dos países, Costa Rica y Perú, la facultad nominadora ha sido atribuida a órganos judiciales.

17 Ya no se presentan casos de conformación de los órganos electorales su-

En Colombia, Ecuador, México y República Dominicana, el Congreso designa libremente a los miembros del tribunal electoral, con base en las propuestas presentadas por los partidos políticos. En Colombia, los nueve miembros del Consejo Nacional Electoral son elegidos por el Congreso de la República en pleno, de listas presentadas por los partidos o movimientos políticos con personería jurídica o por coaliciones entre ellos.¹⁸ En Ecuador, el Congreso es el encargado de nombrar a los siete miembros del Tribunal Supremo Electoral. La elección se hace sobre ternas que presentan los partidos que obtuvieron las más altas votaciones en las últimas elecciones plurinominales. En República Dominicana, el Senado es el organismo que designa los nueve miembros de la Junta Central Electoral.

La manera de integración del Consejo General del Instituto Federal Electoral mexicano (y de su antecesora, la Comisión Federal Electoral) ha venido siendo modificada continuamente desde la década de 1970, pero siempre ha estado en manos de organismos políticos. Actualmente, tras la reforma de 1996, el Consejo General consta de un consejero presidente y ocho consejeros electorales, los consejeros del Poder Legislativo —uno por cada agrupación parlamentaria—, los representantes de los partidos políticos y el secretario ejecutivo. El consejero presidente¹⁹ y los consejeros electorales —que son los únicos que tienen derecho de voto— son elegidos por la Cámara de Diputados, con el voto de las dos terceras partes de sus miembros, o en su receso, por la Comisión Permanente, sobre las propuestas presentadas por los grupos parlamentarios.

También en El Salvador, Uruguay, Guatemala, Nicaragua, Paraguay y Venezuela el nombramiento de los magistrados de la Corte

premos a través de elección popular. En Paraguay rigió este sistema hasta la expedición de la ley que reglamenta la justicia electoral, en 1995.

18 Hasta la reforma constitucional del año 2003, el Consejo Nacional Electoral debía reflejar la composición política del Parlamento y darle espacio a representantes de los dos grupos mayoritarios de oposición que no contaban con asientos en el órgano electoral. Los magistrados del Consejo Nacional Electoral eran nombrados por el Consejo de Estado —el tribunal supremo de lo contencioso-administrativo— con base en ternas que presentaban los partidos políticos. Dadas las críticas acerca de la excesiva politización del Consejo, en el trámite de la reforma constitucional se intentó convertirlo en un órgano judicial, pero esa propuesta fracasó para darle paso a una politización aún mayor del organismo.

19 Con la reforma de 1996 se puso punto final a una norma que regía desde hacía décadas, de acuerdo con la cual el Secretario de Gobernación presidía el órgano electoral y contaba con voto de calidad en el caso de que se presentara empate en las decisiones. Esta disposición, sumada a otras prerrogativas del presidente del Consejo, le confería amplias facultades de intervención al Gobierno en el organismo electoral.

Electoral reposa en el Congreso, pero este debe atender a distintas exigencias impuestas para el proceso de nombramiento. Así, en El Salvador, la Asamblea Legislativa elige a los cinco magistrados del Tribunal Supremo Electoral. Tres de ellos son designados de las ternas presentadas por cada uno de los partidos políticos que hubieran obtenido las mejores votaciones en las últimas elecciones presidenciales. Los dos restantes son nombrados de ternas presentadas por la Corte Suprema de Justicia. En este caso se requiere del voto favorable de las dos terceras partes de los diputados. En Uruguay, cinco de los nueve magistrados deben ser ciudadanos que, por su posición en la escena política, sean garantes de imparcialidad. Ellos son designados por la Asamblea General, con el voto de las dos terceras partes del total de sus componentes. Los otros cuatro representan a los partidos políticos y son designados también por la Asamblea General, mediante el doble voto simultáneo, a través de un sistema de representación proporcional. En Guatemala, la designación de los cinco miembros del Tribunal Supremo de Elecciones la realiza el Congreso, por votación equivalente a las dos terceras partes del número total de diputados. Pero para los nombramientos el Congreso ha de ceñirse a una nómina de 30 candidatos elaborada por una comisión de postulación compuesta por cinco personas, provenientes del ámbito universitario y alejadas de la actividad política. De su lado, en Nicaragua, la Asamblea Nacional elige a los 7 miembros del Consejo Supremo Electoral de listas separadas, presentadas, para cada cargo, por el presidente de la República y los diputados de la Asamblea, luego de consultas con las asociaciones civiles correspondientes. Para los nombramientos se requiere en cada caso el voto favorable de por lo menos el 60 % de los diputados de la Asamblea. En Paraguay, la Cámara de Senadores elige a los tres miembros del Tribunal Superior de Justicia Electoral, pero para ello requiere la anuencia del presidente de la República, y además, los candidatos deben provenir de una lista elaborada por el Consejo de la Magistratura. Finalmente, en Venezuela, los cinco miembros del Consejo Nacional Electoral son designados por la Asamblea Nacional, por una mayoría de las dos terceras partes de sus miembros, sobre las postulaciones presentadas por distintas organizaciones, así: tres de las listas presentadas por la sociedad civil, una de la lista elaborada por el Poder Ciudadano y una de las propuestas formuladas por las facultades de ciencias jurídicas y políticas de las universidades nacionales.

En Chile y Argentina los nombramientos de los integrantes del órgano supremo electoral son realizados por el presidente de la República, pero este también tiene que atender distintas limitaciones para proceder a la designación. Así, en Chile, el presidente debe obtener el acuerdo del Senado para la designación del director del Servicio

Electoral. También en Argentina, el presidente de la República requiere de la aprobación del Senado para nombrar a los 3 magistrados de la Cámara Nacional Electoral, pero además, a partir de la reforma constitucional de 1994, los nombres propuestos por el presidente deben provenir de listas presentadas por el Consejo de la Magistratura.

Por su parte, en Bolivia, Brasil, Honduras y Panamá los nombramientos reposan en distintos órganos. De esta manera, en Bolivia, el Congreso designa a seis de los siete vocales de la Corte Nacional Electoral, en votación que requiere mayoría de las dos terceras partes del total de sus miembros, mientras que el magistrado restante es designado por el presidente de la República. De su lado, en Brasil, la integración del Tribunal Superior Electoral es practicada por los máximos órganos judiciales y el presidente de la república. Así, por voto secreto y de entre sus miembros, el Tribunal Federal Supremo nombra tres jueces y el Tribunal Superior de Justicia dos. Por su parte, el presidente de la república, con el acuerdo del Senado, designa a los dos jueces restantes de una lista de seis abogados que le es presentada por el Tribunal Federal Supremo. En Panamá, cada una de las ramas del Poder Público nombra directamente un magistrado del Tribunal Electoral, mientras que en Honduras cada uno de los partidos políticos legalmente inscritos designa un integrante del Tribunal Nacional de Elecciones. A ellos se les suma un miembro nombrado por la Corte Suprema de Justicia (o dos, si el aumento del número de partidos legalmente inscritos origina un número par de miembros).

Los países en los cuales la integración de la Corte Electoral es tarea de la justicia son, como se dijo, Costa Rica y Perú. Así, en Costa Rica, los tres magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones son designados por la Corte Suprema de Justicia en elección que exige las dos terceras partes de los votos de los miembros de la corporación.²⁰ Por su parte, en Perú, el Consejo Nacional de la Magistratura es el órgano nominador.

Para terminar este aparte es importante anotar que en Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Uruguay y Venezuela se exige una mayoría calificada para el nombramiento de los integrantes —o de algunos de ellos, como en el caso de El Salvador y Uruguay— del órgano supremo electoral.

20 Sobre el caso costarricense es importante mencionar que en época de elecciones dos de los magistrados suplentes se incorporan al Tribunal, el cual funciona en ese periodo con cinco miembros propietarios.

2.3. 2. *Periodos de ejercicio, la calidad política de los magistrados y el procedimiento para su remoción*

Como hemos visto, en la mayor parte de los países el nombramiento de los miembros de los órganos electorales supremos depende de organismos políticos. Ahora bien, la posible dependencia política que ello puede generar puede ser atemperada o acentuada por tres factores más, a saber: por la coincidencia o no de los periodos de ejercicio con los del Ejecutivo y del Legislativo, lo cual nos permite conocer si la composición de las cortes es afectable por los cambios políticos que puede traer cada elección; la existencia o ausencia de restricciones referentes a la actividad política de los candidatos a integrar el organismo electoral; y por el establecimiento de los organismos en los cuales reside la facultad de remover a los mismos integrantes de estos órganos electorales supremos.

2.3.2.1. *Periodos de ejercicio:* en la mayoría de los países, el periodo de ejercicio del cargo de magistrado del organismo electoral no coincide con los periodos electivos del orden nacional, es decir, con los del presidente de la República y el Congreso. Así, en Brasil, Bolivia y Perú el tiempo de ejercicio es inferior a los periodos para los cuales son elegidos el presidente de la República y el Congreso. En Brasil, el periodo es de dos años, prorrogable a cuatro, mientras que las elecciones presidenciales y parlamentarias se realizan cada cuatro años. Por su parte, en Bolivia y el Perú los miembros de la Corte Nacional Electoral y el director de la ONPE, respectivamente, son designados para cuatro años, mientras que el presidente y los miembros del Congreso son elegidos para periodos de cinco años.

En otros países, el periodo de funciones de los miembros del órgano supremo electoral es mayor que el señalado para el presidente de la República y el Parlamento. Así, en Guatemala es de seis años, siendo que el presidente y el Congreso son elegidos por cinco; en Panamá es de diez años, mientras que los periodos del presidente y los congresistas son de cinco; en Venezuela es de siete años, al tiempo que el presidente y la Asamblea son elegidos para un periodo de seis años; y en México, los consejeros electorales son elegidos por siete años (siendo los únicos integrantes del Consejo General a los que se les fija un periodo), mientras que el presidente de la República y los senadores son elegidos por seis años y los diputados por tres.

También en Costa Rica nos encontramos con que los magistrados del Tribunal son elegidos por seis años, mientras que los miembros de la Asamblea Legislativa lo son por cuatro. Pero, además, los nombramientos en este país son escalonados, de manera que cada dos años se renuevan un magistrado titular y un magistrado suplente.

Por otra parte, en Argentina, los miembros de la Cámara Nacional Electoral, como todos los jueces, son inamovibles, mientras que en Chile la ley no determina ningún periodo para el director del Servicio Electoral, anotando más bien que su destitución opera por decisión del presidente de la República, contando con el acuerdo del Senado.

Los casos en los que los periodos de los miembros de las cortes electorales coinciden con los del presidente de la República y los congresistas son Colombia, Ecuador, Honduras y la República Dominicana (con periodos de cuatro años), y Uruguay y Nicaragua (con periodos de cinco años). También en el caso paraguayo coinciden los periodos de ejercicio de los magistrados del Tribunal Superior de Justicia Electoral con los tiempos de elecciones del presidente y el Congreso (cinco años), pero la Constitución aclara que los magistrados que hubiesen sido confirmados para los dos periodos siguientes al de su elección adquieren inamovilidad. Por su parte, en El Salvador el periodo de los miembros del Tribunal coincide con la duración del mandato presidencial (cinco años), respectivamente.

Finalmente, es importante anotar que en varios países —entre ellos, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Uruguay y Venezuela— se contempla la posibilidad de que los miembros del organismo electoral sean reelectos.

2.3.2.2. *Calidad política de los magistrados*: en la mayor parte de los países se han establecido restricciones a la posible actividad política de los miembros de los organismos electorales. En algunos casos, estas inhabilidades para los aspirantes a integrar el órgano electoral supremo abarcan hasta el desempeño político durante los años inmediatamente anteriores, mientras que en otros países se refieren únicamente al periodo de ejercicio efectivo del cargo.

En el primer caso encontramos a los candidatos a magistrados de la Cámara Nacional Electoral argentina y a los postulantes a los cargos de director del Servicio Electoral chileno, de jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales peruana y de consejeros electorales mexicanos. En Argentina, los candidatos a la Cámara Nacional Electoral no deben haber desempeñado ningún cargo partidario en los cuatro años anteriores a su nominación. En el caso chileno, el aspirante a director no puede haber desempeñado cargos de representación política o de dirigencia partidaria en los cinco años anteriores a su designación. En cuanto a Perú, el postulante para jefe de la ONPE no puede haber sido candidato a cargos de elección popular, ni haber pertenecido formalmente a una agrupación política ni haber desempeñado cargos nacionales de dirección partidaria en los cuatro años anteriores a la designación. Finalmente, los candidatos a consejeros electorales en México no deben haber sido jamás presidentes de un partido político,

ni haber sido candidatos a cargo de elección popular o haber desempeñado una posición de dirección en algún partido en los cinco años inmediatos anteriores a la designación.

En Uruguay y El Salvador, la exigencia sobre inactividad en el campo político partidista durante los años anteriores se eleva con respecto a algunos magistrados. En estos países, una parte de los integrantes del organismo electoral proviene de los partidos políticos, pero la otra debe haber sido ajena a la vida política durante un periodo de años determinado. Este es el caso de los jueces neutrales de Uruguay y de los dos magistrados elegidos de las ternas propuestas por la Corte Suprema de Justicia en El Salvador.

Por otra parte, en varios países se considera que durante el ejercicio de sus cargos los magistrados no pueden desarrollar ningún tipo de actividad política. Así ocurre en Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela; y, finalmente, en el mismo Uruguay, donde aun cuando una parte de los magistrados proviene de los mismos partidos, la Constitución les prohíbe a todos los miembros de la Corte Electoral intervenir de cualquier forma en la actividad política.

Finalmente, en algunos países no se hace referencia alguna a este punto, de forma que tácitamente se acepta que los postulantes a una magistratura de la Corte Electoral sean personas con actividades y responsabilidades políticas y que incluso en el tiempo de ejercicio de su cargo lo continúen siendo. Este es el caso de Ecuador, Honduras y República Dominicana y, como ya se vio, de algunos de los integrantes del organismo electoral salvadoreño.

2.3.2.3. *Procedimiento para su remoción*: en la mayoría de los casos, los magistrados reciben el mismo tratamiento que los demás altos dignatarios del Estado, lo cual significa que su destitución solamente procede por violaciones a la Constitución o por delitos, y que ha de ser decidida por el Congreso, en un juicio político, y frecuentemente con mayorías calificadas o, en algunos casos, por los tribunales judiciales, tras acusación del órgano legislativo.

El juicio político asume diferentes formas, según el país del que se trate. En Colombia, México, Paraguay, República Dominicana y Uruguay —para el caso de los llamados jueces neutrales—, países con un legislativo bicameral, la cámara baja decide si se debe abrir causa contra el magistrado en cuestión y en caso de que la respuesta sea afirmativa lo acusa ante el Senado de la República, el cual decide definitivamente y determina la sanción correspondiente. En la mayoría de los casos se exigen mayorías calificadas para la toma de estas decisiones. También en algunos países con Congreso unicameral, como Nicaragua

y Ecuador, el órgano legislativo resuelve aisladamente acerca de la destitución de los magistrados.²¹

En otros de los países con parlamento unicameral, el Congreso simplemente resuelve si hay lugar o no para abrir causa, pasando la decisión a los órganos de la justicia. Así ocurre en Costa Rica, El Salvador y Guatemala. Por el contrario, en Venezuela, la Asamblea Nacional puede proceder a remover a los rectores del Consejo Supremo Electoral únicamente después de que la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia declare que han incurrido en las causales establecidas por la ley.

En Panamá, la Corte Suprema de Justicia conoce y falla definitivamente sobre las faltas y delitos de los magistrados, pudiendo entonces destituirlos.

Brasil, Honduras, Uruguay —para el caso de los jueces que representan a los partidos— Chile, Perú y Argentina presentan mecanismos diferentes de los anteriores. En el primero, la decisión acerca de la remoción de alguno de los miembros de la Corte Electoral es fallada por el mismo organismo electoral, por mayoría calificada de votos. En el caso hondureño, los magistrados pueden ser removidos por decisión libre de cada uno de los órganos que los designaron (los partidos políticos y la Corte Suprema de Justicia). Lo mismo ocurre en el Uruguay respecto a los jueces que representan a los partidos políticos en la Corte Electoral, los cuales pueden ser removidos libremente por los partidos. Por su parte, en Chile y Perú la atribución de destituir a los jefes de los órganos electorales supremos yace en los organismos nominadores, es decir, respectivamente, en el presidente de la República, quien requiere la autorización de la mayoría absoluta del Senado, y en el Consejo Nacional de la Magistratura, que puede hacerlo en presencia de falta grave. Finalmente, en Argentina, el proceso de remoción de los magistrados de la Cámara Nacional Electoral —y de todos los jueces de los tribunales inferiores del país— es abierto por el Consejo de la Magistratura, quien puede incluso suspender a los funcionarios judiciales, pero la decisión sobre la acusación es tomada por un jurado de enjuiciamiento compuesto por legisladores, magistrados y abogados.

2.3. 3. *Las mayorías exigidas para deliberar y decidir*

La norma general es que para sesionar y para tomar decisiones se requiere reunir la mayoría absoluta de los integrantes de los organismos

21 Respecto a Ecuador habría de anotarse que la ley electoral trae una serie de disposiciones por medio de las cuales se autoriza al Tribunal Constitucional para ejercer supervigilancia sobre el Tribunal Supremo Electoral e incluso para sancionar y destituir a sus vocales. Salgado (1988: 219) asevera que estas normas son inconstitucionales, puesto que en la Constitución se determina claramente que esa facultad reside únicamente en el Congreso.

y de los miembros presentes, respectivamente. Sin embargo, existen algunas excepciones que es interesante destacar, y dentro de las cuales se debe incluir obviamente a los organismos que son unipersonales, como ocurre con el chileno y el peruano.

Respecto al número de miembros de los tribunales electorales que deben asistir a las sesiones para que estas se puedan llevar a cabo, tenemos que mientras que en Guatemala y la República Dominicana se determina que para sesionar se requiere la asistencia de todos los miembros, en Brasil y Costa Rica se exige la presencia de todos los magistrados únicamente para poder entrar a tomar decisiones acerca de temas determinados.²²

Por su parte, en Nicaragua se requiere la presencia de cinco de los siete miembros del Consejo para deliberar, al tiempo que en México se delibera con la mayoría de los Consejeros Magistrados, pero si no se logra reunir el número de miembros requerido se cita a una nueva sesión dentro de las 24 horas siguientes, la cual se lleva a cabo con los miembros que asistan.

Respecto al quórum decisorio, Colombia, Bolivia, El Salvador, México, Nicaragua, Venezuela y Uruguay consagran mayorías calificadas. De todos ellos, el único que lo contempla para todas las situaciones es el Código Electoral colombiano. En los otros países, ese quórum es únicamente para asuntos especiales. Así, por ejemplo, en Bolivia, se requiere el voto de las dos terceras partes del total de los miembros de la Corte para suspender, restituir o destituir a los vocales de las Cortes Departamentales Electorales; en El Salvador, es indispensable obtener una mayoría especial de votos, entre otras cosas, para designar a los miembros de los organismos electorales inferiores, aprobar la boleta de votación y decidir sobre las impugnaciones; en Nicaragua, entre los asuntos que requieren mayoría calificada se encuentran la elección del presidente y vicepresidente del Consejo Supremo Electoral, el nombramiento o la destitución de los miembros de los órganos electorales inferiores y el otorgamiento, la suspensión o la cancelación de personalidad jurídica a un partido político; por su parte, en México se requiere una mayoría de dos terceras partes de los miembros del Consejo General para nombrar al Secretario Ejecutivo del Instituto Federal Electoral; y, finalmente, en Venezuela, es necesaria una mayoría especial para promover la nulidad de una elección o para dictar o reformar lo reglamentos general electoral y de referendos.

22 En el caso brasileño se requiere la presencia de todos los magistrados para decidir sobre la interpretación del código electoral desde la perspectiva constitucional, sobre la anulación general de las elecciones y sobre la pérdida de credenciales.

El caso de Uruguay es distinto, pues en ese país el quórum especial no se refiere al asunto sino a los magistrados. La Constitución declara que las decisiones de la Corte Electoral se han de tomar por mayoría absoluta de los miembros de ella, pero establece a continuación que dentro de esta mayoría se debe contar con el voto de tres de los cinco miembros conocidos como neutrales, a no ser que se adopten por las dos terceras partes de los miembros de la Corte. De esta manera, los votos de los neutrales adquieren un valor especial.

Dentro de este tema cabe destacar que en Ecuador y Honduras el presidente del tribunal electoral goza de la atribución del voto de calidad, consistente en que en caso de empate en el momento de toma de una decisión el voto del presidente resuelve.²³ Es importante anotar que el presidente del organismo electoral ecuatoriano es nombrado por el mismo Tribunal, mientras que en Honduras la presidencia se rota cada año entre los miembros del Tribunal Nacional.

2.4. Las facultades de las cortes electorales

En forma general se puede observar que en el ámbito latinoamericano los órganos electorales supremos han asumido una amplia gama de tareas, las cuales no se circunscriben únicamente a la organización y vigilancia de las elecciones, sino que se extienden a una serie de actividades que se relacionan con la materia electoral. Para la exposición de las atribuciones se ha dividido este apartado en seis subcapítulos, así:

2.4. 1. *Facultades administrativas*

Estas son de muy variado orden. Entre ellas están:

- a) Organizar y dirigir las elecciones y los procesos de consulta popular.
- b) Expedir su reglamento interno y las instrucciones para el funcionamiento de los organismos inferiores. Asimismo, ejercer la supervigilancia y la fiscalización sobre todos los organismos inferiores, independientemente de si sus miembros han sido designados por la misma Corte Electoral o no.
- c) Conocer y decidir sobre los diversos recursos existentes contra las resoluciones de los organismos inferiores. La única excepción a esta regla se presenta en Uruguay, donde las decisiones de las

23 Igual sucedía en México, Nicaragua y Paraguay hasta las reformas de 1994, 2000 y 1995, respectivamente. En el caso mexicano es importante reiterar que hasta la reforma de 1994 el presidente del Consejo General era siempre el Secretario de Gobernación.

Juntas Electorales que son tomadas por unanimidad no son recurribles ante la Corte Electoral.²⁴

- d) Convocar a elecciones. En la mayoría de los países en estudio es el organismo electoral el que procede a convocar las elecciones (de todo orden). En contadas ocasiones, como en los casos de Argentina, Bolivia y Perú, se ha dejado esta facultad en manos del Poder Ejecutivo. Cabe agregar, sin embargo, que por lo general las fechas de celebración de las elecciones son prefijadas por la ley, de manera que la convocatoria a elecciones tiene más que todo un carácter formal (véase la contribución de Fernández Segado sobre la convocatoria electoral en esta misma obra).
- e) Elaborar, imprimir y distribuir las boletas de votación. Por lo general, es tarea de los órganos supremos electorales la aprobación del modelo para la tarjeta de votación, así como la impresión y distribución de ellas a las mesas receptoras de votos (véase la contribución de Clemente sobre boletas electorales en esta misma obra). Solamente en Argentina y en Uruguay son los mismos partidos los que elaboran sus boletas de votación, las cuales han de ser presentadas a los organismos electorales para su aprobación. En Argentina, los partidos políticos deciden si distribuyen sus tarjetas ellos mismos o las depositan en mesas receptoras de sufragios. Por el contrario, en el Uruguay, la ley señala que los delegados de cada partido deben entregar sus boletas a las mesas receptoras de sufragios, para que estas las coloquen en el cuarto secreto. En la práctica, sin embargo, el número de boletas es tan alto que ahora se solicita al elector que obtenga la suya antes de entrar al referido cuarto.

La elaboración y distribución de las boletas electorales a través de los mismos organismos electorales ha sido considerada en varios países como un paso importante para evitar posibilidades de fraude y para crear condiciones de igualdad de oportunidades entre los partidos contendientes. Así, en el caso de Brasil se ha señalado que la introducción de la boleta oficial de votación constituye una de las reformas más importantes en la historia electoral brasileña. Igual se ha destacado con respecto al caso peruano y al colombiano (véase respecto a Brasil: De Sousa, 1972: 119; Meneguello, 1986: 103; Paiva, 1985: *passim*; respecto a Perú: García Belaúnde, 1986: 47; Paniagua, 1994: 226; respecto a Colombia: Jaramillo, 1995: 22).

24 Gros (1960: 313-314), considera inconstitucional esta disposición, argumentando que en la Carta se prevé que la Corte Electoral decide en última instancia sobre todas las apelaciones y reclamos que se produzcan.

- f) Suministrar a los organismos electorales inferiores todos los documentos y útiles necesarios para el desarrollo de sus labores. Quizás las únicas salvedades a esta norma las constituyen Argentina y Brasil: en el primer país se ha encargado a la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior la provisión de todos los elementos necesarios para el acto de la votación, así como la impresión de los listados del registro electoral, y en el segundo la ley dispone que todos los materiales destinados al empadronamiento y a la celebración de las elecciones han de ser suministrados por el gobierno Federal a los Tribunales Regionales Electorales, quienes se encargan de su distribución.
- g) Registrar a los candidatos. La inscripción de los candidatos a los diferentes cargos se practica ante los organismos electorales. En contados casos se surten todas las inscripciones ante el organismo supremo, como ocurre en El Salvador y Nicaragua. La norma general es más bien que solo las candidaturas para elecciones que se realizan en una circunscripción nacional (Presidente y Vicepresidente de la República y en algunos países senadores) se registran ante la Corte Electoral, mientras que las inscripciones para cargos cuya elección corre a nivel regional se realiza ante los organismos electorales regionales (véase la contribución de Fernández Segado sobre candidaturas electorales en esta misma obra).
- h) Practicar los escrutinios finales, asignar las bancas y expedir las credenciales (véase la contribución de Franco sobre el escrutinio en esta misma obra). En este aspecto se pueden observar dos tipos de orientación en la legislación electoral. Así, por un lado, en un buen número de países (Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, República Dominicana y Paraguay) se confían todas estas labores a la autoridad suprema electoral. Por el contrario, en otros países se ha decidido descentralizar estas actividades, de manera que la Corte Electoral solo se encarga de este punto en lo relacionado con las elecciones realizadas en circunscripción nacional. Así ocurre en Brasil, Ecuador, Colombia, Venezuela y Uruguay. En Venezuela y Uruguay, a los organismos máximos electorales les corresponde, además, realizar un escrutinio complementario con base en la votación nacional de los partidos: en Venezuela existe la figura de los senadores y los diputados adicionales, los cuales son adjudicados por el Consejo Supremo Electoral a los partidos pequeños con base en el cociente electoral nacional que extrae el mismo Consejo; a su turno, en Uruguay, luego de que las Juntas Electorales han realizado el respectivo escrutinio departamental y asignado las bancas para representantes a la Cámara, la Corte Electoral entra a practicar la adjudicación de los

escaños que sobren tras este procedimiento, tomando al país como una sola circunscripción nacional.

En México, dadas las características de su sistema electoral, el Consejo General del IFE se encarga del cómputo total de las elecciones para presidente y para senadores y diputados electos según el principio de representación proporcional, y de otorgar las constancias respectivas, mientras que todo lo relacionado con las elecciones de los senadores y de los diputados elegidos según el principio de mayoría relativa es efectuado por los Consejos Locales y los Consejos Distritales del IFE, respectivamente.

Por otra parte, en Perú y Chile el cómputo definitivo de los votos, la asignación de las bancas y la entrega de las credenciales no son realizadas por las cortes electorales, sino por el Jurado Nacional de Elecciones y el Tribunal Calificador de Elecciones, respectivamente. De igual manera, en Argentina el organismo supremo electoral no cumple funciones dentro del proceso de escrutinio definitivo. En este país, la calificación definitiva de las elecciones de los congresistas es efectuada por cada una de las cámaras del Congreso de la República.

Los casos de Colombia, Panamá y Chile son también peculiares, en razón de que en estos países el escrutinio de los votos se deja en manos de cuerpos diferentes a los que han cumplido con la organización de las elecciones. En Colombia se separa de esta regla únicamente el Consejo Nacional Electoral, el cual desempeña tareas en los dos campos.

- i) Velar por el mantenimiento del orden público y de la libertad de elegir en el día de los comicios. Esta función le compete normalmente a las autoridades policivas o militares, a las cuales pueden dirigirse los organismos electorales solicitando la ayuda necesaria (véase la contribución de Fuchs sobre la jornada electoral en esta misma obra). Sin embargo, en varios países se ha facultado a la misma Corte Electoral para entrar a decidir sobre estos temas, bien sea porque se dispone que en las elecciones las fuerzas de seguridad quedan sujetas a las instrucciones del organismo electoral, como ocurre en Costa Rica, Ecuador, Honduras, Panamá, Perú y República Dominicana; bien porque se pone bajo las órdenes de la corte un pie de fuerza determinado, el cual hace entonces el papel de policía electoral, tal como sucede en Nicaragua; o bien porque se establece que el organismo diseña y aplica coordinadamente con la policía el plan de seguridad electoral, como en El Salvador.
- j) Formular el proyecto de presupuesto y remitirlo a las autoridades competentes, así como administrar los fondos que le han sido otorgados.

- k) Velar por el respeto de los derechos y garantías consagrados a favor de los ciudadanos y de los partidos políticos.
- l) Publicar las memorias y la jurisprudencia relacionada con los procesos electorales.
- m) Brindar capacitación a los ciudadanos respecto al sufragio, la democracia y la participación ciudadana, tal como se establece en Ecuador, El Salvador, México, Perú y Venezuela.
- n) Colaborar en la organización de las elecciones internas de las organizaciones gremiales, tal como ocurre en Argentina, Chile, Uruguay y Venezuela.
- ñ) Divulgar los fines, formas y procedimientos de los actos electorales.
- o) Velar por que la propaganda electoral y las encuestas se ajusten a las normas dictadas (véase la contribución de Lauga sobre la campaña electoral en esta misma obra). Esto significa en muchos casos —como en Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Paraguay y México— que los medios de comunicación y las empresas que realizan labores de propaganda deben inscribirse ante el organismo electoral e informarle sobre sus tarifas y sus condiciones de trabajo. Igualmente, implica que los organismos electorales pueden ordenar la suspensión de la propaganda que consideren que no se adecua a la normatividad e imponer las sanciones respectivas, tal como ocurre, por ejemplo, en Bolivia, Brasil, Nicaragua, Panamá y Paraguay. Además, entraña que en distintos países —entre ellos Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Panamá y Venezuela— las compañías encuestadoras deban inscribirse ante el órgano electoral y pueden ser sancionados por este por incumplimiento de las normas respectivas.
- p) Reglamentar la participación de los partidos políticos (y de los otros movimientos políticos) en los medios de comunicación del Estado.
- q) Finalmente, existen algunos casos particulares, en los que la configuración de algunas circunscripciones para la elección de los congresistas no está fijada legal o constitucionalmente, y se ha facultado al organismo electoral para determinar para cada elección su contorno. Así ocurre en México, donde el Consejo General del Instituto Federal Electoral decide sobre la conformación de las 300 circunscripciones uninominales y las cinco circunscripciones plurinominales para las elecciones de diputados federales. De manera similar, en Bolivia y Venezuela la Corte Nacional Electoral y el Consejo Supremo Electoral deciden acerca de la delimitación de los distritos electorales uninominales para la elección de los congresistas correspondientes.

2.4.2. *Facultades registrales*

En todos los países latinoamericanos es responsabilidad de los órganos supremos electorales la formación del padrón electoral. Esta tarea es realizada de diversas maneras: en algunos países la inscripción de los ciudadanos en el padrón se realiza ante los organismos inferiores del orden regional o local (como los jueces electorales en Brasil, los notarios electorales en Bolivia o las juntas inscriptoras en Chile); en otros, ante dependencias regionales o locales del mismo organismo supremo electoral (como ocurre en México, con la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores; en Panamá, con la Dirección General del Registro Electoral; o en Venezuela, con la Comisión de Registro Civil y Electoral); y, finalmente, en otros, ante un organismo especializado, del orden nacional y de existencia permanente, dependiente del mismo órgano supremo electoral. Este último es el caso de Colombia, donde el registro electoral es elaborado por la Registraduría Nacional del Estado Civil; de Costa Rica, donde lo hace el Registro Civil; de Guatemala, donde es tarea del Registro de Ciudadanos; de Honduras, donde es responsable el Registro Nacional de las Personas; de Paraguay, en el que la Dirección del Registro Electoral es la encargada de su formación; y de Uruguay, donde esta labor es cumplida por la Oficina Nacional Electoral.

El caso peruano es particular luego de la Constitución de 1993. Puesto que en ella se dividieron las tareas electorales entre tres organismos autónomos, la responsabilidad sobre el padrón electoral quedó en manos del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil y de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, los cuales deben actuar coordinadamente en su preparación y actualización, y luego obtener la autorización del Jurado Nacional de Elecciones para su uso en las elecciones.

En todos los países se ha establecido la permanencia del registro electoral, lo cual quiere decir que una vez se ha elaborado este para unas elecciones determinadas es utilizado en los comicios siguientes luego de ser depurado y actualizado, registrándose las altas y bajas correspondientes (Urruty, 1991: 518; León-Rösch, en esta misma obra)²⁵.

La actualización del registro electoral depende en muy buena parte del grado de certeza que ofrezcan el registro civil —en el cual se anotan los datos referentes al estado civil de las personas, tales como nacimiento, defunción, matrimonio, adopción, etc.— y el registro de la identidad de las personas, en el cual se establece quiénes son ciudadanos del

25 El último país en adoptar un padrón electoral permanente fue Nicaragua, donde hasta hace poco se formaba un padrón propio para cada elección.

país y se hace constar cuál es su documento de identidad. Esta dependencia se explica por el hecho de que para la obtención de la cédula de identidad se ha de presentar, por lo común, el certificado del registro civil (para dar constancia del lugar y fecha de nacimiento, del nombre, etc.), y para la inscripción en el padrón electoral se ha de exhibir, por lo general, el documento de identidad.

Pues bien, atendiendo a la importancia del registro electoral para la garantía de la limpieza de las elecciones y a la situación de que muchos problemas del padrón electoral se podían atribuir a las deficiencias de los otros dos registros,²⁶ en varios países se ha decidido colocarlos todos bajo la responsabilidad de la corte electoral.

Así ocurre en Costa Rica, donde el Registro Civil se encarga tanto del padrón electoral como de los registros civil y de la identidad de las personas; en Honduras, país en el cual también los tres registros son tarea del Registro Nacional de las Personas; en Nicaragua, donde desde la reforma constitucional de 1995 se asignó al Consejo Supremo Electoral la responsabilidad sobre los tres registros; en Panamá y en la República Dominicana, naciones en las cuales el Tribunal Electoral y la Junta Central Electoral, respectivamente, tienen también a su cargo la formación de los tres registros; y en Colombia, donde el registro de la identidad de las personas y el electoral son formados por la Registraduría desde la creación de esta entidad, pero, además, desde 1986 se ha establecido que ella debe asumir gradualmente todo lo relacionado con el registro civil.

En otros países, el organismo electoral tiene la atribución de formar dos registros. Así, por ejemplo, en Bolivia, la Corte Nacional Electoral organiza y administra el padrón nacional electoral y dirige y administra el Servicio Nacional de Registro Civil. En El Salvador, el Tribunal Supremo Electoral tiene a su cargo la formación del padrón electoral y la del Registro Nacional de las Personas Naturales, que se encarga de la inscripción de todos los actos referentes al estado civil. Igualmente, en Venezuela, el Consejo Nacional Electoral mantiene, organiza, supervisa y

26 La experiencia de muchos años de la República Dominicana constituye un buen ejemplo de los problemas que originan los otros registros en el padrón (véase el Informe del Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica y los artículos de Butten). También en Bolivia, en los años ochenta, una buena parte de los problemas del padrón electoral se debía al carnet de identidad, pues era necesario para poder inscribirse en el registro cívico y aproximadamente un 50 % de los ciudadanos no lo poseía (Müller y Machicado, 1986: 68-69; Sanabria, 1990: 233). Asimismo, para el caso nicaragüense, véase Zelaya (1988: 127), quien señala que las deficiencias existentes en el registro del estado civil fueron las que llevaron a establecer el registro electoral periódico, como única forma de evitar fraudes con base en él. También las dificultades originadas por el registro civil en Colombia (Rojas, 1982: 22, y de la Calle, 1982: 4) llevaron a que este pasara a ser responsabilidad de la Registraduría.

dirige el registro civil y el padrón electoral. También en Perú se ha procedido a concentrar el registro del estado civil de las personas y el de la identidad de las personas en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, al tiempo que el padrón electoral es responsabilidad compartida de los tres órganos electorales autónomos.

Por otra parte, en algunos países se han diseñado mecanismos para impedir que los errores de otros registros contaminen el padrón electoral. En Venezuela, como se ha dicho, el Consejo Nacional Electoral tiene a su cargo el registro civil y el padrón electoral, pero, a la vez, tiene la función de supervisar los procesos que cumple la Rama Ejecutiva para formar el registro de ciudadanos y expedir la cédula de ciudadanía.²⁷ En Ecuador, se dispone que el Tribunal Supremo Electoral elaborará el padrón electoral con base en los informes y datos que le proporciona la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, y para ello se ha establecido que la Dirección debe entregar diariamente al Tribunal Supremo Electoral las listas de los ciudadanos cedulados. Finalmente, en Paraguay, la Justicia Electoral tiene bajo su responsabilidad el padrón electoral, mientras que todo lo relacionado con el registro civil está a cargo del director del Registro Civil de las Personas, y la elaboración del registro de ciudadanos y la expedición de los documentos de identidad son responsabilidad del Departamento de Identificaciones de la Policía. A pesar de ello, la legislación establece que hasta que se cree una Dirección Nacional de Registros Públicos, la Dirección del Registro Electoral de la Justicia Electoral administrará conjuntamente con el Departamento de Identificaciones de la Policía y con el director del Registro Civil todo lo relacionado con los registros de ciudadanos y civil, respectivamente. Para ello se dispone que estas dos entidades están en la obligación de informar semanalmente al director del Registro Electoral sobre las altas y bajas de cédulas de ciudadanía y los nacimientos y defunciones producidos.

2.4.3. *Facultades jurisdiccionales-electorales*

Tras observar los países aquí tratados, se encuentra que en su gran mayoría los organismos supremos electorales tienen tanto la atribución de decidir en forma definitiva sobre los conflictos que se dan en la etapa preparatoria de las elecciones (tales como los que se presentan en la formación del registro electoral, en el reconocimiento de los partidos,

27 Importa anotar que el Consejo cuenta con esta facultad desde antes de la expedición de la Constitución y las leyes de elecciones vigentes (véase Rauseo, 1987: 185; Castillo, 1988: 172). A pesar de ello, se presentaban problemas en lo relacionado con el registro civil y con las cédulas de identidad (Rauseo, 1987: 186; Roche, 1986: 132), razón por la cual algunos abogados por colocar todos los registros en las manos del Consejo Supremo Electoral.

en la inscripción de los candidatos, etc.) como sobre los que surgen en el momento de calificarlas. Así ocurre en Bolivia, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana y Uruguay.

Dentro de este grupo de países cabe, sin embargo, diferenciar entre aquellos que permiten recursos de control de constitucionalidad contra los pronunciamientos de los órganos electorales y aquellos que no. Así, se puede observar que en Costa Rica, República Dominicana,²⁸ Uruguay y Nicaragua no existe ningún tipo de recurso contra las resoluciones electorales de los referidos órganos, aun cuando sí son impugnables otras decisiones, tales como las referidas a los partidos políticos o el registro civil, en Costa Rica, y las decisiones sobre partidos que toma el Consejo Supremo Electoral nicaragüense. En los demás países sí se admiten recursos extraordinarios ante la jurisdicción constitucional contra las resoluciones electorales de las cortes. De esta manera, en Guatemala y Honduras, se acepta el recurso de amparo contra las decisiones de sus organismos electorales máximos; en El Salvador, se pueden interponer los recursos de amparo, hábeas corpus e inconstitucionalidad; en Panamá y Paraguay el recurso de inconstitucionalidad, y en el último país también la acción de amparo; en Brasil, se pueden impugnar ante el Supremo Tribunal Federal las decisiones acusadas de inconstitucionalidad y las que nieguen las solicitudes de hábeas corpus y de *mandado de segurança* (equivalente al recurso de amparo); y en Bolivia se puede acudir ante el Tribunal Constitucional por infracción de los preceptos constitucionales.

El caso ecuatoriano se asemeja a los anteriores. Las resoluciones del Tribunal Supremo de Elecciones pueden ser objeto de demandas

28 Respecto a la República Dominicana es importante anotar que en la reforma electoral de 2002 se dispuso ampliar a nueve el número de integrantes de la Junta Central Electoral y dividir la Junta en dos salas, una administrativa, con tres miembros, y una contencioso-electoral, con cinco miembros. Además, existe el pleno, en el cual actúa también el presidente de la Junta. Cada uno de estos cuerpos tiene funciones propias. Así, la cámara administrativa se encarga del manejo ordinario de las actividades de la Junta, presenta propuestas al pleno acerca del nombramiento de directivos de la institución, dicta instrucciones para rodear el sufragio de garantías y fiscaliza las asambleas de los partidos. Por su parte, la cámara contencioso-electoral es la encargada de conocer y decidir en última instancia sobre los conflictos que se generen con ocasión de la realización de las elecciones y sobre los conflictos internos que se produzcan en los partidos políticos. Finalmente, el pleno convoca a las elecciones, declara sus resultados y expide las credenciales, resuelve sobre el reconocimiento y cancelación del registro de los partidos políticos, asume la dirección y mando de la Fuerza Pública para la época de elecciones, distribuye los aportes estatales para el financiamiento de las campañas, reglamenta todo lo relativo al financiamiento de los partidos políticos, a la propaganda a través de los medios, a la participación de los partidos políticos en los medios de comunicación del Estado, etcétera.

de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, ante el Tribunal Constitucional, el cual puede suspender total o parcialmente sus efectos.²⁹ Ha de agregarse, que la ley electoral prevé también algunos casos en los que el Tribunal Constitucional conoce de recursos contra las decisiones del Tribunal Electoral que se consideren violatorias de la ley, casos en los cuales puede imponer sanciones a sus miembros.³⁰

En los demás países, la decisión final sobre las controversias electorales no reposa en los organismos electorales supremos sino en tribunales especiales, en el Congreso o en jurisdicciones ordinarias. Así, en Colombia y Venezuela, las resoluciones de los órganos electorales son consideradas como de naturaleza administrativa e impugnables en todo momento: en Colombia ante la jurisdicción contencioso-administrativa (tribunales administrativos y Consejo de Estado)³¹ y en Venezuela ante la sala electoral del Tribunal Supremo de Justicia. Además, contra todas las decisiones cabe el recurso de amparo.

En Argentina, la calificación acerca de la validez o nulidad (parcial o total) de las elecciones de los parlamentarios es practicada por las respectivas cámaras legislativas.³² Por su parte, los conflictos preelectorales son resueltos definitivamente por la Cámara Nacional Electoral, existiendo sin embargo el recurso extraordinario de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia.³³

29 La Constitución precisa que las sentencias del Tribunal no tienen efectos retroactivos y que el Congreso está facultado para interpretar “de manera generalmente obligatoria” la Constitución.

30 Ver Terán (1990), especialmente pp. 67 y ss.

31 En la reforma constitucional de 2003 se dispuso que las acciones de nulidad electoral debían ser decididas por la jurisdicción contencioso-administrativa en un término máximo de un (1) año, o de seis meses si se trata de casos de única instancia. Esta decisión fue impulsada por las quejas acerca de la demora de los tribunales para fallar los asuntos electorales. Como prueba de ello se aducía el caso de un gobernador departamental, cuya elección fue anulada luego de dos años y medio de haberse realizado las elecciones, cuando restaban solamente nueve meses de los tres años de gobierno.

32 Argentina es el único país latinoamericano en el que la calificación definitiva de las elecciones reside todavía en el Congreso. Anteriormente lo acompañaban en esa condición México y Paraguay. En México, el sistema de autocalificación de las elecciones parlamentarias fue eliminado luego de la crisis política que se produjo a raíz de las elecciones de 1988. Más tarde, en la reforma constitucional de 1996, se eliminó también la calificación de las elecciones presidenciales por parte de la Cámara de Diputados. En Paraguay, la calificación de las elecciones presidenciales y parlamentarias por parte del Congreso fue eliminada con la Constitución de 1992.

33 González Roura (1999: 1158) señala que no son tantas las ocasiones en las que la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre los fallos de la Cámara, si bien lo ha hecho sobre temas fundamentales. Anota que del total de los fallos sustantivos dictados por la Cámara Nacional Electoral desde 1983, apenas el 13,5 % fueron impugnados ante la Corte Suprema de Justicia. Agrega

En Perú, México y Chile se ha diferenciado institucionalmente entre la organización de los comicios y el escrutinio y la calificación de las elecciones y de los plebiscitos. Por eso, en estos países existen tribunales especiales encargados exclusivamente de calificar definitivamente las elecciones. En Perú, el Jurado Nacional de Elecciones es el encargado de administrar justicia, en instancia final, en la materia electoral. Esta norma ha sido interpretada por la ley electoral dictada en septiembre de 1995 en el sentido de asignarle al Jurado también la facultad de dirimir en última instancia los conflictos que se presenten con los otros organismos electorales autónomos.

Por su parte, en México, la decisión final sobre todas las controversias que se originen por causa de la realización de las elecciones reside en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en sus salas superior y regionales. En este punto la legislación mexicana ha tenido grandes cambios, pues hasta las reformas constitucional y legal de 1993 cada una de las Cámaras Legislativas era la encargada de calificar las elecciones de sus miembros, tal como ocurre todavía en Argentina. Además, hasta la reforma de 1996, la calificación de las elecciones para presidente de la república era realizada por la Cámara de Diputados.³⁴

En el caso chileno, la calificación de las elecciones y de los plebiscitos reside —a nivel nacional— en el Tribunal Calificador de Elecciones, cuyas decisiones no son recurribles de ninguna forma. Pero, además, al Tribunal le han sido asignadas algunas funciones de control sobre el Servicio Electoral, de manera que diversas resoluciones de este último pueden ser recurribles ante él, y que el mismo Tribunal puede sancionar las faltas o abusos del director del Servicio Electoral en la aplicación de la ley de partidos.

Sobre Chile queda por decir que en lo relacionado con el registro electoral los reclamos referentes a la inclusión o no inclusión de una persona dentro de él se han de realizar ante el juez del crimen competente. El fallo de este es apelable ante la Corte de Apelación correspondiente.

Dentro del tema de las facultades jurisdiccionales ha de hacerse referencia también a las de orden sancionatorio electoral de que gozan algunos organismos electorales. Si bien lo regular es que la sanción de los delitos electorales sea función de la jurisdicción penal ordinaria, en

que no más del 30 % de estos recursos fueron aceptados por la Corte y que en el 81 % de los casos la decisión de la Corte confirmó el fallo de la Cámara.

34 Los pocos años de existencia del Tribunal han dado lugar a una jurisprudencia amplia y garantista y al desarrollo de la especialidad del derecho electoral. Véase Orozco (2003) y Galván (2000).

Argentina, Brasil y Panamá cumplen los organismos electorales con esta tarea.

En Argentina, los jueces electorales están facultados para juzgar —en única instancia— sobre las faltas electorales y, en primera instancia, sobre los delitos electorales. Sus sentencias no son apelables ante la Cámara Nacional Electoral sino ante la justicia ordinaria; en Brasil son los jueces electorales los que tienen competencia para sancionar los crímenes electorales; y en Panamá, la atribución de juzgar las faltas y los delitos electorales reposa en el Tribunal Electoral.

Asimismo, algunos organismos electorales tienen la atribución de sancionar las faltas electorales (véase la contribución sobre delitos y faltas electorales en esta misma obra). Así sucede, por ejemplo, en Ecuador, donde el Tribunal sanciona las infracciones a las leyes electoral y de partidos políticos; en Honduras, país en el que el Tribunal Nacional de Elecciones impone sanciones por la violación a las normas sobre publicidad política; en Paraguay, donde la justicia electoral conoce sobre las faltas previstas en el Código Electoral; y en México, donde el Instituto Federal Electoral sanciona administrativamente a los partidos políticos que incumplen sus obligaciones.

2.4.4. *Facultades disciplinarias*

En varios de los países aquí analizados, los organismos supremos electorales gozan de atribuciones disciplinarias con respecto a los funcionarios de la administración pública que realicen actos de parcialidad política. En consecuencia, estos organismos pueden entrar a investigar la conducta de los funcionarios y proceder a sancionarlos. Así ocurre, por ejemplo, en Costa Rica, Uruguay, Ecuador y El Salvador.

En Costa Rica y Uruguay la declaración del organismo electoral acerca de que un funcionario incurrió en actos de parcialidad política es causa obligatoria de destitución del servidor público implicado, aun cuando en el caso costarricense se señala que cuando se trate de los más altos funcionarios del Estado la labor del Tribunal Supremo de Elecciones se concreta a informar a la Asamblea Legislativa acerca de los resultados de la investigación.

Por su parte, en El Salvador, el Tribunal puede ordenar la suspensión o la destitución del funcionario, mientras que en Ecuador la ley de partidos autoriza al Tribunal Supremo para destituir a las autoridades de policía que impidan irregularmente la realización de manifestaciones o desfiles públicos. Asimismo, en Bolivia las cortes electorales pueden solicitar la suspensión de los funcionarios públicos que violen las normas sobre imparcialidad electoral. Si la entidad nominadora se niega a hacerlo, las cortes deben informar sobre este hecho al Congreso Nacional y a la Contraloría General de la República.

Finalmente, en Colombia no es el mismo Consejo Nacional Electoral el que ostenta la facultad disciplinaria, pero él es el que elige antes de cada debate electoral a los integrantes de los tribunales nacional y seccionales de garantías electorales, los cuales tienen por fin controlar el cumplimiento de las normas sobre imparcialidad política de los funcionarios públicos. Estos tribunales pueden, después de efectuada la investigación correspondiente y en el caso de que lo consideren justificado, solicitar a la entidad nominadora que sancione a los funcionarios inculpados, petición que debe ser acatada por la referida institución, so pena de incurrir en causal de mala conducta.

2.4.5. *Facultades relacionadas con la actividad legislativa*

La actividad de los órganos electorales supremos en esta área hace referencia a dos campos, cuales son: la reglamentación de la ley electoral y la facultad de iniciativa legal.

En cuanto al primero, se puede advertir que en casi todos los países se ha otorgado al órgano electoral la atribución de dictar los reglamentos necesarios para la aplicación de la ley electoral.³⁵ De esta norma se apartan Ecuador y Argentina, en los que esta potestad descansa en el Ejecutivo. En el caso ecuatoriano, el Tribunal Supremo Electoral ejerció esta función hasta la reforma de la ley electoral, en el año 1983. En ella se dispuso que, en adelante, para la reglamentación de la ley electoral el Tribunal propondría al Ejecutivo los proyectos de reglamentación y este decidiría definitivamente sobre ellos. La restricción se refiere, sin embargo, solo a la ley electoral, mientras que la facultad de reglamentar la ley de partidos políticos quedó incólume. La sustracción de la facultad reglamentaria sobre la ley electoral de la órbita del Tribunal ha sido muy criticada por los tratadistas, los cuales sostienen que con esa medida el Tribunal perdió uno de los instrumentos más eficaces para el desarrollo de sus actividades, a la vez que se le concedió al Ejecutivo mucha injerencia en las cuestiones electorales (Tinajero, 1988: 132; Terán, 1989: 90).³⁶

35 Es importante señalar que la facultad reglamentaria constituye un importante instrumento de los organismos electorales para la ejecución de sus actividades. Su trascendencia ha sido destacada por autores de diversos países. Así lo han hecho, respecto al caso brasileño, Sadek (1990: 158 ss.); respecto al venezolano, Rauseo (1987: 175 ss.); y respecto al caso peruano, García Belaúnde (1986: 59 ss.).

36 Tinajero (1988: 132) anota que, puesto que el Tribunal es el organismo supremo en las cuestiones electorales en el Ecuador, y que esta calidad requiere en sí de la potestad reglamentaria, en repetidas ocasiones el Tribunal ha ejercido esa facultad sin acudir al presidente de la República para que apruebe el reglamento.

Algunas de las disposiciones referentes a este punto son destacables: así, en Costa Rica, la Constitución prevé que el Tribunal Supremo de Elecciones tiene competencia exclusiva para interpretar las normas legales y constitucionales de carácter electoral, pero además precisa que la interpretación del Tribunal tiene un carácter obligatorio. Por otra parte, en Uruguay, la ley, al mismo tiempo que autoriza a la Corte Electoral para dictar las disposiciones necesarias para el eficaz cumplimiento de ella, le prohíbe a las corporaciones electorales dejar de realizar operaciones o de fallar en cuestiones de su exclusiva competencia argumentando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, así como suspender sus fallos o resoluciones esperando la interpretación del legislador; en Brasil, la ley autoriza al Tribunal Superior Electoral a aclarar cualquier duda referente a la materia electoral; en Nicaragua, se faculta al Consejo Supremo Electoral para resolver conforme a las disposiciones de derecho común cualquier asunto en materia electoral que no esté previsto en la ley; y en Panamá se establece que el Tribunal Electoral interpreta y aplica privativamente la ley electoral.

De otro lado, en Bolivia, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, República Dominicana y Venezuela se ha atribuido a las cortes electorales la facultad de proponer directamente al Congreso proyectos de ley referentes a la materia electoral.³⁷ El Tribunal Supremo de Elecciones costarricense no goza de esta facultad, pero participa de manera importante en el proceso de formación de la ley, en la medida en que la Asamblea Legislativa ha de solicitar la opinión del Tribunal con respecto a todos los proyectos de ley del orden electoral. En caso de que el concepto del Tribunal acerca de un proyecto no sea favorable, la Asamblea requiere de una mayoría de las dos terceras partes del total de sus miembros para apartarse del concepto del Tribunal, y aun así el proyecto no podrá ser convertido en ley dentro de los seis meses anteriores y los cuatro meses posteriores a una elección.

2.4.6. *Facultades relacionadas con los partidos políticos*

Para la descripción de las competencias de las cortes electorales con respecto a los partidos políticos nos limitaremos a tres áreas: la que corresponde al reconocimiento y la cancelación de la personería jurídica de los partidos políticos; la relativa a la intervención en los conflictos internos; y la referida a la fiscalización de las cuentas y los libros de los partidos.

37 En el caso peruano, el órgano que posee la facultad de iniciativa legal es el Jurado Nacional de Elecciones.

2.4.6.1. *Reconocimiento y cancelación de la personería jurídica*: la regla general es que el reconocimiento y la cancelación de la personería jurídica de los partidos y demás movimientos políticos —o el reconocimiento de las alianzas, coaliciones o fusiones de los partidos— sea realizada por el órgano supremo electoral (o por un organismo inferior, pero con recurso ante él, como ocurre en Argentina con los jueces electorales, en Paraguay con los tribunales electorales, en Costa Rica con el Registro Civil y en Guatemala con el Registro de Ciudadanos). En consecuencia, los partidos deben registrar sus estatutos y declaración de principios ante el órgano electoral, así como las reformas que realicen en ellos, y comunicarle los cambios que se susciten en la nómina de sus órganos directivos.³⁸

De esta norma general se apartan los casos de Brasil y Uruguay, países en los cuales los partidos deben adquirir primero su personería de acuerdo con la ley civil (con lo cual se les brinda el carácter de personas civiles). Una vez han obtenido su personería, en Brasil, los partidos registran sus estatutos ante el Tribunal Superior Electoral, mientras que en Uruguay pasan a solicitar su reconocimiento ante la Corte Electoral como entidades políticas.³⁹ También el caso peruano constituye una excepción a esta regla, pues en este país el Jurado Nacional de Elecciones es el organismo encargado de reconocer y cancelar la personería jurídica de los partidos y de formar el registro de las organizaciones políticas.

Cabe añadir que también en Chile y México el reconocimiento y la cancelación de la personería a los partidos políticos son practicados por el Servicio Electoral y el Instituto Federal Electoral, respectivamente. Sin embargo, estas providencias pueden ser recurridas, en México, ante el Tribunal Electoral, y en Chile, ante el Tribunal Calificador de Elecciones.

Importa mencionar que en el caso chileno la Constitución también le asigna al Tribunal Constitucional la facultad de decretar la inconstitucionalidad, y con ello la disolución, de las organizaciones, los movimientos y los partidos políticos, cuando sus “objetivos, actos o

38 Interesa aclarar que en Nicaragua, hasta la reforma constitucional de 1995, todas las tareas relacionadas con los partidos políticos (reconocimiento y cancelación de la personería jurídica, vigilancia sobre el cumplimiento de las normas legales y estatutarias, solución de los conflictos sobre la legitimidad de los representantes y directivos de los partidos, etc.) estaban asignadas al Consejo de los Partidos Políticos, un organismo único en este género en la región. Con la mencionada enmienda constitucional han pasado todas estas tareas al Consejo Supremo Electoral.

39 Sobre el caso brasilero debe señalarse que la situación antes de la Constitución de 1988 se asimilaba a la tendencia general latinoamericana (véase al respecto Salem, 1990: 142 ss.; Ceneviva: 1989, 98 ss.).

conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo [...] hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política” (art. 19.15.). También en Ecuador, Perú y Venezuela, los órganos de justicia constitucional intervienen en algunos de los eventos contemplados como causales para la extinción de un partido, particularmente cuando algún partido político se encuentra adelantando actividades en contra del orden constitucional. Así, si el Tribunal Supremo Electoral ecuatoriano considera que se debe cancelar la inscripción de un partido porque está constituyendo organizaciones paramilitares o no respeta el carácter no deliberante de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, requiere obtener un pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional, en el que se declare que esos hechos sí están ocurriendo, antes de poder proceder a cancelar la inscripción del partido. Por su parte, en Venezuela, la ley de partidos políticos dispone que la Corte Suprema de Justicia, a solicitud del Poder Ejecutivo Nacional, conocerá y decidirá sobre la disolución del partido que de manera sistemática propugne o desarrolle actividades contra el orden constitucional.

También en Perú existe la posibilidad de declarar la ilegalidad de una organización política, y por lo tanto de cancelar su personería jurídica, cuando sus actividades sean consideradas contrarias a los principios democráticos. La declaración la hace la Corte Suprema de Justicia de la República, a pedido del Fiscal de la Nación o del Defensor del Pueblo, y se puede basar, entre otras cosas, en que la organización apoya políticamente la acción de organizaciones que practiquen el terrorismo o el narcotráfico, promueve, justifica o exculpa atentados contra la vida o la integridad de las personas o legitima la violencia como método para la consecución de objetivos políticos.

Para finalizar este acápite es importante añadir que en varios países se confiere a los organismos electorales la facultad de llevar el registro de afiliados de los partidos políticos. Así ocurre, por ejemplo, en Argentina, Brasil, Chile y Paraguay. En el Perú, esta tarea es adelantada por el Jurado Nacional de Elecciones.

2.4.6.2. Intervención en los conflictos internos de los partidos: con respecto a este punto, podemos observar que, particularmente en los últimos años, la legislación electoral y de partidos de un número de países cada vez mayor ha abierto posibilidades a las cortes electorales, o a sus organismos subordinados, para entrar a decidir sobre los litigios que se presentan al interior de los partidos, una vez se han agotado los mecanismos internos.

Así, en Argentina, los jueces electorales vigilan las elecciones partidarias internas y conocen, luego de agotadas las vías dentro del partido, de los recursos contra las elecciones y contra las decisiones

aprobadas. Las resoluciones adoptadas por los jueces acerca de los escrutinios definitivos de las elecciones son apelables ante la Cámara Nacional Electoral. Algo similar ocurre en Costa Rica, donde las asambleas partidarias deben contar siempre con la presencia de delegados del Tribunal Supremo de Elecciones, y el Registro Civil —y en segunda instancia el Tribunal— conocen sobre las impugnaciones contra las resoluciones de los comités ejecutivos de los partidos.

Por su parte, la legislación electoral hondureña prevé que el Tribunal Nacional Electoral debe convocar a las asambleas partidarias, colaborar en su organización y supervisarlas. Las elecciones realizadas en ellas, así como sus resoluciones y las tomadas por las directivas partidarias, son apelables ante el Tribunal, cuyos fallos son, a su vez, susceptibles del recurso de amparo ante la Corte Suprema de Justicia.

También en Bolivia, Panamá, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana,⁴⁰ Uruguay y Venezuela los organismos supremos electorales están autorizados para entrar a decidir sobre los litigios y cuestiones internas de los partidos —para asuntos como la elección de sus directivas partidarias y de sus candidatos electorales—, y para controlar el cumplimiento de la ley y de sus estatutos, luego de que se hubieren agotado las vías estatutarias y reglamentarias.

Además, en Ecuador, la ley de partidos políticos señala que el Tribunal Supremo Electoral puede entrar a resolver sobre los asuntos domésticos de los partidos en los casos de escisión partidaria y de existencia de dos directivas, caso en el cual el Tribunal decide cuál es la legítima. Respecto a los demás conflictos internos la ley señala que ellos pueden ser conocidos por el Tribunal cuando las Asambleas Generales de los partidos o los mismos conflictuantes se lo soliciten.⁴¹

40 En República Dominicana, hasta 1992, la ley electoral contemplaba solamente una posibilidad de mediación de la Junta Central Electoral en los conflictos intrapartidarios, cual era la de que existieran reclamos contra las decisiones de crear alianzas o realizar fusiones. Así, la norma era manifiestamente insuficiente para atender los fuertes conflictos internos que se daban dentro de algunos partidos, los cuales, al no tener una instancia a dónde acudir, habían caído en agudos procesos de división y debilitamiento. Ante ello, en 1988, la Junta Central Electoral, en decisión muy controvertida, en la que modificaba su jurisprudencia sobre el punto, resolvió entrar a fallar sobre los problemas internos de varias organizaciones políticas, haciendo uso de su facultad reglamentaria. Pues bien, esta actitud de la Junta fue refrendada con la Ley 12 de 1992, la cual la autorizó para dirimir definitivamente los conflictos intra e interpartidarios, para fiscalizar las asambleas y convenciones de los mismos y para disponer lo necesario con miras a garantizar el régimen de democracia interna en los partidos.

41 Terán (1990: 59 y 69) comenta que las normas a este respecto presentan oscuridades y vacíos, requiriendo ser interpretadas. Al mismo tiempo, señala que la jurisprudencia del Tribunal al respecto ha sido muy variable, de manera que mientras en algunas ocasiones se ha estado por el control sobre los partidos

Por otro lado, en Colombia, la ley de partidos establece que cualquier afiliado a un partido podrá impugnar ante el Consejo Nacional Electoral la elección o designación de las directivas partidarias, por violación grave de los estatutos del partido.⁴²

En Chile, la ley de partidos incluye una serie de normas sobre la organización interna de los partidos, con base en las cuales le asigna diversas funciones al Servicio Electoral (como que las elecciones partidarias y cierto tipo de acuerdos de los Consejos Generales de los partidos políticos se deben tomar en presencia de un ministro de fe designado por el Servicio Electoral). Asimismo, la ley determina una serie de prohibiciones a los partidos que, en caso de ser transgredidas podrán ser sancionadas por el Tribunal Calificador de Elecciones. Pues bien, a pesar de todas las normas señaladas, en el tema de los conflictos internos de los partidos la ley no le concede mayores atribuciones al Servicio Electoral para intervenir en ellos. Lo que sí permite la ley es que el Tribunal Calificador de Elecciones decida sobre las controversias que se presenten acerca de la integración del Tribunal Supremo que debe conformarse en cada partido político.

Para terminar es importante señalar que en varios países el organismo supremo electoral tiene la obligación de colaborarle a los partidos en la organización y realización de sus procesos electorales internos, tal como ocurre en Colombia, Honduras, Perú, Uruguay y Venezuela.

2.4.6.3. Control de las finanzas: en cuanto a las finanzas de los partidos, podemos observar que en todos los países se autoriza expresamente al órgano supremo electoral para fiscalizar el patrimonio, y el origen y el manejo de los recursos de los partidos (Zovatto 2000). Ello incluye, aunque con diferencias entre los distintos países, la atribución de los organismos electorales para expedir instructivos acerca de cómo se deben llevar las cuentas y libros contables; la obligación de los partidos —y en varias ocasiones de los mismos candidatos— de informar a los organismos electorales sobre las cuentas en las que van a manejar sus dineros y sobre la integración de sus comités financieros o la identidad de su administrador electoral; el deber de los partidos de presentarle periódicamente sus cuentas y libros al órgano electoral, con el objeto

políticos apoyándose en ciertas normas, en otras ocasiones, y basados en otras normas, se ha rechazado el ejercicio de este control.

42 La Constitución de 1991 determinaba que la ley no podía establecer exigencias en relación con la organización interna de los partidos. Sin embargo, en la reforma constitucional de 2003 se estableció que los partidos y movimientos políticos debían organizarse democráticamente y que cada partido debía presentar listas y candidatos únicos para las elecciones populares, decisiones que habrán de conducir a que se atribuyan al Consejo facultades más amplias para el control de la vida interna de los partidos.

de lograr su aprobación, y la potestad del mismo organismo para controlar esos libros y cuentas en el momento que considere preciso, para exigir aclaraciones sobre ellas e, incluso, para desaprobarlas. Además, los organismos electorales cuentan con facultades para sancionar a los partidos políticos que vulneren las normas sobre contribuciones a las campañas, gastos electorales y rendición de cuentas.

En algunos países se contempla que para el control sobre las finanzas los órganos electorales tendrán la colaboración de la Contraloría General de la República, o el organismo equivalente. Así sucede, por ejemplo, en Brasil, Costa Rica y Nicaragua.

Resta por decir que en una buena parte de los países en los que existe el financiamiento público directo de las campañas o de los partidos, o de ambos, la autoridad electoral se encarga directamente de distribuir esos recursos, como ocurre en Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana y Venezuela. Al mismo tiempo, en los países donde esos fondos son administrados por el Poder Ejecutivo, los organismos electorales suministran los datos con base en los cuales se hace la distribución de los aportes estatales, tal como sucede en Argentina, Costa Rica, Chile y El Salvador.

3. Organismos supremos electorales y régimen democrático

Como se precisó en la introducción, a partir del segundo decenio del siglo XX se inició en Latinoamérica un proceso de creación de organismos electorales especializados y —por lo menos teóricamente— independientes. El ánimo que promovió este proceso fue brindar transparencia a las contiendas electorales, como condición necesaria para el establecimiento de la democracia.

En varios países, la instauración de este tipo de organismos electorales contribuyó de manera decisiva para dotar de credibilidad a los procesos electorales. Este es el caso de Brasil, Costa Rica, Chile⁴³ y Uruguay, países donde desde hace muchas décadas no se han presentado disputas de carácter grave acerca de la honestidad con que se han celebrado los comicios.

Lo mismo puede afirmarse de Colombia desde 1958, si se hace omisión de las elecciones presidenciales de 1970, las cuales se vieron comprometidas por serias acusaciones de manipulación de los resultados en perjuicio del candidato de la Alianza Nacional Popular

43 Sobre este país es importante aclarar que la institución que es más destacada con respecto a su contribución a la pureza de las elecciones es el Tribunal Calificador de Elecciones (Borón, 1971: 405; Cruz Cocke, 1984: 19).

País	Organismo supremo electoral	¿Regulado constitucionalmente?	Ubicación dentro del Estado	Nº miembros órgano directivo	Entidad nominadora
Argentina	Cámara Nacional Electoral	No	Poder Judicial	3	Presidente, con anuencia Senado (sobre lista Consejo Magistratura)
Bolivia	Corte Nacional Electoral	Sí	Órgano autónomo	7	Congreso y Presidente
Brasil	Tribunal Superior Electoral	Sí	Poder Judicial	7	Tribunal Federal Supremo, Tribunal Superior de Justicia y Presidente (sobre lista Tribunal Federal Supremo)
Colombia	Consejo Nacional Electoral	Sí	Órgano autónomo	9	Congreso
Costa Rica	Tribunal Supremo Electoral	Sí	Órgano autónomo	3 (5 en época electoral)	Corte Suprema de Justicia
Chile	Servicio Electoral	No	Órgano autónomo	1	Presidente con anuencia del Senado
Ecuador	Tribunal Supremo Electoral	Sí	Órgano autónomo	7	Congreso
El Salvador	Tribunal Supremo Electoral	Sí	Órgano autónomo	5	Asamblea Legislativa (sobre ternas partidos y Corte Suprema de Justicia)
Guatemala	Tribunal Supremo Electoral	Constitución remite a ley	Órgano autónomo	5	Congreso (sobre ternas Comisión de Postulación)
Honduras	Tribunal Nacional de Elecciones	Sí	Órgano autónomo	Variable	Partidos políticos y Corte Suprema de Justicia
México	Instituto Federal Electoral	Sí	Órgano autónomo	9	Cámara de Diputados
Nicaragua	Consejo Supremo Electoral	Sí	Poder Electoral	7	Asamblea Nacional (sobre listas Presidente y diputados)
Panamá	Tribunal Electoral	Sí	Órgano autónomo	3	Tres ramas del Poder Público
Paraguay	Tribunal Superior de Justicia Electoral	Sí	Poder Judicial	3	Senado, con anuencia Presidente (sobre lista Consejo Magistratura)
Perú	Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE)	Sí	Órgano autónomo	1	Consejo Nacional de la Magistratura
República Dominicana	Junta Central Electoral	Constitución remite a ley	Órgano autónomo	9	Senado
Uruguay	Corte Electoral	Sí	Órgano autónomo	9	Asamblea General (5 imparciales, 4 sobre partidos)
Venezuela	Consejo Nacional Electoral	Sí	Poder Electoral	5	Asamblea Nacional (sobre listas sociedad civil, Poder Ciudadano y Facultades Derecho)

País	Organismo supremo electoral	¿Mayoría especial para nombramientos?	Periodo ejercicio (años)	¿Prohíbese actividad política a miembros?	Organismo que remueve sus miembros	¿Garantías especiales presupuesto?
Argentina	Cámara Nacional Electoral	No	Inamovibles	Sí	Consejo de Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento	No
Bolivia	Corte Nacional Electoral	Sí	4	Sí	--	No
Brasil	Tribunal Superior Electoral	No	2	Sí	Tribunal Superior Electoral	Sí
Colombia	Consejo Nacional Electoral	No	4	Sí	Congreso	No
Costa Rica	Tribunal Supremo Electoral	Sí	6	Sí	Asamblea Legislativa y Corte Suprema de Justicia	Sí
Chile	Servicio Electoral	No	-----	Sí	Presidente con anuencia del Senado	No
Ecuador	Tribunal Supremo Electoral	No	4	No	Congreso	No
El Salvador	Tribunal Supremo Electoral	Sí (para 2)	5	Sí (para algunos)	Asamblea Legislativa y Corte Suprema de Justicia	Sí
Guatemala	Tribunal Supremo Electoral	Sí	6	Sí	Congreso y Corte Suprema de Justicia	Sí
Honduras	Tribunal Nacional de Elecciones	No	4	No	Organismo nominador	No
México	Instituto Federal Electoral	Sí	7	Sí	Congreso	No

País	Organismo supremo electoral	¿Mayoría especial para nombramientos?	Periodo ejercicio (años)	¿Prohíbese actividad política a miembros?	Organismo que remueve sus miembros	¿Garantías especiales presupuesto?
Nicaragua	Consejo Supremo Electoral	Sí	5	Sí	Asamblea Nacional	No
Panamá	Tribunal Electoral	No	10	Sí	Corte Suprema de Justicia	No
Paraguay	Tribunal Superior de Justicia Electoral	No	5	Sí	Congreso	No
Perú	Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE)	No	4	Sí	Consejo Nacional de la Magistratura	No
República Dominicana	Junta Central Electoral	No	4	No	Congreso	Sí
Uruguay	Corte Electoral	Sí (para 5)	5	Sí	Congreso (para 5) y partidos (para 4)	No
Venezuela	Consejo Nal. Electoral	Sí	7	Sí	Asamblea Nacional y Tribunal Supremo de Justicia	Sí

País	Organismo supremo electoral	¿Cuántos registros tiene a su cargo?	¿Hace juicio definitivo sobre elecciones?	¿Caben recursos constitucionales contra sus juicios electorales?	¿Reglamenta la ley electoral?	¿Tiene iniciativa legal?	¿Otorga o extingue personería a partidos políticos?	¿Decide sobre conflictos internos de partidos políticos?	¿Controla o participa en control de finanzas de los partidos?
Argentina	Cámara Nacional Electoral	1	No	---	No	No	Sí	Sí	Sí
Bolivia	Corte Nacional Electoral	2	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Brasil	Tribunal Superior Electoral	1	Sí	Sí	Sí	No	No	No	Sí
Colombia	Consejo Nacional Electoral	3	No	---	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Costa Rica	Tribunal Supremo Electoral	3	Sí	No	Sí	No	Sí	Sí	Sí
Chile	Servicio Electoral	1	No	---	Sí	No	Sí	No	Sí
Ecuador	Tribunal Supremo Electoral	1 (controla otro)	Sí	Sí	No	Sí	Sí	Sí	Sí
El Salvador	Tribunal Supremo Electoral	2	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	No	Sí
Guatemala	Tribunal Supremo Electoral	1	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	No	Sí
Honduras	Tribunal Nacional de Elecciones	3	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
México	Instituto Federal Electoral	1	No	---	Sí	No	Sí	No	Sí
Nicaragua	Consejo Supremo Electoral	3	Sí	No	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Panamá	Tribunal Electoral	3	Sí	Sí	Sí	No	Sí	Sí	Sí
Paraguay	Tribunal Superior de Justicia Electoral	1 (controla los otros 2)	Sí	Sí	Sí	No	Sí	Sí	Sí
Perú	Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE)	---	No	---	Sí	No	No	No	Sí
República Dominicana	Junta Central Electoral		Sí	No	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Uruguay	Corte Electoral	1	Sí	No	Sí	No	No	Sí	Sí
Venezuela	Consejo Nacional Electoral	2 (controla el tercero)	No	---	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí

(Anapo), partido que amenazaba el tradicional predominio de los liberales y conservadores en la política colombiana. También cabría añadir el caso argentino, donde, a pesar de que la Cámara Nacional Electoral fue creada en el decenio de 1960 y ha tenido una vida discontinua por causa de la inestabilidad política en el país, las reformas introducidas en 1911 y 1912 con respecto a la organización electoral —tales como la creación de los jueces electorales, la transmisión a estos de la responsabilidad sobre el padrón electoral y la asignación de labores organizativas y escrutadoras a juntas integradas por miembros del Poder Judicial— permitieron que a partir de aquellos años, excluyendo el periodo de la llamada época de la restauración conservadora o época del fraude (1930-1943), los procesos electorales hayan sido considerados como libres de manipulación (Bidart, 1977: t. III, cap. XXII; Bidegain, 1981-1986: 181, t. II).

Claro está que la acreditación de las elecciones que se logró con los órganos supremos electorales en los países mencionados no significa que los gobiernos hayan estado por completo imposibilitados para condicionar los resultados. El caso de Brasil nos ayuda a comprender esta aseveración. En este país, todos los autores coinciden en relevar el papel que ha desempeñado la justicia electoral desde su creación, en 1932: Lamounier, Muszynski y Sadek la califican como “el gran divisor de aguas en la historia electoral brasileña”; De Sousa considera que su implantación constituye la reforma electoral más importante en la historia brasileña; Meneguello y Russomano afirman que ella moralizó la vida política del país, etc. (Lamounier/Muszynski, 1989: 3; Sadek, 1990: 154; De Sousa Sampaio, 1972: 119; Meneguello, 1989: 102; Russomano, 1981: 138). Sin embargo, simultáneamente, los mismos autores señalan que durante el régimen militar, los gobiernos pudieron, a través de la legislación, encauzar los resultados y restringir los efectos de los procesos electorales mediante, por ejemplo, la fijación de limitaciones en el espectro partidario o la implantación de las elecciones indirectas (Lamounier/Muszynski, 1989: 14; Sadek, 1990: 154 s.; De Sousa Sampaio, 1972: 119).

Asimismo, cabe anotar que la garantía que ofrecían las cortes electorales acerca de la veracidad de los resultados electorales no fue suficiente para consolidar la democracia en varios de los países aludidos, aunque sí se puede afirmar que contribuyó a apuntalarla en aquellos en los cuales el consenso acerca del régimen democrático perduró. Este último es el caso de Costa Rica, país donde, desde 1949, se mantiene la constitucionalidad democrática, y en el cual la labor y la importancia del Tribunal Supremo de Elecciones para la cultura política que se ha desarrollado en este tiempo son destacadas por numerosos autores.

También es este el caso de Colombia, la cual ha preservado las instituciones democráticas desde el mismo 1958 —luego de la época de la Violencia y de la dictadura de Rojas— aunque con las limitaciones que produjo el marginamiento de los grupos políticos diferentes a los liberales y los conservadores —operado mediante el pacto del Frente Nacional y sus sustitutos, que regiría desde 1958 hasta 1991— y con las restricciones que representan el alto grado de abstención electoral y el elevado nivel de violencia política que azota al país.⁴⁴

Pero incluso en los países que cayeron bajo regímenes militares se afirma que la tradición de elecciones honestas y la confianza en los organismos de control electoral contribuyeron al buen desarrollo de la transición a la democracia, en tanto que las elecciones fueron aceptadas como un mecanismo viable para decidir sobre el rumbo futuro. Así lo aseveran Sadek (1990: 156), respecto a Brasil, en donde la justicia electoral continuó funcionando durante el periodo del régimen militar, así como Korseniak y Martins (1988: 354), en cuanto a Uruguay, donde si bien la Corte Electoral encargada de controlar el plebiscito de 1980 estuvo integrada por interventores nombrados por el gobierno militar, los resultados del plebiscito fueron respetados a pesar de que fueron contrarios al régimen.

Por otro lado, en varios países se puede ver que la instauración de las cortes electorales no produjo cambios en las prácticas electorales tradicionales o si lo hizo fue por un corto tiempo. Quizás el mejor exponente del primer caso es la Nicaragua somocista, donde incluso el tribunal electoral fue elevado constitucionalmente al rango de cuarto poder del Estado, en 1962, sin que por ello las elecciones dejaran de ser calificadas de manipuladas, tanto que se considera que las primeras elecciones honestas en este país fueron las de 1984 y 1990 (Fiallos, 1986: 331; Krennerich, 1993: *passim*). Igual ocurrió en El Salvador, en donde se afirma que las primeras elecciones libres en su historia —fuera de las de 1931, el triunfador de las cuales sería depuesto pocos meses después— tendrían lugar apenas en 1982 (Arriaza, 1989; Krennerich, 1993).

Ejemplo del segundo caso sería República Dominicana, donde las elecciones de 1924, que siguieron a la creación de la Junta Central Electoral, fueron consideradas como honestas. Pero con los comicios de 1930 asciende al poder Rafael Leonidas Trujillo, luego de una campaña

44 Sobre Colombia y Costa Rica véase Peeler (1985: *passim*); respecto a Costa Rica, además, véase Aguilar (1978: 94) y Tartter (1984: 206). Respecto a las limitaciones anotadas para Colombia, cabría agregar que ellas han dificultado en buena medida la caracterización teórica del régimen político del país. Por ello, han surgido diversas propuestas acerca de la definición más exacta de la democracia colombiana (restringida, controlada, oligárquica, etc.; véase Hartlyn, 1989: 292-293).

marcada por la violencia contra la oposición, hecho que causó la renuncia de los miembros de la Junta Central Electoral y que la oposición se retirara de la contienda. Desde ese año hasta su muerte, en 1961, se realizarían elecciones con la periodicidad ordenada por la Constitución y bajo el control de la Junta Central Electoral, integrada siempre de acuerdo con lo estipulado en la Constitución: todas las elecciones fueron ganadas en forma abrumadora por Trujillo —o sus testaferros— y por su Partido Dominicano, siendo lo normal que solo hubiera candidaturas únicas o que, en el caso de que hubiera otros candidatos, estos no tuvieran la más remota posibilidad de triunfar (Campillo, 1982; 1982).

Quizás una explicación plausible para esta diferenciación en cuanto al efecto del establecimiento de las cortes electorales en las diferentes naciones tenga que ver con la tradición política de los países en cuestión. Así, países como Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile y Uruguay, podían presentar, por lo menos desde finales del siglo XIX, cierta continuidad institucional, con celebración periódica de elecciones presidenciales y parlamentarias, en las que se contaba con la presencia de diferentes agrupaciones políticas, y a consecuencia de las cuales el partido en el Gobierno hubo de entregar algunas veces el poder al partido opositor vencedor en los comicios.

Estos regímenes (conocidos como protodemocráticos) constituyeron en realidad democracias oligárquicas, de las cuales fueron excluidas las grandes mayorías de la población de estos países, y en las que fue corriente la utilización del fraude electoral y de la fuerza en la lucha por el poder. No obstante, mediante ellos estos países fueron adquiriendo conocimientos y experiencias acerca de las instituciones democrático-liberales y acerca de la conformación y el funcionamiento de los partidos políticos, además de que permitieron una apertura paulatina y gradual del sistema político a más amplios sectores sociales (Diamond y Linz, 1989: 7-9; Peeler, 1989: 24 ss.).

Pues bien, mientras que los referidos países contaban en su experiencia histórica con este tipo de regímenes, muchas de las demás naciones latinoamericanas mostraban un pasado marcado por gobiernos de corte netamente autoritario, por largas dictaduras y por la exclusión o represión de la oposición. En estos países, la creación de las cortes, o la conservación de ellas cuando habían nacido en una pausa democrática, podría interpretarse más bien como un intento de utilizar el prestigio de esta institución —que en otros países había contribuido a distender y organizar la vida política, en la medida en que creaban confianza en el método electoral— con miras a obtener una legitimación del ejercicio del poder.

La situación descrita explica que, en el marco de esta etapa de redemocratización y democratización que ha experimentado Latinoamérica

desde principios del decenio de 1980, en aquellos países en los cuales las elecciones estuvieron siempre acompañadas de desconfianza y de acusaciones de fraude y de manipulación, el tema de la reforma de la organización electoral fue parte muy importante de las agendas de reforma política que sucedieron a la caída de los gobiernos autoritarios. En efecto, se puede observar que en todos ellos se ha prestado gran atención a los problemas de los organismos electorales supremos y de la organización electoral en general, todo bajo la premisa de que la credibilidad del método electoral y de la democracia política depende en buena medida de la labor de estos organismos. En ello se han encontrado acompañados por países que aunque no estuvieron en la misma situación de autoritarismo militar, como Colombia y México, han procedido en los últimos tiempos a practicar amplias reformas políticas. Por su parte, aquellos países que habían logrado establecer un modelo de organización electoral que les había permitido proveer de credibilidad a los procesos electorales, confirmaron este modelo luego de superar su etapa de autoritarismo militar, tal como ocurrió en Argentina, Brasil, Uruguay y Chile.

Por cierto, el caso mexicano aporta una prueba actual de la trascendencia de los organismos electorales para generar adhesión al método electoral y al régimen democrático. En este país, la legislación electoral, y dentro de ella todo lo relacionado con la organización electoral, fue objeto permanente de reformas desde la ley electoral de 1946, que creó el primer organismo nacional encargado de la preparación, desarrollo y vigilancia de las elecciones. Ello, sin embargo, no pudo disipar la convicción general acerca de que los procesos electorales eran manipulados en favor del partido oficial, siendo interpretadas las reformas más bien como maniobras para reacomodar el control del Partido Revolucionario Institucional (PRI) sobre el Estado a las cambiantes condiciones políticas (Molinar Horcasitas, 1988 y 1991; González Casanova, 1985; Gómez Tagle, 1988; Becerra, 1991; Mols, 1985: 317 ss.). Luego de la aguda crisis política que se generó a partir de las elecciones de 1988, se decidió reformar radicalmente las instituciones encargadas de la organización y el juicio de las elecciones. De allí nacieron el Instituto Federal Electoral y el Tribunal Electoral, que han conducido al país a través del proceso de transición democrática, de un régimen de partido hegemónico a un régimen pluripartidista, en el cual existen condiciones para una verdadera competencia política (Woldenberg, 2000; Todd, 1999; De la Peza, 1999, Orozco, 2003; Galván, 1997).

4. Consideraciones finales sobre el estado actual de los organismos electorales supremos

Tras observar la situación general actual de los organismos electorales en la región podemos encontrar que las Constituciones y las leyes electorales les asignan, aunque con diferencias de país a país, un gran número de atribuciones. Y más aún, estas facultades han aumentado en el último tiempo y es muy posible que continúen incrementándose. Ello, en vista del carácter permanente que se les ha otorgado; de la consagración de mecanismos de participación popular en un gran número de países; del hecho de que se afirma que en los periodos interelectorales podrían asumir más tareas; y de la percepción de la necesidad de, por ejemplo, robustecer la educación política de los ciudadanos y contribuir a la modernización e institucionalización de los partidos políticos, tareas estas que se considera deberían asumir las cortes electorales, dado el entendimiento de que ellas, al menos en teoría, no están comprometidas políticamente.

Lo anterior significa que los organismos electorales supremos son instituciones de primer orden dentro de los sistemas políticos nacionales, dado que muchas de sus decisiones versan sobre asuntos políticos de gran calado y afectan de manera definitiva el futuro y la estabilidad política de los diferentes países. Los debates que se han presentado en Colombia y Venezuela con respecto a los referendos ilustran bien cuán delicadas y trascendentales para el orden político son las decisiones de los tribunales electorales. En Venezuela, la oposición al Gobierno ha solicitado al Consejo Nacional Electoral la convocatoria de un referendo para revocar el mandato conferido al presidente Chávez. Para ello, de acuerdo con la Constitución, requiere que su solicitud sea respaldada por no menos del 20 % de los electores inscritos en el registro electoral, es decir, por 2'437.080 ciudadanos. A finales de marzo de 2004, el Consejo decidió, por mayoría de tres contra dos, invalidar un número amplio de firmas y observar 876.017 adhesiones, por cuanto sus datos aparecían diligenciados por una misma caligrafía. Lo anterior implica que estas firmas deben ser ratificadas. En caso de que no se logre hacerlo, la solicitud de referendo fracasaría, pues hasta el momento solamente habían sido consideradas como válidas 1'832.493 rúbricas. La decisión del Consejo revivió los serios disturbios públicos que han azotado al país desde hace varios años, el cual se encuentra sumido en una división política casi que irreconciliable. Posteriormente, la decisión fue impugnada ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, la cual decidió validar todas las firmas observadas, resolución que habría allanado el camino para la realización del referendo revocatorio. Sin embargo, este fallo fue a la vez acusado ante la Sala Constitucional

del mismo Tribunal, el cual anuló la decisión de la Sala Electoral, para darle validez nuevamente a la resolución del Consejo Nacional Electoral. De esta forma, el país permanece aún en la incertidumbre acerca del referendo, lo cual podría generar un mayor agravamiento de la difícil situación política del país.

En Colombia, mediante la Ley 796 de 2003, expedida a instancias del Gobierno, se convocó a un referendo para modificar la Constitución. Mediante la sentencia C-551 de 2003, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de la mayoría de las normas contempladas en la ley de convocatoria. Entre las normas que consideró inenajenables se encontraba una que autorizaba a los ciudadanos para votar en bloque todas las preguntas del referendo (15). Esta decisión implicó que cada una de las preguntas tuviera que ser examinada por separado, para establecer si había obtenido el umbral de votos necesario para ser aprobada. De acuerdo con la Constitución, para la aprobación de cada una de las preguntas se requería que ellas contaran con el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes y que en la consulta participara más de la cuarta parte del total de ciudadanos inscritos en el padrón electoral. Esto último significaba que cada pregunta debía ser votada por lo menos por 6'267.444 sufragantes. Sin embargo, solamente una de las preguntas superó este umbral de participación, mientras que a las demás les faltaron en algunos casos apenas unos miles de votos. En vista de ello, el Gobierno y los impulsores del referendo decidieron impugnar el padrón electoral, afirmando que él contenía las cédulas de ciudadanía de muchas personas que no podían haber sufragado, bien fuera porque ya habían fallecido, bien porque eran militares o bien porque no habían reclamado sus documentos de identidad. Por eso, solicitaron que se corrigiera el censo electoral y que el umbral para cada pregunta se calculara con base en esa depuración, petición que de haberse aceptado habría conducido a que casi todas las preguntas del referendo fueran aprobadas. Incluso, el presidente de la República acudió al Consejo Nacional Electoral para presentar y defender esta solicitud. El Consejo decidió negar la petición, con una mayoría de siete contra uno, pero obviamente su decisión estuvo rodeada de fuertes presiones, de una polémica nacional acerca de la validez de modificar *a posteriori* las reglas de juego, y de un ambiente de amplia incertidumbre política, en vista del rechazo y las acusaciones expresados por los opositores del referendo.

Por otra parte, la amplitud de las tareas de los órganos electorales trae consigo también peligros, en la medida en que aquellos pueden llegar a ser utilizados para servir determinados fines políticos. Como ilustración para esta afirmación nos queremos referir a dos facultades, a saber: las de carácter jurisdiccional-electoral y las relacionadas con los partidos políticos.

Como se observó, en la mayoría de los países las decisiones de los organismos electorales acerca de los conflictos preelectorales y de la calificación de las elecciones pueden ser solamente objeto de un control de constitucionalidad. Aún más, en cuatro casos no existe posibilidad alguna de recurrir las resoluciones de las cortes (Costa Rica, Nicaragua, República Dominicana y Uruguay).⁴⁵ El hecho de que en la mayoría de los países aquí tratados se haya decidido asignar estas prerrogativas a los órganos supremos electorales resulta del propósito de evitar que los tribunales judiciales ordinarios se vean involucrados en las contiendas políticas (Fix-Zamudio, 1977: 37-39; Linares Quintana, 1960: 582 ss.; Haro, 1988: 337 ss.; Tena, 1981: 545 ss.; González Avelar, 1979: *passim*), así como del deseo de extraer la calificación de las elecciones de la órbita de acción de los Congresos, con los cuales se acumularon experiencias negativas durante muchos años.

Desde luego, esta situación confiere a los organismos electorales un inmenso poder, lo cual nos pone otra vez frente al problema de su credibilidad, en lo que se refiere a su imparcialidad. En 1954, Chacón (1975: 345) consideraba que era una verdadera monstruosidad jurídica el haber concedido facultades tan amplias en este campo al Tribunal Supremo de Elecciones costarricense.⁴⁶ No obstante, hasta ahora, los fallos del Tribunal en este campo no han sido controvertidos y su manejo de las elecciones ha sido ampliamente reconocido.

Pero no todos los casos coinciden con el costarricense. En la República Dominicana los fallos —definitivos e irrecurribles— de la Junta Central Electoral han producido ya varias veces amplias protestas y acusaciones de parcialidad y la consecuente inestabilidad política. Así ocurrió, por ejemplo, con el conocido “fallo histórico”, que decidió sobre las elecciones presidenciales de 1978, y el cual fue calificado generalmente como arbitrario (Campillo, 1986: 280 ss.; Espinal, 1987: 135 ss.). Igual sucedió con las elecciones de 1994, cuyos resultados fueron tan discutidos que solo se pudo poner fin a la inconformidad con la celebración del acuerdo de reducir el periodo presidencial y convocar con anticipación a nuevas elecciones. Por su parte, en Bolivia, las elecciones de 1989 fueron impugnadas por el Movimiento Nacional

45 Lo que se diga sobre este tema es también aplicable a los tribunales que tienen por función específica la calificación de las elecciones, tal como ocurre en Perú, Chile y México.

46 También Rosenn (1988: 1258 y 1267 ss.) criticaba, en 1988, la creación de tribunales electorales cuyas decisiones están exentas de los controles normales del Poder Judicial. Él manifestaba que la creación de tribunales especiales para el juicio de asuntos relacionados con el orden público o los militares, o de problemas laborales, fiscales, administrativos o electorales, constituía uno de los métodos más utilizados para socavar la independencia del Poder Judicial, con base en la simple sustracción de materia.

Revolucionario, después de criticar la actuación de la Corte Nacional Electoral y de retirarse de ella. El MNR solicitó a la Corte Suprema de Justicia que decretara la anulación de las elecciones, pero la ley electoral contemplaba en ese entonces que las decisiones de la Corte Electoral eran definitivas, irrevisables e inapelables, razón por la cual no podía prosperar esa demanda (Mayorga, 1991: 271; de Campero, 1990: 5). Esta situación explica que las normas electorales actuales permitan que los fallos de la Corte Nacional Electoral sean objeto de revisión constitucional ante la Corte Suprema de Justicia. Las elecciones panameñas de 1989 nos brindan un tercer ejemplo, aunque diferente, porque allí las decisiones de la corte electoral son revisables por motivos de inconstitucionalidad. En aquella ocasión, el Tribunal Electoral decretó la nulidad general de los comicios —sin convocar a nuevos— argumentando que se habían presentado situaciones que alteraron el resultado final de las elecciones. Contra la decisión del Tribunal se elevaron dos acciones de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia, mas esta decidió rechazar las dos demandas presentadas, arguyendo que el Tribunal Electoral no había infringido ninguna disposición constitucional, que el Tribunal había actuado dentro del marco de sus atribuciones y que la Corte no podía examinar cuestiones de ilegalidad (Brewer-Carías, 1990: 127 ss.).

Por otro lado, diversas experiencias en la región han mostrado que las facultades de los órganos supremos electorales relacionadas con los partidos políticos pueden ser utilizadas para restringir o reprimir a la oposición. Basta citar sobre este tema a García Laguardia (1986: 200; véase asimismo a McDonald, 1972, 86 ss.), quien en su artículo sobre el régimen constitucional de los partidos políticos en Centroamérica afirma que en muchos países se dio un

...tratamiento cuidadoso y extensivo del régimen de partidos que en gran medida se orienta a su control por parte del poder público. Requisitos —a primera vista inofensivos— de afiliación, reconocimiento, actividades, programas, antecedentes de la dirigencia y financiamiento, reflejaban una encubierta intención limitativa, que dejaba en manos del Gobierno central, a través de específicos organismos de control, la decisión sobre la misma existencia de los partidos y naturalmente de su actividad. En muchos países, conscientemente, y especialmente en Guatemala, Nicaragua y El Salvador, se construyó un marco legal y constitucional para controlar la vida parlamentaria y mantener un régimen de pluralismo restringido, que ha impedido que la oposición se manifieste libre y realmente, lo que ha provocado la polarización de la vida política y estimulado las actividades violentas y radicales de diversos signos.

La incertidumbre que crea la acumulación de tan importantes funciones electorales en los órganos supremos electorales nos remite a la

necesidad de garantizar su imparcialidad en las contiendas electorales. Para ello es de decisiva importancia observar cuál es su manera de integración y, en especial, cuáles son las posibilidades de interferencia de los órganos políticos por excelencia, es decir, de los poderes Ejecutivo y Legislativo y de los partidos políticos, en el proceso de nombramiento de los magistrados de las cortes electorales.

De acuerdo con la exposición comparativa realizada, en la mayoría de los países se puede observar que la decisión acerca de la integración de los tribunales electorales reside en órganos políticos. Solamente Costa Rica y Perú presentan un sistema de nombramientos ajeno a esta tendencia, pues en ellos esta atribución se confía a los órganos judiciales. También el caso de Brasil se puede asimilar a este grupo, pues allí la mayor parte de los miembros del Tribunal Superior Electoral son designados por los organismos judiciales, mientras que los que son nombrados por el presidente de la República, con anuencia del Senado, provienen de una lista que es elaborada por el Tribunal Federal Supremo.

Además, sobre estos países hay que agregar que las regulaciones constitucionales o legales, o unas y otras, en Brasil y Perú, y la práctica en Costa Rica, buscan expandir aún más la independencia de las autoridades electorales con respecto a los órganos políticos al exigir que los candidatos a la magistratura electoral no sean políticamente activos. Para el mismo fin se les ha fijado periodos de ejercicio no coincidentes con los de los cuerpos electivos.

Ahora bien, con respecto a los países en los que la integración de las cortes electorales es potestad de organismos políticos cabe hacer algunos comentarios: el primero de ellos es que en la mayoría de las naciones analizadas interviene el Congreso en el proceso de designación. En cuatro países —Colombia, Ecuador, México y la República Dominicana— el nombramiento de los miembros del organismo supremo electoral está completamente en manos del Congreso y de los partidos políticos. A este grupo se debe sumar Bolivia, donde el Congreso nombra seis de los siete integrantes de la Corte Nacional Electoral. Es importante anotar que en algunos de estos países se intenta lograr que la integración del organismo electoral responda a consensos —más allá de las mayorías políticas— al requerirse una votación calificada para la designación de sus miembros —como ocurre en Bolivia y México—. En otros, se trata de garantizar alguna neutralidad política de los magistrados del tribunal con la exigencia de que ellos no hayan realizado actividades políticas en los años anteriores —como en México— o de que no las ejecuten durante el ejercicio de sus cargos —como se exige en Colombia y Bolivia—. Y, finalmente, en algunos no se impone ninguna restricción, tal como se presenta en Ecuador y la República Dominicana.

Por otra parte, se observa que en El Salvador, Uruguay, Guatemala, Nicaragua, Paraguay y Venezuela también es el Congreso el que designa a los miembros de los organismos electorales supremos, pero tiene restricciones al hacerlo. Con la salvedad de Uruguay, esas limitaciones consisten en que todos o varios de los miembros de la corte electoral deben ser nombrados de ternas o listas presentadas por otros organismos o instituciones. Así ocurre en Guatemala, donde el Congreso realiza los nombramientos de una lista de candidatos elaborada por una comisión de postulación que está integrada por representantes del medio universitario. En El Salvador, dos de los cinco miembros deben ser nombrados sobre ternas formadas por la Corte Suprema de Justicia. En Nicaragua, la elección se realiza sobre listas que son presentadas para cada cargo por el presidente de la república y los diputados de la Asamblea, luego de consultas con la sociedad civil. En Venezuela, la elección también se practica sobre listas presentadas por la sociedad civil, el Poder Ciudadano y las facultades de derecho. En Paraguay, la Cámara de Senadores elige sobre una lista de candidatos elaborada por el Consejo de la Magistratura. Finalmente, en Uruguay, se exige que cinco de los nueve miembros de la Corte Electoral garanticen imparcialidad política. En estos casos se advierte que, al mismo tiempo que se garantiza la legitimidad política de los miembros de los organismos electorales supremos, por medio del nombramiento a través del Congreso, se intenta que el organismo garantice alguna imparcialidad para sus decisiones. Esta pretensión es reafirmada en algunos países con la exigencia de una mayoría calificada para el nombramiento de todos o varios de los magistrados de la corte electoral, como ocurre en El Salvador, Guatemala, Uruguay y Venezuela.

Por otro lado, se observa que el papel del Ejecutivo en la integración de los organismos electorales es cada vez más reducido. En efecto, actualmente el presidente de la República solo participa en el proceso de integración de estos organismos en Argentina, Chile, Bolivia, Nicaragua, Panamá y Paraguay. En todos los casos, el papel que desempeña tiene importantes límites. Así, en Bolivia únicamente nombra uno de los siete magistrados de la Corte Nacional Electoral. En Panamá nombra uno de los tres magistrados del Tribunal. En Paraguay, se requiere su anuencia para los nombramientos efectuados por el Congreso, y en Nicaragua presenta listas de candidatos para cada cargo. En Chile y Argentina, él es quien designa al Director del Servicio Electoral y a los Magistrados de la Cámara Nacional Electoral, pero para ello requiere la aprobación del Senado de la República. Además, en el caso argentino su propuesta debe basarse en listas presentadas por el Consejo de la Magistratura.⁴⁷

47 La intervención del Presidente de la República en los nombramientos ha sufrido recortes en los últimos años. Así, hasta la reforma de 1995, la Constitu-

En el sistema de integración mediante órganos políticos es interesante resaltar el esquema que asigna a los partidos políticos una representación directa e igual en las cortes electorales. Este sería el caso de El Salvador y Honduras (y de Colombia hasta 1991, y, en parte, de Venezuela hasta 1999). En El Salvador cada uno de los tres partidos mayoritarios decide sobre el nombramiento de un magistrado del Tribunal, dado que tres de los cinco integrantes son designados sobre ternas presentadas por esos partidos. También en Honduras cada uno de los partidos políticos con personería jurídica nombra —y remueve— libremente uno de los miembros del Tribunal Nacional de Elecciones. Este mecanismo de integración de las cortes, lo mismo que aquellos en los que el Congreso tiene libertades plenas para nombrar a los magistrados de ellas o designa sobre listas presentadas por los partidos, permite que los partidos principales, es decir, aquellos que en una situación normal tendrían posibilidades de llegar al poder mediante las elecciones, sean partícipes directos en el proceso de organización, control y, en algunas ocasiones, calificación definitiva de las elecciones. De esta manera, los mismos contrincantes en el proceso electoral asumen la responsabilidad de controlarlo.⁴⁸

Sobre la fórmula de integración de las cortes con base en magistrados nombrados directamente por los mismos partidos políticos, resta decir que ella corresponde a una tendencia dirigida a comprometer de una manera más directa a los partidos en la organización y el control de las elecciones. Esta tendencia se puede observar en dos aspectos: el primero se refiere a la conformación de los organismos electorales inferiores al nivel regional y local, para lo cual, como ya se vio, en un buen número de países se ha dispuesto que los nombramientos han de realizarse sobre las propuestas presentadas por los partidos políticos, de manera que por lo menos los más importantes quedan en igualdad de condiciones en ellas y se controlan entre sí; el segundo aspecto tiene relación con las posibilidades de fiscalización de los partidos políticos

ción nicaragüense contemplaba que el presidente presentaría las cinco ternas sobre las cuales debía elegir la Asamblea Nacional a los magistrados del Consejo Supremo Electoral. Igualmente, en México, hasta las reformas de la década de 1990, el presidente presentaba listas vinculantes de candidatos tanto para los cargos de magistrados consejeros del Consejo General del Instituto Federal Electoral, como para los magistrados de los tribunales federales electorales. Además, él ejercía una influencia decisiva en el Instituto por medio del Secretario de Gobernación, dada su condición de secretario del Consejo. De la misma manera, en la Constitución argentina de 1994 se decidió que las propuestas presidenciales para el nombramiento de los jueces debían basarse en listados de candidatos elaborados por el Consejo de la Magistratura.

48 Claro está que ello genera problemas cuando existen partidos importantes que no obtienen representación en el organismo supremo electoral. Así ocurre, por ejemplo, en Colombia, con el Polo Democrático.

sobre los organismos electorales, posibilidades que existen en todos los países con respecto a las mesas receptoras de votos y que en la mayoría de ellos también se extiende al envío de delegados de los partidos ante los diversos organismos electorales del orden nacional, regional y local, delegados que pueden observar y controlar el desarrollo del proceso electoral y que tienen derecho a voz en los respectivos organismos.

La tendencia anotada se complementa con otra que corre en sentido inverso, consistente en tratar de profesionalizar el servicio público en los órganos electorales con base en mecanismos como el de la carrera administrativa. Con ello se busca tanto poner al margen de los acaeceres políticos a los funcionarios, despolitizando sus nombramientos, como garantizar que las tareas de las cortes sean realizadas con eficiencia. Así, los funcionarios del Tribunal Supremo de Elecciones costarricense están comprendidos desde hace mucho tiempo en el sistema de carrera, lo cual ha sido valorado en forma muy positiva. A su vez, en la reforma constitucional colombiana de 2003, la reforma electoral mexicana de 1990, la ley del poder electoral venezolano, de 2002, y las leyes peruanas de 1995 sobre los órganos electorales se establece el sistema de carrera administrativa para sus funcionarios. También se ha debatido sobre reformas en este sentido en República Dominicana y Honduras (véase, respectivamente, Brea Franco, 1987: 45 y 57; Tome, 1991: 276).⁴⁹

Resumiendo, entonces, vemos que en la mayoría de los países aquí analizados los magistrados de los órganos electorales son nombrados por organismos políticos, en muchos casos a través de la participación de varios de ellos. Ello le concede a estos organismos —y a los grupos que en ocasiones los dominan— la posibilidad de dar a las cortes un carácter específico, e incluso, como sucedió en varios países en el pasado, de velar por que los miembros de las cortes respondan a intereses políticos determinados.⁵⁰ Es decir, el hecho de que la composición

49 En contravía de esta tendencia se encuentra Paraguay. En este país, el artículo 87 del Código Electoral establece que “las designaciones de funcionarios las hará el Tribunal Superior de Justicia Electoral de conformidad con la idoneidad y, en lo posible, con la proporción de bancas que los partidos o movimientos políticos tienen en la Cámara de Senadores”, norma que contraría los principios de una carrera administrativa.

50 La situación colombiana en relación con el referendo del año 2003 constituye un buen ejemplo acerca de las presiones políticas que soportan los organismos electorales supremos. Como lo expresa el expresidente Samper, el presidente Uribe le solicitó que hablara con los magistrados del Consejo Nacional Electoral, de mayoría liberal, para instarlos a que aprobaran la revisión del padrón electoral, con lo cual se podía asegurar la aprobación del referendo. El expresidente Samper habló con ellos, pero no logró convencerlos, resultado que produjo un distanciamiento entre Samper y Uribe. En entrevista concedida a las Lecturas Dominicales de *El Tiempo*, del 15/02/2004, le preguntan al

de las cortes dependa de los organismos políticos ofrece a estos los medios para intentar el control de aquellas, aun cuando cabe recalcar que, como se ha visto, en distintos países se imponen límites para la designación de los miembros, y que, además, la remoción directa de los magistrados cuando estos no se ajustan a las necesidades de los grupos políticos dominantes, que es uno de los principales recursos para el ejercicio del control, les ha sido dificultada o sustraída en un buen número de países.⁵¹

Además, la dependencia del órgano electoral con respecto a los organismos políticos —y a través suyo de las cambiantes situaciones políticas— se ve disminuida en los países, que como vimos son la mayoría, en los cuales el periodo de los magistrados de las cortes no coincide con el de los cargos electivos, lo que dificulta que la composición de las cortes puede ser variada de acuerdo con las modificaciones sufridas en los organismos políticos.

Ahora bien, nótese que hablamos de posibilidades y no de efectos inexorables. En la práctica han de tenerse en cuenta una serie de variables que influyen en la actividad y en los resultados producidos por las cortes y que determinan también la confianza o desconfianza en los procesos electorales.

Para iniciar, debe señalarse que para poder hacer valoraciones sobre las posibilidades de autonomía e imparcialidad de la Corte Electoral en un país determinado hay que observar el contexto político que rodea a la corte en análisis, en puntos tales como el tipo de régimen, el arraigo de los partidos en la población, la tradición y la cultura políticas, la fuerza de los grupos de presión e interés, el grado de libertad

expresidente: “Dicen que el presidente está bravo con Usted por el episodio del Consejo Electoral, que no lo ayudó con sus amigos para que revisaran el censo electoral que está lleno de muertos y militares...”. Él responde: “El cuento es exactamente al revés de cómo se lo contaron en Palacio a una columnista de *El Tiempo* que no se preocupó por averiguar la otra cara de la moneda. Me buscaron los asesores de Palacio para que les ayudara con la Registradora y el Consejo Electoral para modificar el censo y cambiar el resultado del Referendo. Les hablé de la inoportunidad y dificultad de sus pretensiones. Organizaron una reunión en Palacio con el presidente: les dije lo mismo. Les advertí que estaba distante de algunos magistrados liberales del Consejo a quienes la honestidad administrativa de la Registradora les resulta, por decir lo menos, incómoda. Insistieron. Les hablé a algunos magistrados sin encontrar eco alguno. Transmití sinceramente mi impresión, pero el presidente reaccionó molesto, tomó la decisión de irse para el Consejo, aunque le pedí inútilmente que no lo hiciera. Lo demás es de público conocimiento”.

51 De hecho, en la bibliografía que consultamos sobre los diferentes países no hemos encontrado referencia alguna a remociones practicadas, durante los últimos años, por la vía ordinaria. El único caso reciente de destitución que conocemos es el de los miembros del Jurado Nacional de Elecciones peruano. Ello ocurrió luego del autogolpe del presidente Fujimori y fue realizado sin sujetarse a los procedimientos fijados.

y de influencia de la prensa, etc. En regímenes autoritarios capaces de copar todas las instancias estatales y aun las de la sociedad civil, como sería el caso de los regímenes de Trujillo en República Dominicana y de Stroessner en Paraguay, poco habría cambiado el que la decisión sobre la integración de las cortes electorales hubiera sido asignada a los organismos judiciales o a representantes de diferentes organismos sociales, o a unos y otros. Esta afirmación es corroborada por el reciente caso peruano, donde el presidente Fujimori pudo cooptar todas las ramas del poder político e incluso los organismos electorales, los cuales son elegidos a través de organismos no políticos.

Por el contrario, es importante recordar que en países como Chile y Argentina, en los cuales los nombramientos son facultad del presidente de la República y el Senado, y en Uruguay, donde la decisión sobre la integración de las cortes yace en el Congreso, las elecciones no han sido objeto de cuestionamientos graves desde hace muchos años. Esto pone de manifiesto que, entre otras cosas, la tradición y la cultura políticas que se han ido forjando en cada país tienen también una influencia determinante en el trabajo que desarrollarán los organismos electorales.

Otra variable que debe considerarse es la capacidad administrativa de las cortes electorales. Brea Franco (1987: *passim*) y Fiallos (2000: 352 ss.) señalan que para el buen desarrollo de las elecciones las cortes requieren tanto de la confianza de los ciudadanos como de una organización adecuada. Las elecciones son el resultado de un largo proceso de planeación y organización. Por eso, las fallas en este proceso repercuten necesariamente en el desarrollo de los comicios y, con ello, en la misma credibilidad del organismo electoral. El mismo Brea Franco afirma con respecto a su país, República Dominicana, que varios de los problemas y una buena parte de la desconfianza que generaba la Junta Central Electoral se desprendían de sus debilidades en este campo.

Consideramos que esta aseveración se podría extender a otros países. Sería interesante investigar en qué medida los diversos problemas que se presentan hoy en día en áreas como el registro electoral, la elaboración de los diversos formularios y de las boletas de votación, la distribución de los materiales electorales, la identificación de los electores, el escrutinio de los votos, la comunicación de los resultados, etc., podrían deberse a carencias en la planificación y organización de las elecciones.

El problema de la debilidad organizativa de las cortes nos remite a la discusión sobre su presupuesto, sus funcionarios y las reformas de las leyes electorales en vísperas de los comicios.

Respecto al presupuesto, como se pudo observar antes, en la gran mayoría de los casos los recursos que se destinan a las cortes son

definidos por el Ejecutivo y el Parlamento. Solamente en Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala y República Dominicana se han institucionalizado mecanismos dirigidos a garantizar a estos organismos una cierta solvencia económica. De esta forma, en los demás países las cortes han estado a merced de la buena voluntad de los órganos que deciden sobre el presupuesto. El resultado ha sido que, en diversos casos, a las cortes no se les asignan los recursos necesarios para la planeación y organización a largo plazo de las elecciones y que, incluso, en el año electoral a duras penas pueden obtener los medios requeridos para poder realizarlas.

En cuanto a los funcionarios, es claro que el cambio permanente de los magistrados de las cortes tiene por consecuencia el que la experiencia acumulada en la realización de los procesos electorales no pueda ser aprovechada en forma adecuada para casos posteriores. Esto nos aclara el porqué en Ecuador —donde anteriormente el periodo de ejercicio de los magistrados era de dos años— la reelección, en 1988, de cuatro de los siete magistrados fue considerada como positiva para la marcha del Tribunal, al mismo tiempo que, en El Salvador, en 1989, se criticaba que la composición del organismo (en aquel entonces el Consejo Central de Elecciones) hubiera venido variando cada tres años, desde 1981 (Terán, 1989: 88; Arriaza, 1989: 44). Pero el clamor por la estabilidad y por la eficiencia en el ejercicio de los cargos se dirige ante todo a los empleados subalternos de las cortes. Por eso, en el último tiempo se ha impulsado en varios países la introducción de la carrera administrativa para los funcionarios electorales, como ya vimos. Todo ello, reconociendo la importancia de apartar de la órbita política lo relacionado con los nombramientos y ascensos, de manera que estos aspectos pasen a depender solo de las calificaciones del candidato, y partiendo de la base de que al ofrecer a los funcionarios la posibilidad de realizar su carrera profesional en la entidad electoral, esta se está beneficiando también de los conocimientos y la veteranía de sus empleados.

A los problemas administrativos de las cortes contribuye también la situación presentada en algunos países, en los que el Congreso procede a reformar la legislación electoral poco tiempo antes de las elecciones, con el fin de responder a las necesidades políticas inmediatas del partido o la alianza dominante en él. Terán (1989: 83 s.) en cuanto a Ecuador, Arriaza (1989: 49-51) en cuanto a El Salvador, Tome (1991: 269) en cuanto a Honduras y Brea Franco (1987: 43) en cuanto a la República Dominicana, informan sobre reformas aprobadas por el Congreso en la antesala de las elecciones, reformas que favorecían con toda claridad a grupos políticos determinados. Estas enmiendas legales colocaron en aprietos a las respectivas cortes electorales en dos sentidos: por un lado, porque a estas se les modificaron las condiciones

sobre las cuales habían planeado las elecciones; y por el otro, porque las cortes fueron las primeras víctimas de la pérdida de confianza en la limpieza e imparcialidad de los procesos electorales, que sobrevino a las mencionadas reformas.

Por último, quisiéramos mencionar que existe una serie de fenómenos que afectan también el desarrollo y los resultados de los procesos electorales, y que no dependen de la actividad de los organismos electorales. Nos referimos, por ejemplo, a las prácticas tan generalizadas del clientelismo; a la situación de extendido conflicto interno bélico que se presenta en Colombia —y anteriormente, en Guatemala y Perú—; a la expedición de normatividades electorales que favorecen a los partidos mayores y perjudican a los pequeños y a los nuevos; a la proscripción legal de determinados partidos políticos, etc. (McDonald, 1972). Pero al lado de estos factores se presentan otros que inciden favorablemente en los procesos electorales, afirmación que cabe para la actuación de las organizaciones de ciudadanos que se ponen por objetivo el velar por la transparencia de las elecciones (como ha ocurrido en distintos países desde la década de 1990) y para el papel de supervisión electoral que en varios países han ejercido tanto los medios de difusión como las misiones internacionales de observación.

Para concluir, quisiéramos reafirmar que las instituciones encargadas de la administración de las elecciones en la región han venido obteniendo cada vez más importancia y atención, en vista del propósito de consolidar el sistema democrático y de las experiencias negativas que se acumularon en el pasado en lo que se refiere a fraudes y manipulaciones electorales. En estas organizaciones se ha depositado gran confianza, esperando que ellas sirvan como instrumentos para sanear los procesos electorales y contribuyan a la institucionalización de la vida política en los países latinoamericanos. Eso explica que el tema de los órganos electorales supremos haya estado presente en casi todos los programas de reforma política que se han llevado a cabo en los últimos lustros en los países latinoamericanos.

Sin duda alguna, la labor de los organismos electorales es decisiva para el afianzamiento del acuerdo alrededor del sistema democrático. La vigorización de la confianza en el método electoral para la definición periódica y permanente de la lucha por el poder es uno de los elementos fundamentales para apuntalar ese acuerdo y ahí tienen las cortes un papel muy importante por desempeñar.

Para satisfacer las expectativas en ellos depositadas, es imprescindible que los órganos supremos electorales puedan aparecer como organismos imparciales, que dispongan de amplias facultades en la materia electoral y que operen en una forma eficiente. Como decíamos, el segundo requisito se ha cumplido en la mayor parte de los países, en

los cuales se han asignado a las cortes las más importantes funciones en el orden electoral. Los otros dos puntos, sin embargo, presentan algunos problemas. Por una parte, en la mayoría de los países la facultad de integrar estos organismos electorales está depositada en órganos políticos y ello puede repercutir negativamente en la independencia y labor de las cortes, además de que puede afectar su imagen ante la opinión pública. Por otra parte, como se vio, en varios países los organismos electorales sufren grandes carencias en el área administrativa, las cuales podrían explicar buena parte de las dificultades y de la desconfianza con que se las mira. Así, estos dos últimos campos ameritan una profunda reflexión acerca de sus necesidades de reforma en cada país, con miras a dotar a los organismos electorales de toda la credibilidad y la eficiencia que se espera de ellos.

Bibliografía⁵²

Aguilar, O., 1978: *Evolución político-constitucional de Costa Rica (síntesis histórica)*, Litografía e Imprenta LIL, San José.

Arriaza, J., 1989: *Historia de los procesos electorales en El Salvador (1811-1989)*, Instituto Salvadoreño de Estudios Políticos, San Salvador.

Basadre, J., 1980: *Elecciones y centralismo en el Perú (apuntes para un esquema histórico)*, Lima.

Becerra, P., 1991: "El Cofipe y las elecciones federales de 1991", *Iztapalapa*, 23, UAM, México, 49-64.

Bidart Campos, G. J., 1977: *Historia política y constitucional argentina*, t. III, Buenos Aires.

Bidegain, C., 1981-1986: *Cuadernos del curso de derecho constitucional*, 4 t., Buenos Aires.

Borón, A., 1971: "La evolución del régimen electoral y sus efectos en la representación de los intereses populares: el caso de Chile", *Revista Latinoamericana de Ciencia Política*, vol. II, (3), 395-436.

Brea Franco, J., 1987: "Administración y elecciones: la experiencia dominicana de 1986", *Cuadernos de Capel*, 19, San José.

Brewer-Carías, A., 1990: "La nulidad de los actos electorales: una perspectiva constitucional comparada", en Capel/IIDH (ed.), *Transición democrática en América Latina; reflexiones sobre el debate actual*, *Memoria del III Curso Anual Interamericano de Elecciones*, San José, 89-137.

52 (N. del E.) Advertimos al lector que algunas referencias de la presente edición del texto no están enlistadas, ya que no pudimos acceder a la bibliografía original consultada y/o citada por el autor. La publicación original de este artículo no incluía una bibliografía independiente sino que las referencias se incorporaron a un listado bibliográfico unificado para todos los artículos al final del libro.

- Butten, N., 1986: "Incidencia del registro civil en la identificación del elector", en J. Brea Franco *et al.*, *Legislación electoral de la República Dominicana, Cuadernos de Capel*, 9, San José, 23-40.
- _____, 1988: "El registro electoral dominicano", en IIDH, *El registro electoral en América Latina. Memoria de la segunda Conferencia de la Asociación de Organismos electorales de Centro América y el Caribe*, noviembre 23- 26, 1987, Santo Domingo, IIDH, San José, 201-218.
- Calle, L. H. de la, 1982: "Comentario introductorio al coloquio 'Sistema electoral y régimen de partidos en Colombia'", 30-XI-22, Bogotá (mimeo).
- Campero, A. M. de, 1990: "Bolivia. La Corte Electoral como trofeo de guerra", *Nueva Sociedad*, 110, 4-7.
- Campillo, J., 1982: *Origen y evolución de la Junta Central Electoral*, publicación de la Junta Central Electoral, Santo Domingo.
- _____, 1986: *Historia electoral dominicana*, 4a ed., Santo Domingo.
- Campos Harriet, F., 1985: "El sufragio en Chile 1810-1980", *Revista Política*, 6, Santiago, 9-61.
- Castillo, C. F., 1988: "Evolución y bases jurídicas del sistema electoral venezolano", en M. V. Magallanes (dir.), *Innovación democrática, mitos políticos y organización electoral*, Consejo Supremo Electoral, Caracas, 125-173.
- Ceneviva, W., 1989: *Direito constitucional brasileiro*, São Paulo.
- Céspedes, M., 1982: *Los bolivianos: ¿estamos maduros para la democracia? Las experiencias electorales de 1978, 1979 y 1980*, La Paz.
- Chacón, N., 1975: *Reseña de nuestras leyes electorales*, San José.
- Charnay, J.-P., 1964: *Le controle de la regulante des elections parlementaires*, París.
- Clagett, H., 1952: *Administration of Justice in Latin America*, Nueva York.
- Cruz-Cocke, R., 1984: *Historia electoral de Chile 1925-1973*, Santiago de Chile.
- Diamond, L. y J. Linz, 1989: "Introduction: Politics, Society and Democracy in Latin America", en L. Diamond, J. Linz y S. Lipset (comps.), *Democracy in Developing Countries*, t. IV, *Latin America*, Boulder, 1-58.
- Espinal, R., 1987: *Autoritarismo y democracia en la política dominicana*, San José.
- Ferrero Costa, R. 1997: *Ensayos de derecho constitucional. Hacia un equilibrio de poderes*, Lima.
- Fiallos Oyanguren, M., 1986: "Las elecciones en Nicaragua", en *Sistemas electorales y representación política en América Latina*, t. I, Fundación Friedrich Ebert/Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 329-340.

- _____, 2000: "Los organismos electorales en el proceso de consolidación democrática en América Latina", en J. Pretelt y J. M. Ramírez (comps.), *Democracia política y electoral en América Latina*, Bogotá, 345-375.
- Fix-Zamudio, H., 1977: "Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos", en H. Fix-Zamudio et al., *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, México, 9-59.
- Galván Rivera, F., 2000: *Derecho procesal electoral mexicano*, 2a ed., México.
- García Belaúnde, D., 1986: "Sistema electoral y representación política en el Perú actual", en Fundación Friedrich Ebert/Instituto de Cooperación Iberoamericana, *Sistemas electorales y representación política en América Latina*, t. II, Madrid, 43-73.
- García Laguardia, J. M., 1986: "Régimen constitucional de los partidos políticos en Centroamérica", en Fundación Friedrich Ebert/Instituto de Cooperación Iberoamericana, *Sistemas electorales y representación política en América Latina*, t. I, Madrid, 193-213.
- Gómez Tagle, S., 1988: "Conflictos y contradicciones en el sistema electoral mexicano", *Estudios Sociológicos*, vol. VI, núm. 16, México, 3-38.
- González Avelar, M., 1979: *La Suprema Corte y la política*, México.
- González Casanova, P. (coord.), 1985: *Las elecciones en México. Evolución y perspectivas*, México.
- González Heise, J., 1982: *El periodo parlamentario 1861-1925, Democracia y gobierno representativo en el periodo parlamentario*, t. II, Santiago.
- González Roura, F., 1986: "La justicia nacional electoral", en *El derecho. Jurisprudencia general*, t. 117, Buenos Aires, 826-837.
- _____, 1999: "Justicia electoral y resolución de conflictos: quince años de experiencia argentina", en J. J. Orozco Henríquez (comp.), *Justicia electoral en el umbral del siglo XXI, Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral*, t. III, México, 1137-1159.
- Gros Espiell, H., 1960: *La Corte Electoral*, Montevideo.
- Guzmán, F., 1986: "Redefinición de las funciones del Consejo Supremo Electoral para épocas no electorales", en F. Guzmán (coord.), *La reforma del sistema electoral venezolano*, Consejo Supremo Electoral, Caracas, 161-166.
- Haro, R., 1988: "Las cuestiones políticas: ¿prudencia o evasión judicial? (Análisis del derecho constitucional argentino)", en *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, t. I, México, 337-339.
- Hartlyn, J., 1989: "Colombia: The Politics of Violence and Accommodation", en L. Diamond, J. Linz, y S. Lipset (comps.), *Democracy in Developing Countries*, t. IV, *Latin America*, Boulder, 290-334.

- Jaramillo, J., 1995: "El régimen electoral colombiano y sus posibles reformas", en *Revista Foro*, Bogotá, 27, 21-32.
- Korseniak, J. y D. Martins, 1988: "La legislación electoral uruguaya", en *Legislación electoral comparada: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay*, IIDH/Capel/Universidad de la República del Uruguay, San José, 347-368.
- Krennerich, M., 1993a: "Competitividad de las elecciones en Nicaragua, El Salvador y Guatemala en una perspectiva histórica comparada", en D. Nohlen (comp.), *Elecciones y sistemas de partidos en América Latina*, San José, 169-203.
- _____, 1993b: "Krieg und Frieden in Nicaragua, El Salvador und Guatemala", en P. Bendel (comp.), *Zentralamerika: Frieden-Demokratie-Entwicklung*, Francfort, 105-139.
- Lamounier, B. y J. Muszynski, 1989: *O processo eleitoral brasileiro da velha á nova república*, texto 34, IDESP, São Paulo.
- Linares Quintana, S., 1945: *Los partidos políticos. Instrumentos de gobierno*, Buenos Aires.
- _____, 1960: *Tratado de la ciencia constitucional del derecho*, t. VII, Buenos Aires.
- Matteucci, N., 1998: *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Trotta, Madrid.
- Mayorga, R., 1991: *¿De la anomia política al orden democrático? Democracia, Estado y movimiento sindical*, Cebem, La Paz.
- McDonald, R., 1972: "Electoral Fraud and Regime Controls in Latin America", *The Western Political Quarterly*, vol. XXV, 81-93.
- Mena, C., 1988: "Legislación electoral ecuatoriana", en IIDH/Capel/Universidad de la República del Uruguay (eds.), *Legislación electoral comparada*, San José, 231-276.
- Mendonça, A. de, 1989: *O poder Judiciário e a nova Constituição*, Rio de Janeiro.
- Meneguello, R., 1986: "Nota preliminar para um estudo da Justiça Eleitoral", en M. T. Sadek (comp.), *Eleições 1986*, São Paulo, 101-115.
- Miranda, J., 1957: *Reformas y tendencias constitucionales recientes en América Latina (1945-1956)*, México.
- Molinar Horcasitas, J., 1988: "La asfixia electoral", *Síntesis*, 6, 252-263.
- _____, 1991: *El tiempo de la legitimidad. Elecciones, autoritarismo y democracia en México*, Cal y Arena, México.
- Mols, M. 1985: *Demokratie in Lateinamerika*, Kohlhammer, Stuttgart.
- Müller y Machicado Asoc. (eds.), 1986: *El diálogo para la democracia*, La Paz.
- Orozco Henríquez, J., 2003: "La democracia interna de los partidos políticos en Iberoamérica y su garantía jurisdiccional",

trabajo presentado en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, 3 al 5 de diciembre de 2003, Sevilla.

_____, 2003a: "Criterios relevantes de la justicia electoral mexicana", *Elecciones*, 2, Lima, 91-113.

Ortega, E., 1963: *¿Quiera el pueblo votar? Historia electoral argentina desde la Revolución de Mayo hasta la ley Sáenz Peña 1810-1912*, Buenos Aires.

Padua, A. de, 1989: "Poder judiciário. Algumas inovações e transformações", *Revista Forense*, vol. 305, Rio de Janeiro, 3-12.

Paiva, M., 1985: *Direito político do sufrágio no Brasil (1822-1982)*, Brasília.

Paniagua, V., 1994: "Sistema electoral", en F. Fernández Segado *et al.*, *La Constitución de 1993: análisis y comentarios*, Lima, 219-235.

Peeler, J., 1985: *Latin America Democracies. Colombia, Costa Rica, Venezuela*, University of North Carolina Press, Chapel Hill y Londres.

Peza, J. L. de la, 1999: "Notas sobre la justicia electoral en México", en J. J. Orozco (comp.), *Justicia electoral en el umbral del siglo XXI. Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral*, t. III, México, 827-862.

Pierson, W. y F. Gil, 1957: *Government of Latin America*, Nueva York.

Rausseo, N., 1987: "La reforma electoral", en H. de la Roche *et al.*, *La Constitución de 1961. Balances y perspectivas*, Maracaibo, 171-187.

Ribeiro, F., 1976: *Direito Eleitoral*, Rio de Janeiro.

Roche, E., 1986: "Las reformas técnicas", en F. Guzmán (coord.), *La reforma del sistema electoral venezolano*, Caracas, 131-134.

Rojas, E., 1982: "Organización del poder electoral y el registro electoral", ponencia presentada en el coloquio *Sistema electoral y régimen de partidos en Colombia*, 30-11-82, Bogotá (mimeo).

Rosenn, K., 1988: "The Protection of Judicial Independence in Latin America", en UNAM, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix Zamudio*, t. II, Derecho comparado, México, 1247-1276

Russomano, R., 1981: "Sistemas eleitorais. Justiça Eleitoral - sua problemática no constitucionalismo brasileiro", *Revista de Informação Legislativa*, 71, 133-140.

Sadek, M. T., 1990: "Brasil: elecciones estatales y parciales: 3 de octubre y 25 de noviembre de 1990", *Boletín Electoral Latinoamericano*, IV, IIDH/Capel, San José, 13-19.

Salem, M., 1990: "Partidos políticos na Constituição de 1988", *Revista de Direito Público*, 94, São Paulo, 141-146.

Salgado, H., 1988: "El Tribunal de Garantías Constitucionales. Elementos para su restructuración", en H. Salgado (comp.), *La reforma de la Constitución*, Quito, 193-277.

Sanabria, F., 1990: *Banzer. Democracia y nacionalismo*, La Paz.

- Soares, P., 1983: "Código Eleitoral e Justiça Eleitoral", *Revista de Direito Administrativo*, vol. 154, Rio de Janeiro, 29-53.
- Sousa Sampaio, N. de, 1972: "A Justiça Eleitoral", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 34, Belo Horizonte, 111-153.
- Tartter, J., 1984: "Government and Politics", en H. Nelson (ed.), *Costa Rica, a Country Study*, 2a ed., Washington, 183-239.
- Tena Ramírez, F., 1981: *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, 18a ed., México.
- Terán, J., 1989: "Crónica institucional del Tribunal Supremo Electoral", en Duran et al., *El proceso electoral ecuatoriano*, Serie Elecciones y Democracia en el Ecuador, vol. I, Quito, 63-92.
- _____, 1990: "Jurisprudencia del Tribunal Supremo Electoral", en F. Tinajero et al., *Legislación electoral ecuatoriana*, Serie Elecciones y Democracia en el Ecuador, vol. III, Quito.
- Tinajero, F., 1988: "La potestad reglamentaria", en H. Salgado (comp.), *La reforma de la Constitución*, Manual Jurídico, 7, ILDIS/JURISPUCE, Quito, 125-144
- Tinajero, F., 1990: "Legislación electoral ecuatoriana", en F. Tinajero et al., *Legislación electoral ecuatoriana*, Serie Elecciones y Democracia en el Ecuador, vol. III, Quito, 13-26.
- Todd, E., 1999: "La justicia electoral en México: de contradicción en sí a norma jurídica en una década. Un análisis de la evolución de los tribunales federales electorales de México (1988-1997)", en J. J. Orozco (comp.), *Justicia electoral en el umbral del siglo XXI, Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral*, t. III, México, 893-1050.
- Tome, C. A., 1991: "La reforma electoral en la República de Honduras", en IIDH/Capel, t. III, 267-283.
- Urruty, C. A., 1991: "El padrón electoral", en IIDH/Capel (ed.), *Memorias del IV Curso Anual Interamericano de Elecciones*, t. v, 517-531.
- Valdivia Cano, R., 1998: *Manual de derecho electoral*, Lima.
- Villarreal, A. M., 2002: "Conflictos de competencia en la función de fiscalización del Jurado Nacional de Elecciones", *Elecciones*, 1, Lima, 225- 246.
- Woldenberg, J., 2000: "La transición democrática mexicana y el papel de la autoridad electoral en México", en J. Pretelt y J. M. Ramírez (comps.), *Democracia política y electoral en América Latina*, Bogotá, 357-372.
- Zelaya Velázquez, R., 1988: *El registro electoral en Nicaragua*, en IIDH, *El registro electoral en América Latina. Memoria de la segunda Conferencia de la Asociación de Organismos electorales de Centro américa y el Caribe*, noviembre 23-26 de 1987, Santo Domingo, IIDH, San José, 121- 134.
- Zovatto, D., 2000: "Estudio comparado de las características jurídicas y prácticas del financiamiento de los partidos políticos y

las campañas electorales en América Latina”, en J. Pretelt y J. M. Ramírez (comps.), *Democracia política y electoral en América Latina*, Bogotá, 237-303.

ANEXO 1

Constituciones y leyes electorales y de partidos de los países latinoamericanos

Argentina:

- Constitución de 1994
- Código Electoral Nacional de Argentina: Decreto No. 2.135 de 1983, con las modificaciones introducidas por las leyes Nos. 23.247, 23.476, 24.012, 24.444, 24.904 y 25.610.
- Ley orgánica de partidos políticos: Ley 23.298 de 1985, con modificaciones hasta la ley 25.611 de 2002.
- Ley de financiamiento de los partidos políticos: Ley 25.600 de 2002.

Bolivia

- Constitución de 1995
- Código Electoral: Ley 1984 de 1999, reformada por las leyes 2006 de 1999 y 2232 de 2001.
- Ley de partidos políticos: Ley 1983 de 1999, con las modificaciones producidas por la Ley No. 2268 de 2001.

Brasil

- Constitución de 1988, con sus reformas hasta 2001
- Código Electoral: Ley 4.737 de 1965, actualizada hasta la Ley 9504 de 1997.
- Ley de partidos políticos: Ley 9.096 de 1995, con sus reformas hasta la Ley 9.693 de 1998.

Colombia

- Constitución de 1991, con sus reformas hasta 2003
- Código Electoral: Decreto 2241 de 1986, con las reformas introducidas por las leyes 62 de 1988, 6 de 1990, 84 de 1993, 131 de 1994, 134 de 1994 y 163 de 1994.
- Estatuto básico de los partidos y movimientos políticos: Ley 130 de 1994.

Costa Rica

- Constitución de 1949, con la reforma constitucional aprobada mediante la Ley 8106 de 2001 y sus reformas hasta el año 2002.
- Ley electoral: Ley 1536 de 1963, con sus reformas hasta 1996.
- Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil: Ley 3504 de 1965, con sus reformas hasta el 2001, entre las cuales se encuentran las leyes 7653 de 1996, 7794 de 1998 y 8123 de 2001.

Chile

- Constitución de 1980, con reformas de 2000.
- Ley Orgánica Constitucional sobre el Tribunal Calificador de Elecciones: Ley 18.460 de 1985, modificada por las leyes 18.604, 18.741, 18.911, 18.963 y 19.643.
- Ley Orgánica Constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicios Electorales: Ley 18.556 de 1986, modificada por las leyes 18.583, 18.604, 18.655, 18.822, 18.825 y 18.963.
- Ley Orgánica Constitucional sobre Tribunales Electorales Regionales: Ley 18.593 de 1987, modificada por la Ley 19.146 de 1992.
- Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos: Ley 18.603 de 1987, modificada por las leyes 18.799, 18.825, 18.905, 18.963, 19.527, 19.806 y 19.884.
- Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios: Ley 18.700 de 1988, modificada por las leyes 18.733, 18.799, 18.807, 18.808, 18.809, 18.825, 18.828, 18.963, 19.237, 19.351, 19.438 y 19.654.
- Ley sobre transparencia, límite y control del gasto electoral: Ley 19.884 de 2003.

Ecuador

- Constitución de 1998.
- Ley de Elecciones: Ley 59 de 1986, con sus reformas de 1987 y 1990, y las introducidas por la Ley 2000-1 de 2000.
- Codificación de la ley de Partidos políticos, del año 2000.
- Ley Orgánica de Control del Gasto Electoral y de la Propaganda Política, del año 2000.

El Salvador

- Constitución de 1983, con sus reformas de 1991/1992 y la introducida por el DL 56 de 2000.
- Código Electoral de 1992, con sus reformas hasta el DL 55 de 2000

Guatemala

- Constitución de 1985 con su reforma de 1993
- Ley Electoral y de Partidos Políticos: Decreto Ley 1-85, con las reformas introducidas mediante los decretos 74-87, 51-87, 55-90.

Honduras

- Constitución de 1982, con las reformas introducidas hasta el Decreto 2 de 1999
- Ley Electoral y de las Organizaciones Políticas: decreto de la Asamblea Nacional Constituyente No. 53 del 20.04 de 1981 con las reformas introducidas por la misma Asamblea con los decretos 59 y 66, del 21.05 y el 17.06 de 1981, y por los decretos legislativos 42 y 155 del 09.06 de 1982 y el 24.11 de 1984, respectivamente, 138-84 del 24.08.1984 y el 147-86 del 27.10 de 1986, y los decretos 18-89, 121-89, 168-89, 182-89, 11-91 y 180-92.

México

- Constitución de 1917, con sus reformas hasta 2001.
- Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales de 1990, con sus reformas hasta 1996.

Nicaragua

- Constitución de 1987, con sus reformas de 1995.
- Ley Electoral de 2000.

Panamá

- Constitución de 1972, modificada por los actos reformativos de 1978, por el acto constitucional de 1983 y los actos legislativos 1 de 1983 y 2 de 1994.
- Código Electoral: Ley 11 de 1983, con las modificaciones introducidas por la Ley 4 de 1984, la Ley 9 de 1988 y la Ley 22 de 1997.

Paraguay

- Constitución de 1992.
- Código Electoral: Ley 834 de 1996.
- Ley sobre renovación total del registro cívico permanente: Ley 772 de 1995.
- Ley que reglamenta la justicia electoral: Ley 635 de 1995, con las reformas introducidas por las leyes 744 de 1995, 1281 de 1998 y 1346 de 1998.

Perú

- Constitución de 1993, actualizada hasta las reformas introducidas por la Ley 27.365 de 2000.
- Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones: Ley 26486 de 1995, modificada por las leyes 26591 y 26533.
- Ley Orgánica de la Oficina Nacional de Procesos Electorales: Ley 26487 de 1995, modificada por la Ley 26591.
- Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil: Ley 26497 de 1995.
- Ley Orgánica de Elecciones: Ley 26859 de 1997.
- Ley de partidos políticos de 2003.

República Dominicana

- Constitución de 1994.
- Ley Electoral: Ley 275 de 1997, con sus reformas hasta 2002.

Uruguay

- Constitución de 1967, con sus reformas hasta 1996.
- Ley de elecciones: Ley 7812 de 1925, sus modificativas y complementarias, hasta la Ley 17.063 de 1998, sobre elecciones internas de los partidos políticos.

Venezuela

- Constitución de 1999.
- Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, de 1997.

- Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones: Ley del 11.12 de 1964.
- Ley orgánica del poder electoral, de 2002.
- Estatuto Electoral del Poder Público, de 2000.

2.4. La reelección presidencial inmediata en Colombia

Este documento fue publicado en *Nueva Sociedad*, No. 198, Fundación Friedrich-Ebert, Caracas, 2005, pp. 15-31.

La controversia alrededor de la reelección presidencial está aumentando la presión de la contienda política en Colombia. Este trabajo sitúa el debate jurídico y político en torno de la reelección dentro del contexto histórico nacional y de cara a la tendencia latinoamericana a impulsar reformas constitucionales para permitir la reelección inmediata. Pero también da cuenta de cómo incidiría en la política colombiana el proyecto de ley estatutaria para regular la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República, que se discute paralelamente a la reelección. Los eventuales cambios podrían jugar un importante papel a favor de los movimientos de izquierda democrática.

En diciembre de 2004, el Congreso de Colombia decidió modificar la Constitución para eliminar la prohibición de la reelección presidencial y disponer que el presidente de la República pueda ejercer el cargo hasta por dos periodos consecutivos de cuatro años.¹ De esta forma, Colombia se sumó a la dinámica de cambios constitucionales que se han presentado en los últimos años en varios países latinoamericanos con relación al asunto de la reelección presidencial inmediata. Así, por ejemplo, Argentina la aprobó, por una sola vez, mediante la enmienda constitucional de 1994; Brasil hizo lo propio con la reforma constitucional de 1997, plantado mediante la Constitución de 1993. A su vez, en 1992, Paraguay decidió proscribir la reelección de manera definitiva, mientras que República Dominicana, en 1994, y Nicaragua, en 1995, la prohibieron para el periodo inmediatamente siguiente. Finalmente, es importante señalar que en Panamá, en 1998, el Gobierno convocó a un referéndum constitucional para establecer si debía o no aprobarse la reelección inmediata del presidente de la República, propuesta que fue rechazada.

1 (N. del E.) Juan Jaramillo analizó la propuesta de reforma constitucional de 2010 para permitir una segunda reelección presidencial, en la columna de opinión "¿Qué hacer con la reelección presidencial inmediata?", la cual fue publicada en *La Silla Vacía* el 9 de junio de 2011 (ver *infra* pp. 560-562).

Tradicionalmente, en los países latinoamericanos la reelección inmediata ha sido observada con mucha desconfianza. De allí que, a inicios del siglo XX, solamente permitían la reelección inmediata México, Guatemala, Nicaragua y República Dominicana, mientras que 20 años más tarde únicamente Venezuela la autorizaba. A principios de los años 90 del mismo siglo, solamente República Dominicana, Nicaragua y Paraguay no prohibían la reelección inmediata. Otros países, como Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras y México proscribían absolutamente la reelección, mientras que los demás la autorizaban solo después de transcurrido un tiempo determinado —este era el caso de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Perú, El Salvador, Panamá, Uruguay y Venezuela—. ²

De esta forma, Latinoamérica, que adoptó la institución presidencial del sistema constitucional de Estados Unidos, le imprimió un rasgo distintivo a la figura, pues en este país nunca se ha prohibido la reelección inmediata. Aún más, de los 43 presidentes que han gobernado Estados Unidos, 17 han sido reelectos en forma inmediata. Incluso, Franklin Delano Roosevelt (1933-1945) fue reelegido en tres ocasiones, con lo cual se apartó de la tradición fundada por George Washington de rehusar un tercer periodo. Importa aclarar que la experiencia de Roosevelt no podrá repetirse, por cuanto en 1951, se impidió constitucionalmente la posibilidad de aspirar a una segunda reelección, a través de la vigésimosegunda enmienda a la Constitución, en la cual se determinó que “ninguna persona podrá ser elegida como Presidente en más de dos ocasiones y nadie que haya sido Presidente, o ejercido las funciones presidenciales, durante más de dos años del periodo para el que hubiera sido elegido otra persona, podrá ser electo como Presidente por más de una vez”. ³

En realidad, en Latinoamérica, la figura de la no reelección inmediata ha sido considerada como un instrumento necesario para limitar el poder presidencial en el tiempo y, de esta manera, impedir tanto la aparición de dictaduras como el aprovechamiento de los recursos del Estado por parte del titular de Gobierno para perpetuarse en el poder. La historia de varios de los países en los que se ha permitido la

2 V. Dieter Nohlen: La reelección, en D. Nohlen, S. Picado y D. Zovatto (comps.): *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1998, pp. 140-144; Julio Campillo: “Reelección”, en *Diccionario electoral*, tomo II, IIDH/Capel, San José, 2000, pp. 1051-1056; Humberto Quiroga Lavié: *Derecho constitucional latinoamericano*, UNAM, México, D.F., 1991, pp. 271-272; Antonio Colomer: *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, Ediciones de Cultura Hispánica, Madrid, 1990, pp. 125-126.

3 Cfr. Marie-France Toinet: *El sistema político de los Estados Unidos*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1994, pp. 128 y 502. La autora menciona, además, que 14 presidentes no habían obtenido la reelección que pretendían.

reelección en alguna época fundamenta la desconfianza que despierta la reelección inmediata del presidente de la República:⁴ la Revolución mexicana se iniciaría bajo la consigna de “sufragio efectivo y no reelección”, lema que fue voceado por los seguidores de Francisco Madero en contra del general Porfirio Díaz, quien se mantuvo ininterrumpidamente en el poder entre 1884 y 1911.⁵ De la misma manera, en Paraguay, la posibilidad de reelección inmediata sirvió para que el general Alfredo Stroessner se mantuviera en el poder desde 1954 hasta 1989, amparado por los resultados de elecciones prefabricadas. Igualmente, en República Dominicana, las elecciones realizadas en 1974, 1990 y 1994 estuvieron marcadas por acusaciones de fraude a favor del presidente y candidato a la reelección, Joaquín Balaguer. Finalmente, los

4 Claro está que los dictadores latinoamericanos no siempre han pretendido aparecer como presidentes durante todo el periodo en que gobiernan. Así por ejemplo, Juan Vicente Gómez gobernó a Venezuela desde 1908 hasta 1935, pero buena parte del tiempo lo hizo a través de testaferros. Igual sucedió con Rafael Leonidas Trujillo, quien dirigió la República Dominicana desde 1930 hasta 1961, y con el clan de los Somoza, que gobernó a Nicaragua entre 1937 y 1979.

5 En su libro sobre derecho constitucional mexicano, Felipe Tena Ramírez menciona que la evolución de los generales Díaz y Obregón con respecto al tema de la reelección es característica de los dictadores latinoamericanos, y cuestiona la utilidad de las normas que prohíben la reelección: “La eficacia de la prohibición constitucional es limitada, ya que en la letra de los preceptos se pretende destruir un fenómeno que tiene su raíz en vicios de cultura y de civismo, no tocados por la Constitución. La prohibición más enérgica se endereza a impedir la perpetuación en la Presidencia de la República, precisamente porque quien una vez consigue ocupar ese puesto, es el que alcanza más poder para saltar las barreras de la ley apoderándose indefinidamente del mando. Los ejemplos más perentorios nos lo suministran en este respecto los generales Díaz y Obregón. Cuando Lerdo de Tejada pretendió reelegirse, Díaz se levantó en armas y lo derrocó, sosteniendo el principio de la no reelección. Díaz estuvo en la Presidencia solamente un periodo, dentro del cual obtuvo la reforma constitucional de 1878, que lo capacitó para una sola reelección, siempre que hubieran pasado cuatro años de haber cesado en el ejercicio de sus funciones, lo que ocurrió inmediatamente después de la Presidencia del general Manuel González; en 1887 una nueva reforma le permitió reelegirse para el periodo inmediato y, por último, la reforma de 1890 borró de la Constitución todo impedimento para continuar en el mando. La revolución maderista, primero, y la constitucionalista, después, sostuvieron los principios del sufragio efectivo y la no reelección; el artículo 83 de la Constitución de Querétaro consagró este último en términos de que el Presidente ‘nunca podrá ser reelecto’ [...] El general Obregón, que había luchado por la no reelección, siguió un proceso idéntico al general Díaz para llegar a la reelección, pues concluido su periodo presidencial en 1924 alcanzó en el de su sucesor la reforma de 1927, que limitó la prohibición para el periodo inmediato. El asesinato de Obregón, ocurrido poco antes de entrar en su mandato, cortó la trayectoria que repetía fatalmente la de Díaz [...] Nótese, pues, que las barreras levantadas por la Constitución para impedir la permanencia indefinida en el poder son buenas solo para aquellos presidentes que por carecer de fuerza bastante o por convicción, no son capaces de alcanzar la reforma de la Constitución. Por eso es limitada y relativa la eficacia del principio consignado en la ley suprema”.

hechos que han salido a la luz luego de la caída de Alberto Fujimori, en el Perú, asombran hasta a los más suspicaces.⁶

La reticencia que genera la figura de la reelección inmediata ha conducido a que, actualmente, en varios países se prohíba absolutamente la reelección presidencial.⁷ Tal es el caso de El Salvador, Guatemala, Honduras, México y Paraguay.⁸ Pero algunos países van aún más lejos e imponen el deber de defender el principio de la no reelección, y fijan sanciones para quien se pronuncie en forma distinta. Así ocurre en El Salvador, Guatemala y Honduras.⁹

6 V., entre otros, Sally Bowen y Jane Holligan: *El espía imperfecto. La telaraña siniestra de Vladimiro Montesinos*, Edit. Peisa, Lima, 2003; y Fernando Tuesta (ed.): *Los enigmas del poder. Fujimori 1990-1996*, Fundación Friedrich Ebert, Lima, 1996. Fujimori, quien gobernó a Perú desde 1990 hasta 2001, logró que se aprobara una nueva Constitución en 1993, cuyo artículo 112 establecía que el presidente podía ser reelegido de inmediato, solamente para un periodo adicional de cinco años. Luego, el Congreso de la República expidió la Ley 26657 de 1996, mediante la cual definió que la limitación contenida en el mencionado artículo no era aplicable a Fujimori, razón por la cual podía postularse para un tercer periodo presidencial. Mediante la sentencia 322 de 1997, el Tribunal Constitucional declaró que la ley era inaplicable para el caso concreto de una nueva postulación de Fujimori a la Presidencia de la República, en el año 2000. Posteriormente, los magistrados que tomaron la decisión fueron destituidos por el Congreso. Fujimori se alzó con el triunfo en las elecciones de 2000, pero su victoria se vio empañada por las acusaciones de fraude. Poco después, explotaron los grandes escándalos de corrupción de su Gobierno y él huyó de Perú.

7 No ocurre lo mismo con la reelección para el Congreso, la cual solamente es prohibida en México y Costa Rica.

8 También era este el caso de Costa Rica, donde la Ley 4349 de 1969 modificó la Constitución de 1949 para establecer la prohibición absoluta de la reelección. Sin embargo, mediante la sentencia 2771 de 2003, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró la nulidad de la reforma, por cuanto restringía un derecho político reconocido por el Constituyente, decisión que solo podía ser tomada por una Asamblea Constituyente. De esta forma, como lo señala la misma sentencia, recuperó su vigencia la norma derogada en 1969, que prohibía la reelección de las personas que hubieran ejercido la Presidencia dentro de los ocho años anteriores al inicio del periodo presidencial para el cual se convocaba la elección.

9 En la Constitución salvadoreña se contempla, en el artículo 75.5, que perderán los derechos de ciudadano “los que suscriban actas, proclamas o adhesiones para promover o apoyar la reelección o la continuación del presidente de la república, o empleen medios directos encaminados a ese fin”. Luego, el artículo 88 dispone que “[l]a alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República es indispensable para el mantenimiento de la forma de gobierno y sistema político establecidos. La violación de esta norma obliga a la insurrección”, y el artículo 248 establece que “no podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta Constitución que se refieren a la forma y sistema de gobierno, al territorio de la República y a la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República”.

La Constitución de Guatemala establece como un deber de los ciudadanos “defender el principio de alternabilidad y no reelección en el ejercicio de la Presidencia de la República” (CP, art. 136.f), y prescribe que “la reelección o

El contexto histórico colombiano

En Colombia, la Constitución de 1886 prohibió la reelección inmediata del presidente de la República. El artículo 127 rezaba al respecto:

El ciudadano que haya sido elegido Presidente de la República no podrá ser reelegido para el periodo inmediato, si hubiere ejercido la Presidencia dentro de los diez y ocho meses inmediatamente precedentes a la nueva elección. El ciudadano que hubiere sido llamado a ejercer la Presidencia y la hubiere ejercido dentro de los seis últimos meses precedentes al día de la elección del nuevo Presidente, tampoco podrá ser elegido para este empleo.

José María Samper, constituyente de 1886, expresaba que el punto acerca de la reelección inmediata había generado gravísimas dificultades políticas en el pasado del país y que, por eso, los constituyentes habían decidido regularlo con mucha claridad, más aún si se tenía en cuenta que la Constitución había ampliado de 2 a 6 años el periodo presidencial. Por consiguiente, en la Constituyente se rechazó la propuesta de dejar la decisión sobre este punto al legislador. Samper estima que “es lo cierto que el espíritu nacional rechaza en Colombia, por tradición y convicción, la idea de la reelegibilidad del Presidente para el periodo inmediatamente al de su ejercicio”, y fundamenta la adopción de la norma que prohibía la reelección inmediata de la siguiente manera:

La tendencia general en la Unión Americana y las demás repúblicas, es a prolongar cuanto sea prudente los periodos presidenciales, a fin de obtener buen gobierno con administraciones durables; pero prohibiendo en absoluto las reelecciones, respecto del periodo inmediatamente siguiente. La razón irrefutable de esta prohibición, fundada en la experiencia tanto como en el buen sentido, es obvia: el jefe del Gobierno tiene en sus manos la Fuerza Pública, todo el vasto tren de empleados administrativos, y cuantos medios de influencia y aun de presión y soborno pueden ser empleados para obtener la reelección inmediata. Y es claro que semejante reelección, no solamente no significa la verdadera opinión y confianza de

la prolongación del periodo presidencial por cualquier medio, son punibles de conformidad con la ley. El mandato que se pretenda ejercer será nulo” (art. 187).

Finalmente, en Honduras, el artículo 4 de la Constitución dispone: “La alterabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República es obligatoria. La infracción de esta norma constituye delito de traición a la Patria”. Y el artículo 42.5 establece que la calidad de ciudadano se pierde “por incitar, promover o apoyar el continuismo o la reelección del presidente de la república”. Luego precisa que quien haya sido titular del Poder Ejecutivo no podrá ser elegido presidente, y que quien “quebrante esa disposición o proponga su reforma, así como aquellos que los apoyen directa o indirectamente, cesarán de inmediato en el desempeño de sus respectivos cargos, y quedarán inhabilitados por diez años para el ejercicio de toda función pública” (art. 239).

los electores, sino que es ocasionada a los más graves actos de intimidación y corrupción del Estado, y a mil perniciosas contingencias en el Gobierno y la administración. Baste decir que son fenomenales los ejemplos de presidentes que, siendo reelegibles inmediatamente, no hayan sido reelectos; mientras que son pocos los que, después de transcurrido un periodo presidencial, obtienen libremente la reelección.¹⁰

Posteriormente, el artículo transcrito fue reformado con el objeto de extremar la prohibición de la reelección inmediata. A partir del Acto Legislativo 3 de 1910, el texto de la norma sobre la no reelección inmediata sería el siguiente: “El Presidente de la República no es reelegible en ningún caso para el periodo inmediato. No podrá ser elegido Presidente de la República ni designado el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la presidencia dentro del mismo año inmediatamente anterior a la elección”.¹¹

La norma anterior regiría, como el artículo 129, hasta la expedición de la Constitución de 1991.¹² En ese lapso fue suspendida su aplicación únicamente durante el periodo de gobierno del general Gustavo Rojas Pinilla, con el objeto de permitir que él fuera elegido como presidente de la República por la Asamblea Nacional Constituyente (ANC).¹³

El debate constituyente de 1991

En el marco de la ANC de 1991, no se presentaron proyectos que permitieran la reelección inmediata. Por consiguiente, el debate tuvo lugar

10 José María Samper: *Derecho público interno de Colombia*, Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, Bogotá, tomo II, 1951, p. 324.

11 Anteriormente, en 1905, el presidente Rafael Reyes, elegido para el periodo 1904-1910, había obtenido que una Asamblea Nacional Constituyente aprobara una reforma a la Constitución, por medio de la cual su Gobierno se extendería hasta 1914. Sin embargo, Reyes tuvo que renunciar en 1909. Desde el Acto Legislativo 3 de 1910, el periodo presidencial ha sido de cuatro años.

12 La norma contó con la aceptación de los tratadistas. Así, Álvaro Copete Lizarralde estimaba que hacía “verdaderamente efectiva la determinación del periodo presidencial, porque impide a quien ejerce la presidencia usar de los medios con que cuenta el Gobierno para obtener su reelección en el periodo inmediato” (*Lecciones de derecho constitucional colombiano*, 3ª ed., Lerner, Bogotá, 1960, p. 251). A su vez, Jaime Betancur consideraba que era una norma de moralidad pública, “porque tiende a evitar la utilización del poder e influencia política de esos cargos en beneficio de la elección, y en perjuicio de la aspiración contraria” (*Derecho constitucional colombiano*, Edit. Bedout, Medellín, 1978, p. 317).

13 La suspensión se realizó mediante el artículo 3º del Acto Legislativo 1 de 1954, de la Asamblea Nacional Constituyente. Esta misma Asamblea había decretado, mediante el Acto Legislativo 1 de 1953, que Rojas Pinilla era el presidente legítimo y ejercería el cargo hasta finalizar el periodo del presidente derrocado Laureano Gómez.

alrededor de la propuesta de preservar la reelección con un periodo de intervalo y la de impedirla de manera definitiva.¹⁴

Los partidarios de la no reelección —que finalmente se impusieron— esgrimieron distintas razones. Por una parte, afirmaron que la posibilidad de reelección después de un periodo impulsaba a los presidentes en ejercicio a conformar una clientela que les asegurara la nueva elección, luego de transcurrido el término de inhabilidad. De esta manera, planteaban algunos, durante su periodo, el presidente se dedicaría más a asegurar su reelección que a la tarea de gobernar.

También se afirmó que la prohibición absoluta de la reelección permitía romper con la concentración del poder político. De acuerdo con esta tesis, cuando los expresidentes pueden ser reelegidos mantienen siempre la expectativa de que ello suceda y, por lo tanto, permanecen en la actividad política y organizan fuerzas que los pueden apoyar en su interés reeleccionista. De allí se deriva que los exmandatarios continúen desempeñando un importante papel de dirección en los partidos políticos, y que las figuras nuevas tengan dificultades para ascender dentro de esas organizaciones. Esto repercutía negativamente en la renovación de los partidos y, además, había tenido por resultado el sacrificio de generaciones de jóvenes y promisorios líderes políticos, quienes habrían visto que el espacio que ocupaban los expresidentes dentro de los partidos les impedía realizar sus aspiraciones políticas.

En consecuencia, la prohibición de la reelección permitiría oxigenar y renovar los partidos políticos. Pero, además, contribuiría a la democratización del país, en la medida que los dirigentes de las fuerzas políticas que habían surgido con la ANC tendrían más posibilidades de acceder al poder político. De esta forma, se consideró que, dado que el principio de la no reelección posibilitaba una mayor rotación de personas en el poder, abriría también mayores espacios de participación para las nuevas fuerzas.

Finalmente, la propuesta de la no reelección en ninguna circunstancia se impuso en forma abrumadora —en la Comisión triunfó con 10 votos a favor y 3 abstenciones—. De esta manera, el artículo 197 de la Constitución de 1991 estableció: “No podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia. Esta prohibición no cobija al Vicepresidente cuando la

14 Lo expresado en este aparte se fundamenta en la transcripción de las sesiones del 18 y 22 de abril de 1991, de la Comisión Tercera de la Constituyente. El resumen de esas actas se encuentra en el “Informe-Ponencia para primer debate en Plenaria: Elección de Presidente por el sistema de doble vuelta; periodo; calidades; posesión y no reelección”. Ponente: Carlos Lleras de la Fuente. *Gaceta Constitucional*, No. 73, 14 de mayo de 1991, pp. 12-16.

ha ejercido por menos de tres meses, en forma continua o discontinua, durante el cuatrienio”.

El choque de alegatos para apuntalar la democracia

La posición que niega la posibilidad de la reelección presidencial, total o temporalmente, parece ser muy sólida en atención a la historia latinoamericana. Y si bien es cierto que Latinoamérica ha experimentado modificaciones importantes con relación a sus costumbres y su cultura políticas, así como su estructura social, también lo es que casos recientes, como los de Paraguay, Perú y República Dominicana, permiten entender muy bien el temor de consagrar la posibilidad de la reelección inmediata.

Sin embargo, la posición antireeleccionista también presenta debilidades con respecto a la gobernabilidad y la llamada *accountability* —en el sentido de responsabilidad electoral o rendición de cuentas. Precisamente esas falencias han sido puestas en evidencia dentro del debate académico suscitado acerca de las posibles desventajas del régimen presidencialista para la consolidación de la democracia en América Latina.¹⁵

El argumento fundamental para que la ANC de 1991, en Colombia, decidiera prohibir la reelección fue el de que era necesario permitir el surgimiento de nuevos líderes políticos. Ello posibilitaría la renovación y la oxigenación de los partidos y la política, al mismo tiempo que abriría espacio para nuevos grupos. Esta posición partía de la base de que existían muchos líderes con capacidad para desempeñar las funciones de presidente de la república, y de que la reelección presidencial con el intervalo de un periodo había significado el sacrificio de generaciones de líderes políticos.

Los autores que se han ocupado de la pregunta acerca de cuál es el mejor régimen para apuntalar las democracias, sostienen al respecto que no es claro que un país pueda producir cada cuatro años líderes que sean, simultáneamente, capaces y populares. Los liderazgos políticos nacionales se van formando a través del trabajo y la construcción

15 V., entre otros: Juan Linz: Los peligros del presidencialismo, en Comisión Andina de Juristas (comps.): *Formas de gobierno: relaciones Ejecutivo-Parlamento*, Lima, 1993; J. Linz: Presidential or Parliamentary Democracy: Does it Make a Difference?, en J. Linz y A. Valenzuela (eds.): *The Failure of Presidential Democracy. Comparative Perspectives*, John Hopkins University, Baltimore, 1994, pp. 3-87; M. Shugart y J. Carey: *Presidents and Assemblies. Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge University, 1992, pp. 87-92; S. Mainwaring y M. Shugart: Presidencialismo y democracia en América Latina: revisión de los términos del debate, en S. Mainwaring y M. Shugart: *Presidencialismo y democracia en América Latina*, Paidós, Buenos Aires, 2002, pp. 1-64.

de relaciones y lealtades durante mucho tiempo. Las organizaciones políticas y los ciudadanos reconocen a sus dirigentes luego de arduos años de labores, en los cuales estas personas deben conocer el país, sus regiones, sus problemas y los actores fundamentales. Por ello, la no reelección entraña el sacrificio de líderes experimentados, reconocidos y conoedores del país y de sus actores, con capacidad de convocatoria y de movilización, lo cual significa que una nación desperdicia el capital político que ha acumulado esa persona durante toda su carrera. Ante esta realidad, la pregunta que se plantea es si es más importante renovar continuamente las personas que acceden a la Presidencia de la República o garantizar que en la Presidencia se encuentre una persona reconocida nacionalmente y con capacidad de convocar a las mayorías alrededor de sus proyectos. La respuesta de muchos es que la segunda opción debe primar, pues nada asegura que los nuevos líderes estén en condiciones de superar a los dirigentes ya probados en el ejercicio del Gobierno.¹⁶

De otro lado, se afirma que la imposibilidad de la reelección apareja una serie de problemas para el ejercicio del Gobierno. El periodo presidencial normalmente no es suficiente para poder cumplir con el programa que se proponen los presidentes. Como consecuencia, muchos proyectos u obras quedan inconclusos, a la espera de que el próximo gobernante decida si los continúa realizando o no. Precisamente para evitar esta situación, algunos presidentes que desean ejecutar su programa abanderan proyectos mal concebidos o improvisados, o polarizan al país por causa de enfrentamientos infructíferos con la oposición y con los críticos. Por el contrario, otros presidentes pierden la iniciativa en la última fase de su mandato, dado que ellos mismos no tienen expectativas de ser reelectos para poder adelantar los proyectos, y que el Congreso y los demás actores políticos rehúsan comprometerse en proyectos específicos, a la espera del próximo Gobierno. Además, sobre este punto se manifiesta que no es aceptable la respuesta acerca de que otro líder del mismo partido político puede continuar con la obra de gobierno, pues ello desconoce tanto el papel que juegan los dirigentes dentro de las organizaciones políticas como que cada líder tiene sus propias prioridades y equipos de trabajo.

16 Importa destacar que esta es también la opción asumida en EE.UU. y en los regímenes parlamentarios. En estos últimos se tienen ejemplos de dirigentes que se han mantenido en el poder durante más de 10 años, con los costos que eso genera para otros líderes y para la renovación política, pero también con las ventajas que ello representa en lo referido a la gobernabilidad y a la estabilidad política. Es el caso, por ejemplo, de Konrad Adenauer y Helmut Kohl, en la República Federal Alemana, quienes gobernaron 14 y 16 años, entre 1949 y 1963, y 1982 y 1998, respectivamente, y de Felipe González, en España, quien gobernó 14 años, entre 1982 y 1996.

En tercer lugar, se expresa que la figura de la no reelección constituye una limitación a la democracia, por cuanto impide que el electorado reciba cuentas sobre la obra de gobierno de los mandatarios y decida si ella le ha parecido satisfactoria, a través de la reelección del presidente o de la elección de candidatos opositores. Esto significaría, finalmente, que se impide a los electores que, en un momento determinado, aprueben la continuación de un programa de gobierno que califican como exitoso.¹⁷

Al respecto se expresa que dentro de las ventajas que se le reconocen al régimen presidencial se encuentran la “identificabilidad” del mandatario que se elige y la facilidad para exigir la responsabilidad electoral o rendición de cuentas. A diferencia de lo que ocurre en los regímenes parlamentarios pluripartidistas, en las elecciones presidenciales el votante sabe siempre cuál es el candidato que se beneficia con su voto. Ello permite que la labor del presidente sea más fácil de juzgar por los ciudadanos, en el momento en que aquel se presenta nuevamente para elección. Sin embargo, la posibilidad de exigir rendición de cuentas es eliminada con la institución de la no reelección. En los países en los que el presidente no puede ser reelecto, no existe un interés público en juzgar con detalle su obra de gobierno. Dado que el periodo de gobierno y la vida política del mandatario han llegado a su fin, las preocupaciones de la opinión pública se dirigen a observar los nuevos candidatos y sus propuestas políticas.¹⁸

En busca de la igualdad electoral

Apoyado en la amplia favorabilidad de que gozaba en las encuestas y en la mayoría parlamentaria que lideraba, el presidente Álvaro Uribe logró que el Congreso de la República, mediante el Acto Legislativo 2 de 2004, aprobara reformar la Constitución para permitir la reelección

17 Sobre este punto es importante mencionar que, en el caso latinoamericano, los tratadistas coinciden generalmente en considerar que esta restricción no es violatoria de los derechos políticos, por cuanto persigue la preservación de la democracia.

18 Sobre la discusión en Latinoamérica es interesante reproducir la opinión de Nohlen, en su artículo citado: “en el debate sobre la reelección en Latinoamérica, los argumentos que se imponen son los que se aferran al pasado histórico latinoamericano y aquellos relacionados con enfoques de poder, de proyección personal o partidista de quienes promueven la idea de permitir la reelección. A menudo se confunde continuidad con continuismo. No es casual que los presidentes en ejercicio por lo general estén a favor de la reelección, cualquiera que sea su color político, mientras que la oposición defiende la no reelección, apoyada por intelectuales y gran parte de la opinión pública que implícitamente dan a entender que la función de las instituciones democráticas es impedir que el Poder Ejecutivo tenga poder, o sea, que el Gobierno no gobierne”.

presidencial inmediata.¹⁹ Con ello se sumó al grupo de presidentes —Fujimori, Menem, Cardoso y Chávez— que, en el último tiempo y en ejercicio de sus funciones, ha logrado que la Constitución de su país sea enmendada para permitirles ser reelegidos para un periodo consecutivo.

Como era de esperarse, la decisión de aprobar la reelección inmediata del presidente de la república ha generado una gran polarización política. La controversia ha girado fundamentalmente alrededor de la autorización al presidente Uribe para postularse en las elecciones de 2006, por cuanto ello constituiría un cambio de las reglas establecidas para la lucha por el poder político, en beneficio de una persona concreta.²⁰ Además, el proyecto fue criticado por cuanto significó la postergación de muchos proyectos de ley que eran considerados prioritarios y modificó las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo, en contra de

19 Uribe se presentó a las elecciones como una disidencia del Partido Liberal. Fue elegido, en la primera vuelta, con el 54 % de los votos. Inició su gobierno en agosto de 2002 y a través del tiempo ha preservado una buena imagen ante los colombianos. En diciembre de 2003, alcanzó a contar con una opinión favorable del 78 %. Luego, en una encuesta realizada por Gallup, en el mes de abril de 2005, el presidente recibió el respaldo del 69 % de los entrevistados, a pesar de que había disminuido la aceptación de sus políticas bandera, de lucha contra la guerrilla y contra la corrupción, lo mismo que de su política de negociación con los grupos paramilitares (*El Tiempo*, 14/5/05). Más tarde, una encuesta realizada por tres empresas reconocidas, por encargo de la Fundación Colombiana de la Empresa Privada, arrojó que el 64,7 % de los entrevistados apoyaba la labor realizada por el Gobierno, el 60,9 % quería que se aprobara la reelección inmediata, el 58,5 % opinaba que si se aprobaba la reelección debía permitirse que Uribe se presentara como candidato y el 69,6 % consideraba conveniente que se continuara con las políticas del gobierno actual, independientemente de quien fuera el próximo presidente (*El Tiempo*, 19/6/05). Recientemente, una encuesta contratada por el Partido Liberal dio como resultado que el 65 % de los entrevistados apoya, en general, la gestión de Uribe, el 55 % califica su labor como excelente o buena, un 77 % tiene una imagen favorable de él, el 56 % manifiesta que lo apoya fuerte o muy fuertemente, y el 54 % cree que sería positiva su reelección (*El Tiempo*, 27/6/05).

20 En una entrevista que le hicieron a él y a Jean-Marie Blanquer sobre el tema de la reelección presidencial en Colombia, publicada en el diario *El Tiempo* (18/7/04), Daniel Pecaú sintetizó bien la crítica que se hace sobre este punto: “El fortalecimiento institucional empieza por la no modificación de las reglas del juego [...] Personalizar el poder, cambiar las reglas del juego, aumentaría, a mi modo de ver, la desconfianza política del pueblo colombiano”. Ahora bien, tal como lo demuestran los demás casos latinoamericanos contemporáneos, todo indicaría que difícilmente un gobierno asume el costo político de impulsar la reelección inmediata sin verse beneficiado por ella. Para ver el debate en Colombia sobre el punto, ver, entre otros, la mencionada entrevista, los distintos artículos de Eduardo Posada Carbó y Pedro Medellín en *El Tiempo*, en los que se oponen de manera absoluta a la reelección, y las ediciones 481 y 482 de la revista *Consigna*, de 2004, en las que se incluyeron distintos artículos sobre el tema. Ver también los libros de Jaime Castro: *Juicio a la reelección*; José Obdulio Gaviria: *Reelección, que el pueblo decida*; y María Jimena Duzán: *Así gobierna Uribe*, todos publicados por Planeta, Bogotá, 2004.

lo anunciado desde un principio por el presidente acerca de no ceder a las presiones de los congresistas.

La reforma constitucional dispone que “nadie podrá ser elegido para ocupar la Presidencia de la República por más de dos periodos”, con lo cual establece un límite claro al tiempo que puede gobernar un presidente. De la misma manera, estableció que el Congreso debía dictar una ley estatutaria que regulara las condiciones de igualdad electoral entre los candidatos a la presidencia, para lo cual debía reglamentar, entre otras, las siguientes materias: garantías a la oposición, participación en política de los servidores públicos, derecho al acceso equitativo a la radio y la televisión, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el presidente sea candidato, y normas sobre inhabilidades para los candidatos a la Presidencia de la República.

El proyecto de ley ya fue aprobado por el Congreso. En él se contemplan topes de gastos electorales para las campañas de primera y segunda vuelta, y se establece que las contribuciones privadas solamente podrán ascender al 20 % de esos topes, mientras que el 80 % restante deberá provenir del Estado. Al mismo tiempo, se dispuso que los candidatos que reúnan ciertas condiciones recibirán un anticipo igualitario de aportes estatales, que asciende en las dos vueltas al 40 % de la suma máxima de gastos electorales aceptada. El proyecto establece también que la radio y la televisión deben asegurar condiciones de pluralismo y equilibrio informativo. De la misma manera, regula la participación en política de los servidores públicos, la realización y publicación de encuestas, el derecho a réplica de los candidatos distintos al presidente, y la posibilidad de solicitar una veeduría internacional para las elecciones, en caso de que existan riesgos inminentes de alteración del orden público o de fraude para el día de los comicios.

Además, para los casos en que el presidente sea candidato a la reelección se determinó que, salvo circunstancias especiales, durante la campaña presidencial no podrán ser transmitidas por el canal estatal de televisión las reuniones que realice con las comunidades “para promover la gestión del Gobierno en la solución de los problemas que las aquejan”.²¹ También se prohíbe al mandatario que asista a actos de inauguración de obras públicas, que entregue personalmente recursos o bienes estatales, que en sus presentaciones públicas como jefe de

21 La norma se refiere a los consejos comunales que durante los últimos tres años ha realizado Uribe en todas las regiones de Colombia. Recientemente se cumplió el consejo número 100. La coordinadora de estos eventos consideraba que a los consejos habían asistido más de 70.000 personas, y que en ellos se habían acordado 1.852 tareas de gobierno, de las cuales se habrían resuelto 843, 890 se encontrarían en proceso y 119 estarían en proyecto (*El Tiempo*, 18/6/05).

Gobierno se refiera a los demás candidatos y que utilice los bienes estatales, diferentes a los propios de sus funciones y a aquellos destinados a su seguridad personal, en las actividades de su campaña. Igualmente, el proyecto contempla que en el periodo de la campaña presidencial se prohibirá aumentar los recursos destinados a la publicidad del Estado, y que, con algunas excepciones, durante ese periodo no se podrán vincular servidores públicos a la nómina estatal ni efectuar actos de contratación directa por parte de entes oficiales.²²

Tanto la reforma constitucional que autoriza la reelección presidencial inmediata como el proyecto de ley mediante el cual se regula la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República, deberán ser juzgados próximamente por la Corte Constitucional.

22 Existen varias similitudes entre las normas del proyecto aprobado por el Congreso colombiano y las contempladas en los artículos 73 y 74 de la Ley 9.504 de Brasil, las cuales establecen una serie de prohibiciones para los agentes públicos, dirigidas a impedir que se afecte la igualdad de oportunidades entre los candidatos. Entre las prohibiciones allí establecidas, que contemplan salvedades, están la de ceder o usar en favor de un candidato o partido los bienes del Estado, poner a sus órdenes los servidores públicos, y utilizar la distribución de bienes o servicios estatales a favor de una campaña. También se proscriben que, dentro de los tres meses anteriores a la elección, los gobernantes-candidatos participen en la inauguración de obras públicas, y que se contrate o se licencien funcionarios, se cedan recursos de la Unión a los estados o municipios, y se aumenten los gastos de publicidad del Estado. Igualmente, en el año de la elección no se puede aumentar la remuneración de los servidores públicos por encima de la inflación. Con relación al presidente se dispone que él puede utilizar los medios de transporte oficial para la realización de su campaña, pero debe reponer los costos que ello genera. En los demás países, las normas son menos rigurosas. En Venezuela, la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política vigente fue expedida en 1998, antes de la introducción de la reelección presidencial inmediata con la Constitución de 1999. Por eso, la Ley no se ocupa de este asunto, si bien establece que el Consejo Nacional Electoral lo regulará, mandato que fue cumplido por intermedio del reglamento No. 5 sobre publicidad y propaganda de la campaña electoral, parcialmente reformado con la Resolución 000309-190 del 9 de marzo de 2000. Pero en relación con el asunto que aquí se analiza, el reglamento solamente establece que los funcionarios-candidatos que utilicen bienes del Estado en el marco de su campaña deben sufragar los gastos que ellos demanden, que los organismos públicos no pueden realizar ningún tipo de publicidad o propaganda electoral, y que serán sancionados los candidatos que utilicen fondos del Estado para financiar su campaña. Por otra parte, la Ley Electoral dominicana —la 275 de 1997, con sus modificaciones—, apenas contempla sobre este punto que los funcionarios electos que aspiren a la reelección “no pueden prevalerse de su condición en actos públicos o ante los medios de comunicación para no crear desigualdad frente a los demás candidatos” (art. 69). En el Perú, la Ley Orgánica de Elecciones —la 26859— contemplaba, en su artículo 361, que en los 90 días anteriores a la elección, el presidente-candidato no podía hacer proselitismo político en la inauguración e inspección de obras públicas, ni repartir bienes del Estado ni referirse a los demás candidatos en sus presentaciones públicas. Además, disponía que no podía hacer proselitismo cuando realizara actos de gobierno, y que si utilizaba los bienes públicos en su campaña debía abonar todos los gastos que ello produjera. Este artículo fue abrogado respecto del presidente-candidato luego de que se prohibiera la reelección inmediata.

La reforma constitucional, por cuanto ella ha sido objeto de múltiples demandas de inconstitucionalidad, referidas a presuntos vicios en el procedimiento de su aprobación, a la incompetencia del Congreso de la República para modificar la Constitución en este punto, y a posibles violaciones de tratados internacionales de derechos humanos y de principios constitucionales como la igualdad, la separación y el equilibrio de los poderes, la participación y el pluralismo, etc.²³ Y el proyecto de ley, porque ella constituye una ley estatutaria, que requiere del examen previo de constitucionalidad para poder ser sancionada por el presidente de la República. Por lo tanto, es necesario esperar los pronunciamientos de la Corte para conocer si la reelección presidencial se aplicará en las elecciones de 2006 y, en caso de ser así, bajo qué condiciones se realizaría la campaña electoral.

Como se observa, tanto la reforma constitucional como el proyecto de ley introdujeron disposiciones tendientes a evitar que la reelección presidencial inmediata favoreciera la permanencia indefinida del presidente en su cargo, y que los recursos del Estado se utilizaran en favor del presidente-candidato. A pesar de ello, la efectividad real de estas normas es cuestionada a partir de la historia política latinoamericana, tradición que ha sido traída al presente nuevamente por el caso de Fujimori.²⁴

Los defensores de la reelección inmediata expresan que el caso colombiano merece un análisis diferenciado. Así, se afirma que, en realidad, en el país no se han presentado las situaciones que llevan a las demás naciones a temer constantemente que un presidente aspire a permanecer de manera indefinida en el poder. Al respecto se manifiesta que, durante todo el siglo XX, solamente una persona obtuvo su reelección, después de transcurrido el periodo de inhabilidad.²⁵ Además, se plantea que desde hace varias décadas no se discute acerca de la transparencia de los resultados de las elecciones presidenciales, y existe un importante grado de confianza en el funcionamiento de la organización electoral.²⁶ Igualmente, se dice que en Colombia desde hace décadas los tribunales judiciales y los medios de comunicación

23 En reciente entrevista, el presidente de la Corte manifestó que se habían recibido 24 demandas contra la reforma constitucional, de las cuales 12 habían sido admitidas y estaban en curso (*El Tiempo*, 12/6/05).

24 Sobre los cuestionamientos actuales a la reelección ver, por ejemplo, a Jorge Luis Oría: *La reelección presidencial y la división de poderes*, Abeledo / Perrot, Buenos Aires, 1995.

25 Se trata del presidente Alfonso López Pumarejo, quien gobernó entre 1934 y 1938, y 1942 y 1945.

26 Lo que no excluye que se presenten situaciones de fraude como las detectadas en las elecciones para Senado de la República en 2002, lo que llevó al Consejo de Estado a anular la votación de miles de mesas electorales.

han demostrado un alto nivel de independencia con respecto al Ejecutivo, con lo cual han configurado, junto a otras instituciones, una tradición de control sobre las actividades de este. En consecuencia, los partidarios de esta medida concluyen que en el caso colombiano, independientemente de quién sea el presidente de turno, no se configuran las razones que justifican la prohibición de la reelección presidencial inmediata y que, por el contrario, su autorización por un periodo adicional repercutiría en forma favorable sobre la gobernabilidad y la rendición de cuentas electoral. Así se permitiría que los presidentes que desarrollan una labor apreciada por los ciudadanos puedan continuar realizándola.

Lo que sí es cierto es que la política colombiana sufrirá importantes transformaciones por cuenta de las reformas políticas constitucionales aprobadas en los últimos años. Así, mediante el Acto Legislativo 01 de 2003, se introdujeron importantes innovaciones en los regímenes electoral y de partidos, con el objeto de combatir la extrema fragmentación que aquejaba a los partidos y movimientos políticos. Entre los cambios introducidos se encuentra el incremento de los requisitos para la obtención de la personería jurídica, y las exigencias de que se organicen democráticamente y de que los que tienen representación en las cámaras legislativas conformen bancadas parlamentarias. Asimismo, en la reforma se determinó que en todos los procesos de elección popular, los partidos y movimientos políticos solamente pueden presentar un candidato o una lista, aun cuando pueden optar por la figura del voto preferente; se estableció el sistema de la cifra repartidora para la distribución de los escaños en las asambleas representativas; y se crearon umbrales o barreras legales para la elección de las mismas asambleas.²⁷ Las anteriores reformas, que en el ámbito del Congreso empezarán a surtir efectos en las elecciones parlamentarias de 2006, ya empiezan a rendir resultados, en la medida que se observa un proceso de reagrupación de los partidos políticos.²⁸ Ese proceso de recomposición de la política en el país se vería acentuado con la introducción de la reelección presidencial inmediata. Esta reforma impulsaría la conformación

27 Es importante señalar que aún existen temas de la reforma sin reglamentar. Así, todavía no ha sido posible dictar un nuevo Código Electoral acorde con las modificaciones introducidas, ni la esperada ley de bancadas parlamentarias.

28 Este proceso se ha presentado en los Partidos Liberal y Conservador y en los movimientos de izquierda democrática, como el Polo Democrático Independiente y Alternativa Democrática. Seguidores de Uribe intentaron crear un partido que los unificara, pero este intento no prosperó. A pesar de ello, los partidarios del presidente han logrado aglutinarse alrededor de ciertas formaciones políticas (entre ellas, Cambio Radical, Colombia Democrática, Nuevo Partido, Colombia Viva).

de bloques políticos opuestos, lo cual le permitiría a los votantes elegir entre opciones claras y diferenciadas e impulsaría el esquema de Gobierno/oposición.

Por otra parte, lamentablemente, dadas las condiciones actuales de violencia y polarización política en el país, es muy posible que la aplicación de la reelección presidencial inmediata implique que en las elecciones presidenciales y parlamentarias de 2006 se agudice la ya de por sí fuerte intervención armada de los grupos guerrilleros y paramilitares en los asuntos electorales.

Para terminar, es importante aclarar que la suerte del proyecto de ley estatutaria para regular la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República no está, en principio, atada a la de la reelección presidencial inmediata, puesto que en la reforma constitucional se trató en forma separada a aquella. Y, ciertamente, la aprobación de este proyecto por parte de la Corte Constitucional, en su revisión previa de constitucionalidad, aparejaría también cambios notables en la política colombiana, los cuales actuarían en este momento a favor de los movimientos de izquierda democrática. Distintas normas del proyecto le concederían a estos movimientos condiciones nunca antes vistas en la política colombiana para realizar su campaña presidencial, lo cual podría significar una ampliación del espectro partidario a nivel nacional.

Como es conocido, la vida política colombiana ha sido dominada tradicionalmente por dos partidos, el Partido Liberal y el Partido Conservador, ambos creados a mediados del siglo XIX. Precisamente una de las particularidades de la política colombiana ha sido la persistencia de este esquema bipartidista liberal-conservador, que también existió en los demás países iberoamericanos, pero perdió vigencia en la mayoría de ellos durante el siglo XX.

El predominio de los dos partidos ha producido una amplia historia electoral en el país, que ha consolidado la práctica cultural de que las elecciones son el mecanismo adecuado para decidir la pugna por el poder político. Además, ha generado una tradición de gobiernos civiles, lo cual explica que el estamento militar no haya desempeñado un papel protagónico dentro de la política nacional. Pero, al mismo tiempo, la dominación de los dos partidos tradicionales ha impedido el surgimiento de terceros partidos.

Luego de la llamada época de la Violencia (1948-1958) y del Frente Nacional (1958-1974), el apoyo de la población a los dos partidos comenzó a sufrir una creciente mella. Sin embargo, los intentos de consolidar nuevos partidos han fracasado,²⁹ a pesar de los repetidos anuncios acerca de la desaparición del bipartidismo.

29 Precisamente, dentro de las explicaciones que se ofrecen acerca de la apa-

La introducción de la elección popular de alcaldes y de gobernadores departamentales, a través de la reforma constitucional de 1986 y de la Constitución de 1991, respectivamente, ha permitido que, en los últimos años, candidatos diferentes a los de los partidos tradicionales conquisten importantes alcaldías y gobernaciones. Igualmente, la apertura política producida a partir de la Constitución de 1991 facilitó que grupos distintos a los movimientos liberales o conservadores logaran algunos escaños en el Congreso. Sin embargo, lo cierto es que los partidos Liberal y Conservador, contando dentro de ellos a sus múltiples fracciones y disidencias, continúan obteniendo la inmensa mayoría de los votos en las elecciones presidenciales y parlamentarias.³⁰

A pesar de ello, luego de las elecciones presidenciales y parlamentarias de 2002, y de las elecciones territoriales de 2003 —en las cuales la izquierda democrática obtuvo varias alcaldías y gobernaciones, entre ellas las de Bogotá—, se ha venido gestando un proceso de unidad dentro de la izquierda democrática, que le ha permitido presentarse como una opción política seria y distinta.

Pues bien, distintas normas del proyecto de ley de igualdad electoral le ofrecerían a estos movimientos la posibilidad de realizar una campaña electoral para la Presidencia con amplia presencia nacional. Así ocurre con las normas que establecen que el 80 % de los gastos de campaña serán sufragados por el Estado, que los candidatos pueden recibir un anticipo de los aportes estatales equivalente al 40 % de los topes fijados para los gastos electorales, que la radio y la televisión deben asegurar condiciones de pluralismo y equilibrio informativo, que se puede solicitar la veeduría internacional para zonas que presenten problemas de orden público o de fraude electoral, etc.

Estas condiciones posibilitarían que estos movimientos tuvieran un importante protagonismo en las elecciones presidenciales, lo cual les permitiría ir ampliando su espacio dentro de la política colombiana. De esta manera, ahora ellos tendrán que entrar a demostrar que son

rición y persistencia de los movimientos guerrilleros en Colombia, se encuentra la de las dificultades existentes para crear nuevos partidos y movimientos políticos.

30 Después de las elecciones presidenciales y parlamentarias de 1990 se vaticinó que el monopolio liberal-conservador sobre la política colombiana desaparecería, dados los buenos resultados obtenidos por la Alianza Democrática M-19 y el Movimiento de Salvación Nacional. Sin embargo, en las elecciones presidenciales posteriores los candidatos provenientes de los dos partidos —incluyendo las recurrentes disidencias— han obtenido cerca del 90 % de los votos. Además, los dos partidos siguen dominando el Congreso de la República. Durante este periodo, el porcentaje más bajo de escaños en el Senado de la República lo obtuvieron en 2002, cuando alcanzaron cerca del 80 % de los escaños. Sin embargo, también es cierto que, a nivel del Congreso, el sistema de partidos ya no es el de un bipartidismo perfecto.

CUADRO ANEXO**La reelección presidencial inmediata en Latinoamérica (2005)**

País	Año de la Constitución vigente	Periodo presidencial	¿Permite reelección inmediata?	Artículo
Argentina	1994	4 años	Sí. Solamente por un periodo consecutivo. Luego, puede ser reelegido nuevamente con el intervalo de un periodo.	90
Bolivia	1995	5 años	No. Permite reelección con intervalo de un periodo presidencial.	87
Brasil	1988, modificada en 1997	4 años	Sí, solamente por un periodo consecutivo.	14.5
Colombia	1991, modificada en 2004	4 años	Sí, solamente por un periodo consecutivo. No puede ser presidente quien ya lo ha sido por dos periodos.	197
Costa Rica	1949	4 años	No. Solamente después de ocho años.	134
Chile	1980	6 años	No. Permite reelección con intervalo de un periodo presidencial.	25
Ecuador	1998	4 años	No. Permite reelección con intervalo de un periodo presidencial.	98 y 164
El Salvador	1983	5 años	No. Prohíbe absolutamente la reelección.	152.1 y 154
Guatemala	1985	4 años	No. Prohíbe absolutamente la reelección.	184 y 187
Honduras	1982	4 años	No. Prohíbe absolutamente la reelección.	239
México	1917	6 años	No. Prohíbe absolutamente la reelección.	83
Nicaragua	1987, modificada en 1995 y 1996	5 años	No. Permite reelección con intervalo de un periodo presidencial. No puede ser presidente de la república quien ya lo haya sido por dos periodos.	147
Panamá	1972	5 años	No. Permite reelección con intervalo de dos periodos presidenciales.	173
Paraguay	1992	5 años	No. Prohíbe absolutamente la reelección.	229
Perú	1993, modificada en 2000	5 años	No. Permite reelección con intervalo de un periodo presidencial.	112
República Dominicana	1994, modificada en 2002	4 años	Sí. Solamente por un periodo consecutivo.	49
Uruguay	1966	5 años	No. Permite reelección con intervalo de un periodo presidencial.	152
Venezuela	1999	6 años	Sí. Solamente por un periodo consecutivo.	231

capaces de superar las divisiones que tanto los han aquejado para poder hacer un uso eficiente de las posibilidades que les concedería este proyecto de ley.

[En el cuadro anexo] se anotan los años en que se reformó la Constitución acerca del asunto de la reelección.

Bibliografía

- Asamblea Nacional Constituyente. Ponente: Carlos Lleras de la Fuente. *Gaceta Constitucional* N° 73, 14 de mayo de 1991.
- Betancur, Jaime. *Derecho constitucional colombiano*, Bedout, Medellín, 1978.
- Bowen, Sally y Holligan, Jane. *El espía imperfecto. La telaraña siniestra de Vladimiro Montesinos*, Peisa, Lima, 2003.
- Campillo, Julio. *Reelección*, en Diccionario electoral, tomo II, IIDH/Capel, San José, 2000.
- Castro, Jaime. *Juicio a la reelección*, Planeta, Bogotá, 2004.
- Colomer, Antonio. *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, Ediciones de Cultura Hispánica, Madrid, 1990.
- Copete Lizarralde, Álvaro. *Lecciones de derecho constitucional colombiano*, 3ª ed., Lerner, Bogotá, 1960.
- Duzán, María Jimena. *Así gobierna Uribe*. Planeta, Bogotá, 2004.
- Gaviria, José Obdulio. *Reelección, que el pueblo decida*, Planeta, Bogotá, 2004.
- Linz, Juan. Los peligros del presidencialismo, en Comisión Andina de Juristas (comps.): *Formas de gobierno: relaciones Ejecutivo-Parlamento*, Lima, 1993.
- Linz, Juan. Presidential or Parliamentary Democracy: Does it Make a Difference?, en J. Linz, Juan y Valenzuela, A. (eds.). *The Failure of Presidential Democracy. Comparative Perspectives*, John Hopkins University, Baltimore, 1994.
- Mainwaring, S. y Shugart, M. Presidencialismo y democracia en América Latina: revisión de los términos del debate en S. Mainwaring y M. Shugart. *Presidencialismo y democracia en América Latina*, Paidós, Buenos Aires, 2002.
- Nohlen, V. Dieter. La reelección en D. Nohlen, S. Picado y D. Zovatto (comps.). *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1998.
- Oría, Jorge Luis. *La reelección presidencial y la división de poderes*, Abeledo/Perrot, Buenos Aires, 1995.
- Quiroga Lavié, Humberto. *Derecho constitucional latinoamericano*, UNAM, México, D.F., 1991.
- Samper, José María. *Derecho público interno de Colombia*, tomo II, Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, Bogotá, 1951.

- Shugart, M. y Carey, J. *Presidents and Assemblies*, Constitutional Design and Electoral Dynamics, Cambridge University, 1992.
- Toinet, Marie-France. *El sistema político de los Estados Unidos*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1994.
- Tuesta, Fernando (ed.). *Los enigmas del poder. Fujimori 1990- 1996*, Fundación Friedrich Ebert, Lima, 1996.

PARTE 3. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

**3.1. La ejecución interna
de las decisiones de los órganos
internacionales de protección de los
derechos humanos. El caso colombiano**

**3.2. La libertad de información
en la jurisprudencia colombiana:
una perspectiva analítica y comparada**

3.3. Intervención judicial en cárceles

**3.4. Una visión panorámica: el conflicto
de las altas corte colombianas
en torno a la tutela contra sentencias**

3.1. La ejecución interna de las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. El caso colombiano

*Juan Fernando Jaramillo**

*Luis Manuel Castro Novoa***

Este artículo fue publicado inicialmente en José Antonio Rengifo (comp.), *Derecho internacional de los derechos humanos y sistemas internos de protección y reparación*, Bogotá: Ministerio de Relaciones Exteriores y Universidad Nacional de Colombia, 2008, pp. 407-472. Aquí se reproduce el mismo documento.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Magíster en Administración Pública de la Escuela Superior de Administración Pública de Speyer (Alemania) y Doctor en Ciencias Políticas de la Universidad de Heidelberg (Alemania). Profesor de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia y miembro del Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad-Dejusticia.

** Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Constitucional y Magíster en Derecho de la misma Universidad. Docente de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia.

Introducción

Luego de los crímenes ocurridos en la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional decidió que era necesario definir una serie de derechos universales de las personas que debían ser garantizados en todo caso por los Estados. Como resultado de este interés, el 10 de diciembre de 1948 se firmó la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.¹ A partir de la firma de la Declaración ha surgido una serie de pactos, convenios y declaraciones que, por un lado, han definido el catálogo y contenido de los derechos humanos y, por el otro, han establecido las obligaciones de los Estados en lo relacionado con el respeto y la garantía de los derechos humanos.

El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y las experiencias constitucionales de países como Alemania e Italia después de la Segunda Guerra Mundial reforzaron la tendencia a incorporar en las constituciones catálogos de derechos fundamentales, junto con los mecanismos judiciales para hacerlos efectivos. Además, en distintas constituciones se introdujeron normas dirigidas a posibilitar una influencia directa del derecho internacional de los derechos humanos en los ordenamientos jurídicos nacionales. De allí que se hable sobre la existencia de un derecho constitucional internacional.²

1 Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948. La Declaración constituye el gran hito generador del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, ello no quiere decir que antes de la promulgación de este documento no existieran textos elaborados por organismos internacionales encaminados a la protección de los derechos humanos. Un ejemplo de ello lo constituyen los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), creada en 1919.

2 En este sentido es significativo que, por ejemplo, en la Universidad de Ámsterdam, en el año 2004, se creó la cátedra de Derecho Constitucional Internacional. Bogdandy, Armin von, "El constitucionalismo en el derecho internacional: comentario sobre una propuesta alemana", en *Puente @ Europa*, Año V, núm. 2, junio de 2007, pp. 36, nota 6.

La vinculación del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho constitucional ha generado distintos interrogantes. Así, por ejemplo, se ha debatido acerca de cuál es el lugar que ocupan los tratados internacionales de derechos humanos dentro de la jerarquía normativa de los ordenamientos jurídicos internos.³ Al respecto cabe decir que en el caso colombiano dicha discusión fue superada a través del concepto del *bloque de constitucionalidad* utilizado por la Corte Constitucional, en virtud del cual debe entenderse que los tratados de derechos humanos están integrados al texto constitucional, de manera que ellos constituyen también un parámetro de constitucionalidad.⁴

Otro problema surgido a partir del vínculo anotado entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional es el que tiene que ver con la pregunta acerca de cuál es el valor para los ordenamientos jurídicos nacionales de las decisiones de los órganos internacionales encargados de supervisar el cumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones emanadas de los tratados de derechos humanos. Este interrogante requiere distinguir entre los diferentes tipos de pronunciamientos de los órganos internacionales. Así, por un lado, están las decisiones judiciales internacionales en estricto sentido, las cuales son claramente vinculantes para los Estados para el caso concreto. Y, por el otro, se encuentran las decisiones de los órganos llamados cuasijudiciales, pronunciamientos que hacen parte del conjunto de documentos que suelen ser identificados bajo la expresión *soft law*. Esta última expresión ha irrumpido con bastante fuerza en el discurso del DIDH para referirse a aquellos documentos internacionales

3 Sobre este punto ver Malini, Pablo Luis, "La recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional americano" y Ayala Corao, Carlos, "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias", en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Doctrina Jurídica núm. 93, México DF, 2002; León Gómez, Alberto *et al.*, *La aplicación Judicial de los tratados internacionales*. ILSA y Corporación Región, Bogotá, 2006; Abregú, Martín y Courtis, Cristhian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por parte de los tribunales locales*. Del Puerto-CELS, Buenos Aires, 1997; y Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México DF, 2006.

4 Ver al respecto Uprimny, Rodrigo, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo proceso penal*. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2006. También, del mismo autor: "El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal", en O'Donnell, Daniel, Uprimny, Inés Margarita y Valencia, Alejandro, *Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, vol. I, pp. 97-154.

que eventualmente pueden llegar a tener efectos jurídicos, pero que, en principio, no obligan a los Estados.⁵

El presente artículo tiene como objetivo analizar el cumplimiento por parte del Estado colombiano de las decisiones tomadas por los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. Ello implica estudiar cuál ha sido la posición asumida por el Estado colombiano acerca del valor y del papel que desempeñan en el ordenamiento jurídico nacional esas decisiones. Para ello, el texto se ha dividido en tres partes: la primera se concentra en describir brevemente cuáles son los órganos internacionales de protección de los derechos humanos que tienen relación con Colombia, y sus distintos tipos de decisiones. Dado que esta parte tiene por objeto orientar al lector, en ella se ha hecho un uso restringido de las referencias bibliográficas y no se han utilizado las citas normativas. Además, la exposición se ha concentrado en los organismos internacionales cuyos pronunciamientos han tenido, hasta el momento, gran relevancia para el Estado colombiano.

La segunda parte del texto pretende examinar cuáles son las respuestas dadas por el Estado colombiano a los pronunciamientos de las diferentes instancias internacionales de derechos humanos. Para ello se estudiarán, en primer lugar, el contenido y cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana en las cuales se ha declarado la responsabilidad internacional del Estado colombiano por violación de los derechos humanos. Posteriormente, se examinará el contenido e impacto de la Ley 288 de 1996 “[p]or medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos”.⁶ Y, finalmente, se intentará recopilar la jurisprudencia de la Corte Constitucional acerca de cuál es el valor de las decisiones emitidas por los diferentes órganos internacionales de derechos humanos de carácter cuasijudicial dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Por último, en la tercera parte del documento se presentarán unas reflexiones finales, en las cuales se destacarán los avances y los

5 Entre los muchos artículos que han tratado sobre este tema, ver Mazuelos Bellido, Ángeles, “Soft law: ¿mucho ruido y pocas nueces?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 8. Disponible en: www.reei.org; Toro Huerta, Mauricio Iván del, “El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cont.htm?r=derint>; y Hillgenberg, Harmut, “A fresh look at Soft Law”, en *European Journal of International Law*, vol. 10. Disponible en: <http://www.ejil.org/journal>

6 *Diario Oficial*, núm. 42826, julio 9 de 1996, pp. 1-2.

problemas encontrados en lo referido al cumplimiento de las decisiones de los mencionados órganos internacionales de derechos humanos.

I. Los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y sus distintos tipos de decisiones

En el derecho internacional coexisten el sistema universal y los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, todos articulados alrededor de tratados que regulan las obligaciones de los Estados relacionadas con la protección de la persona humana y de los derechos que de esta condición se desprenden. En los distintos sistemas existen diferentes órganos que emiten pronunciamientos. A continuación se hará una breve descripción de los sistemas universal e interamericano de derechos humanos, que nos permitirá ocuparnos después del tema de este artículo.

1. El sistema universal de protección de los derechos humanos

El sistema universal de protección de los derechos humanos funciona en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) a través de dos tipos de mecanismos de protección: los mecanismos convencionales y los mecanismos extraconvencionales.

1.1. Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos

El sistema convencional de protección de los derechos humanos de la ONU gira alrededor de una serie de instrumentos internacionales creados, a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos, para la promoción y protección de los derechos humanos:⁷ en primera medida, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, en 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Posteriormente, aparecieron la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1969), la Convención sobre

7 Más sobre todos estos puntos en Villan Durán, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Trotta, Madrid, 2002; O'Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004; Galvis, Ligia, *Comprensión de los Derechos Humanos*. Ediciones Aurora, Bogotá, 1996; Valencia Villa, Alejandro, "Los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos", en Martín, Claudia *et al.*, (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Universidad Iberoamericana, México, 2004, pp. 119-149.

la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios (1990).⁸

Cada uno de estos tratados cuenta con un Comité creado para supervisar su cumplimiento e implementación por parte de los Estados. Dichos Comités son:

- El Comité de Derechos Humanos.
- El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.
- El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.
- El Comité contra la Tortura.
- El Comité de los Derechos del Niño.
- El Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

Dentro de las funciones de estos Comités se encuentran la elaboración de observaciones generales sobre la forma en que debe interpretarse el contenido de los derechos consagrados en los tratados y la formulación de recomendaciones generales sobre los mismos; la recepción y examen de los informes periódicos de cumplimiento elaborados por los Estados, y el trámite de las denuncias entre los Estados. Además, cuatro de estos siete Comités tienen la facultad de recibir y examinar las peticiones sobre quejas individuales presentadas contra los Estados por violaciones a los derechos contenidos en los tratados. En cumplimiento de estas funciones, los Comités emiten los siguientes documentos:

- *Observaciones o Recomendaciones Generales:* como intérpretes autorizados de cada instrumento, los Comités tienen la función de elaborar observaciones o recomendaciones generales sobre el contenido y alcance de los derechos consagrados en cada tratado. Estos documentos definen los estándares de protección y la forma en que los Estados deben cumplir las obligaciones que emanan de cada texto convencional. Así, por ejemplo, en su interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos ha elaborado, entre otras, observaciones generales sobre la aplicación del Pacto a nivel de las naciones, la igualdad entre los sexos, el derecho a la vida, el derecho a la libertad y a la seguridad

8 El texto de cada uno de estos tratados, así como la información acerca de las fechas de adopción, entrada en vigor y Estados partes, se encuentra disponible en <http://www.un.org/spanish/documents/>.

personal, la libertad de expresión, el derecho de los pueblos a la libre determinación, la situación de los extranjeros, la protección de la familia y la igualdad de los esposos, los derechos de las personas privadas de la libertad, el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, los derechos de las minorías étnicas, los estados de emergencia,⁹ etc. De la misma manera, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ha pronunciado a través de observaciones generales sobre las obligaciones de los Estados Partes del Pacto, el derecho a una vivienda adecuada, los derechos de las personas con discapacidad, los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores, el derecho a la alimentación, el derecho a la educación, el derecho a la salud y el derecho al agua.¹⁰

- *Observaciones finales luego de conocer los informes nacionales sobre el cumplimiento de las obligaciones de los tratados:* en los distintos tratados de derechos humanos los Estados se han comprometido a presentar informes periódicos al Comité respectivo, en los que deben dar cuenta de las medidas legislativas, políticas, judiciales o de cualquier otra índole que han sido adoptadas por el Estado correspondiente con el fin de dar cumplimiento a las obligaciones del tratado. Con base en el informe periódico y en las respuestas de cada Estado a las preguntas que le son formuladas, cada Comité publica unas observaciones finales en las que expone sus conclusiones acerca del cumplimiento de las normas del tratado respectivo en el Estado en cuestión. Estas observaciones incluyen, por lo general, sugerencias y recomendaciones.
- *Decisiones sobre casos concretos iniciados por quejas individuales:* como ya se dijo, solo cuatro de estos Comités tienen la posibilidad de adelantar procedimientos de peticiones individuales. Ellos son el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité contra la Tortura. Hasta el momento Colombia solo le ha otorgado competencia para conocer casos individuales a los dos primeros. Estos procedimientos son confidenciales y escritos y, para que puedan tener lugar, es nece-

9 Las observaciones y recomendaciones generales elaboradas por los Comités se encuentran compendiadas en la publicación de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos titulada *Interpretación de las normas internacionales sobre derechos humanos. Observaciones y recomendaciones generales de los órganos de vigilancia de los tratados internacionales de derechos humanos de las Naciones Unidas*. Bogotá, 2002. También están disponibles en <http://www.ohchr.org/spanish/>

10 *Ibid.*

sario que el Estado correspondiente haya aceptado expresamente la competencia del Comité para pronunciarse sobre quejas individuales contra él. Luego de un proceso contradictorio integrado por diferentes fases (admisibilidad, determinación de los hechos, opinión sobre el fondo, publicación y seguimiento), cada Comité se pronuncia sobre el fondo del asunto en un documento en el que establece si se presentó la violación de algún derecho en el caso bajo examen. Esta decisión se publica luego de ser aprobada y se incluye en el informe anual que es presentado a la Asamblea General de Naciones Unidas. Dado que se ha considerado que sus opiniones sobre el fondo de un asunto no tienen un carácter vinculante, el Comité de Derechos Humanos cuenta con un Relator Especial para el seguimiento de sus decisiones con el fin de que conozca y registre las medidas adoptadas por los Estados para darles cumplimiento.¹¹

1.2. *Los mecanismos extraconvencionales*

El conjunto de mecanismos extraconvencionales está integrado, entre otros, por las relatorías, los grupos de trabajo y los expertos independientes. Como su nombre lo indica, estos mecanismos no fueron establecidos por los mismos tratados de derechos humanos. Ellos han sido creados a partir de la Resolución 1235 de 1967 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y tienen por misión investigar violaciones graves y masivas a los derechos humanos. Estos órganos pueden ser temáticos¹² o geográficos.¹³ En casos especiales se

11 La eficacia de las decisiones de los órganos convencionales de derechos humanos de las Naciones Unidas sobre los casos contenciosos es limitada. Villan, *op. cit.*, pp. 484-486, señala que en el caso del Comité de Derechos Humanos se acata el 30 % de esas decisiones. Añade que entre las razones que explican esta situación se encuentra la de que, como lo han entendido los propios Comités, sus decisiones carecen de la fuerza jurídica necesaria para que sean exigibles a los Estados. Además, solamente el Comité de Derechos Humanos cuenta con un Relator Especial que hace un seguimiento sobre el cumplimiento de las decisiones.

12 Como ejemplos de órganos de carácter temático se encuentran el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, el Relator Especial de Naciones Unidas para los Refugiados y Desplazados, el Relator Especial sobre Impunidad de los Autores de la Violación de los Derechos Civiles y Políticos, la Relatora Especial sobre la Cuestión de la Tortura, el Relator Especial sobre Libertad de Religión o Creencias, el Relator Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, el Relator Especial sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y Expresión, la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, la Relatora Especial sobre el Derecho a la Educación y el Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas.

13 Como ejemplos de mecanismos extraconvencionales de carácter geográ-

ha contado con el trabajo de expertos independientes.¹⁴ En desarrollo de sus funciones elaboran informes para ser puestos a consideración de la comunidad internacional, realizan observaciones acerca de cuál es el contenido de determinados derechos y, en eventos determinados, pueden emprender acciones urgentes relacionadas con su misión.

1.3. *Organismos especializados de protección de los derechos humanos. La Organización Internacional del Trabajo*

Adicionalmente, la ONU cuenta con organismos especializados de protección de los derechos humanos, entre ellos la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco), la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO).

En este escrito nos ocuparemos únicamente de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), dada la relevancia de las decisiones de sus órganos de control para la jurisprudencia constitucional. Esta organización tiene como misión fomentar la justicia social y los derechos humanos y laborales internacionalmente reconocidos. En desarrollo de este mandato, la OIT formula normas internacionales del trabajo, que revisten la forma de convenios¹⁵ y de recomendaciones, por las que se fijan unas condiciones mínimas en materia de derechos laborales fundamentales.

Dentro de los sistemas de control de la OIT¹⁶ se encuentra el sistema de quejas por violación de la libertad sindical. Estas quejas pueden

fico se encuentran el Relator sobre la Situación de los Derechos Humanos en Irak, el Relator sobre la Situación de los Derechos Humanos en los Territorios Palestinos Ocupados desde 1967, el Relator sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República Democrática del Congo, la Relatora sobre la Situación de los Derechos Humanos en Burundi, el Experto Independiente del Secretario General sobre la Situación de los Derechos Humanos en Afganistán y el Experto Independiente sobre Cooperación Técnica y Servicios de Asesoramiento en Liberia.

14 Entre los expertos geográficos están el Experto Independiente del Secretario General sobre la Situación de los Derechos Humanos en Afganistán y el Experto Independiente sobre Cooperación Técnica y Servicios de Asesoramiento en Liberia. Entre los expertos temáticos cabe citar el Experto Independiente sobre los Programas de Ajuste Estructural y Deuda Externa y el Experto Independiente sobre el Derecho al Desarrollo.

15 En la actualidad, existen más de ciento ochenta convenios, que regulan desde situaciones específicamente laborales hasta los derechos de los pueblos indígenas y tribales en países independientes. Los convenios aprobados y los países que los han ratificado se encuentran en <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp2.htm>

16 La OIT cuenta con dos sistemas de control: *regulares* y *especiales*. De acuerdo con lo descrito en el *Manual sobre procedimientos en materia de convenios y reco-*

ser presentadas directamente por los legitimados para ello¹⁷ o a través de las Naciones Unidas. Ellas son examinadas por el Comité de Libertad Sindical, por remisión que le hace el Consejo de Administración. Luego de una especie de trámite contradictorio, con base en la información enviada por los querellantes y el Gobierno respectivo, el Comité incluye sus conclusiones y recomendaciones sobre la queja en los informes periódicos que presenta a consideración del Consejo de Administración.

El Comité puede elaborar tres tipos de informes sobre las quejas: informes provisionales, informes definitivos e informes en los que se solicita mantener informado al comité sobre la evolución del asunto. En el caso de los informes provisionales, las conclusiones y recomendaciones también tienen este carácter, y el asunto sigue a consideración del Comité, el cual continúa acopiando informaciones hasta que considere que puede resolver de manera definitiva el asunto objeto de la queja. Si se trata de informes definitivos o de los informes en los que se solicita mantener informado al Comité sobre la evolución del asunto, las conclusiones y recomendaciones del Comité tienen un carácter definitivo. Ellas son presentadas como tales al Consejo de Administración, el cual, después de adoptarlas, las transmite al Gobierno respectivo y le brinda un plazo razonable para atenderlas.

Si el Gobierno rechaza las recomendaciones o deja vencer un plazo prudencial sin que sea manifiesta su voluntad de responder al contenido de las recomendaciones, el Consejo de Administración puede solicitar a la Conferencia Internacional del Trabajo que tome medidas para lograr el cumplimiento de las recomendaciones, o incluso someter el caso ante la Corte Internacional de Justicia para que determine la responsabilidad del Estado por incumplimiento de sus obligaciones internacionales.¹⁸

mendaciones internacionales del trabajo, son procedimientos especiales: las reclamaciones relacionadas con la observancia de convenios ratificados, las quejas interestatales respecto de la aplicación de convenios, y las quejas por violación de la libertad sindical que son estudiadas por el Comité de Libertad Sindical. En este texto nos referiremos específicamente a las quejas que tramita el Comité de Libertad Sindical.

17 Únicamente se admiten las quejas presentadas por los gobiernos, las organizaciones de empleadores o de trabajadores y las organizaciones internacionales con estatuto consultivo ante la OIT.

18 La información sobre el procedimiento se encuentra descrita en detalle en <http://www.ilo.org/>. Al respecto también se puede consultar Valticos, Nicolás, *Derecho Internacional del trabajo*. Tecnos, Madrid, 1970, pp. 530 y ss. Ver también el salvamento de voto a la sentencia T-603 de 2003 de la Corte Constitucional.

2. Los órganos del sistema interamericano y sus decisiones

Al margen del sistema universal de protección de los derechos humanos, existen en el mundo tres sistemas regionales de protección de los derechos: el sistema interamericano, el sistema africano¹⁹ y el sistema europeo²⁰ de derechos humanos. Para efectos de este texto nos referiremos a las especificidades del Sistema Interamericano.

En Bogotá, en 1948, la Novena Conferencia Internacional Americana adoptó la Declaración Americana sobre Deberes y Derechos del Hombre, que va a constituir el primer documento en el sistema regional que define un catálogo de derechos que deben ser respetados por los Estados. Por decisión de la propia Conferencia, esta Declaración no fue concebida ni redactada para que tuviera la forma de un tratado.²¹

Luego, con el fin de contar con un instrumento internacional de carácter vinculante y con un sistema judicial de protección de los derechos humanos, en 1969, se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual entró en vigencia en 1978. Esta Convención estableció las obligaciones de los Estados y definió los derechos que los Estados de la OEA deben garantizar en sus territorios. Además, diseñó un sistema de protección compuesto por dos órganos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), encargada, entre otras cosas, de recibir y tramitar las denuncias por violaciones a los derechos humanos; y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), que es el órgano judicial encargado de decidir sobre los casos que le son presentados por la Comisión. La Corte declara si existe responsabilidad internacional de un Estado por las violaciones alegadas y establece las medidas de reparación a que haya lugar según el caso.

19 En 1981, la Organización de la Unidad Africana aprobó la Carta Africana de Derechos Humanos y de los pueblos o “Carta de Banjul”, que entró en vigencia en 1986. Dado que la Carta Africana únicamente contempló la creación de un órgano cuasijudicial —la Comisión Africana de Derechos Humanos—, en 1988 se adoptó el Protocolo adicional a esta Carta que estableció la Corte Africana de Derechos Humanos. El Protocolo entró en vigor en enero de 2004 y los jueces fueron elegidos en el año 2006.

20 El Sistema europeo de protección de los derechos humanos gira alrededor del Convenio Europeo para la Protección de los derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950), la Carta Social Europea (1961), su protocolo adicional (1988) y la Convención Europea para la Prevención de la Tortura y el Trato o Castigo Inhumano o Degradante (1987).

21 Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10. Párrafo 34.

Con posterioridad a la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el sistema interamericano fueron aprobadas la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador (1988), el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (1990), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención “Belém do Pará” (1994) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999).²²

A continuación se reseñarán brevemente los tipos de decisiones emitidas por cada uno de los órganos de protección del Sistema Interamericano.²³

2.1. *Los pronunciamientos y decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

De acuerdo con lo dispuesto en la Convención Americana y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ella tiene como misión promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y servir como órgano consultivo de la OEA en esta materia. En desarrollo de ese mandato, la CIDH elabora diversos tipos de informes sobre el estado de los derechos humanos en los países miembros de la OEA. Entre estos informes se encuentran:

22 Todos los instrumentos del sistema interamericano se encuentran en el libro: *Textos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, publicado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. San José, 2003. También están disponibles en las páginas <http://www.cidh.org/basic.esp.htm> o <http://www.Corte IDH.or.cr/>

23 Para información más detallada ver Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 3 ed., San José, Costa Rica, 2004; Martín, Claudia, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: funciones y competencia”, en Martín, Claudia *et al.* (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Universidad Iberoamericana, México, 2004, pp. 209-277; Rodríguez-Pinzón, Diego, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en Martín, Claudia *et al.* (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Universidad Iberoamericana, México, 2004, pp. 173-207; Corte IDH, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005; Buergenthal, Thomas, *La protección internacional de los derechos humanos en las Américas*. Civitas, Madrid, 1990; y Barbosa Delgado, Francisco R. *Litigio Interamericano. Perspectiva jurídica del sistema de protección de derechos humanos*. Universidad Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, 2002.

- El *informe anual* a la Asamblea General de la OEA, en el cual se incluyen, entre otros, un análisis sobre la situación general de los derechos humanos en la región, las recomendaciones emitidas para fortalecer el respeto de los derechos humanos y una relación de los informes sobre peticiones y casos individuales cuya publicación haya sido aprobada por la Comisión. Desde el año 2001, la CIDH incluye también en el informe anual un reporte sobre el seguimiento del cumplimiento de las recomendaciones producidas por ella en el marco de los informes sobre peticiones y casos individuales.
- Los *informes generales*, en los cuales la CIDH se refiere a la situación general de los derechos humanos en determinados Estados. Estos informes responden a la práctica de la CIDH de incluir en su Informe Anual un apartado en el cual se presenta una relación sobre la situación de los derechos humanos de algunos países miembros que son seleccionados con base en unos criterios predeterminados,²⁴ dado que sus condiciones internas en materia de derechos humanos reclaman especial atención.²⁵
- Los *informes temáticos*, en los cuales se abordan diversos asuntos, como por ejemplo los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos de la mujer,²⁶ los crímenes internacionales,²⁷ la situa-

24 Estos criterios fueron definidos por la CIDH desde el Informe Anual de 1997 y desde entonces han sido reiterados. Son cinco: (i) "...Casos de Estados regidos por gobiernos que no han llegado al poder mediante elecciones populares, por el voto secreto, genuino, periódico y libre, según normas y principios internacionalmente aceptados". (ii) "...Estados donde el libre ejercicio de los derechos consignados en la Convención Americana o la Declaración Americana ha sido en efecto suspendido, en su totalidad o en parte, en virtud de la imposición de medidas excepcionales, tales como el estado de emergencia, el estado de sitio, suspensión de garantías, o medidas excepcionales de seguridad, entre otras". (iii) "...Cuando existen pruebas fehacientes de que un Estado comete violaciones masivas y graves de los derechos humanos garantizados en la Convención Americana, la Declaración Americana o los demás instrumentos de derechos humanos aplicables". (iv) "...El cuarto criterio se refiere a los Estados que se encuentran en un proceso de transición de cualquiera de las tres situaciones arriba mencionadas. (v) "...situaciones coyunturales o estructurales, que estén presentes en Estados que por diversas razones enfrenen situaciones que afecten seria y gravemente el goce y disfrute de los derechos fundamentales, consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana. Este criterio incluye, por ejemplo: situaciones graves de violencia que dificultan el funcionamiento adecuado del Estado de Derecho; graves crisis institucionales; procesos de reforma institucional con graves incidencias negativas para los derechos humanos; u omisiones graves en la adopción de disposiciones necesarias para hacer efectivos los derechos fundamentales.

25 V. gr. para el Informe Anual del año 2006, la CIDH decidió incluir a cuatro Estados miembros: Colombia, Cuba, Haití y Venezuela

26 CIDH, "Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la condición de la mujer en las Américas", OEA/Ser.L/V/II.100; Doc. 17, 13 octubre 1998.

27 CIDH, "Informe sobre terrorismo y derechos humanos", OEA/Ser.L/V/

ción de los pueblos indígenas²⁸ y la situación de las personas dedicadas a la defensa de los derechos humanos.²⁹

- Los *informes especiales*, que se refieren a la situación de los derechos humanos en un Estado determinado y en algunas ocasiones se dedican a estudiar asuntos específicos en dichos países. Estos informes no son incluidos en el informe anual. Ellos son considerados como documentos independientes y específicos, y de esta manera son dados a conocer a la comunidad internacional. Por ejemplo, la CIDH se ha pronunciado tres veces de manera especial sobre la situación general de los derechos humanos en Colombia³⁰ y, específicamente, ha elaborado informes sobre el proceso de desmovilización en el país³¹ y la situación de las mujeres en el conflicto.³²

Otra de las funciones ejercidas por la CIDH, es la de tramitar quejas individuales de violaciones a los derechos humanos. Como resultado de esta tarea, la CIDH puede publicar un informe sobre los resultados de las investigaciones adelantadas en estos casos o presentar el caso ante la Corte IDH para que esta se pronuncie judicialmente sobre la responsabilidad del Estado en las violaciones alegadas por la CIDH.

Es importante anotar que durante el trámite de estas quejas individuales, cuando se presenten situaciones de gravedad y urgencia, la CIDH puede solicitarle al Estado correspondiente que adopte medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas. Con ello se persigue evitar nuevas violaciones a los derechos humanos y garantizar que el proceso que se adelanta conserve su razón de ser.

Il.116; Doc. 5 rev. 1 corr, 22 octubre 2002.

28 CIDH, “La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas”, OEA/Ser.L/VII.108; Doc. 62, 20 octubre 2000.

29 CIDH, “Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II.124; Doc. 5 rev. 1, 7 marzo 2006.

30 CIDH, “Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Colombia”, OEA/Ser.L/V/II.53; Doc. 22, 30 junio 1981; “Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia”, OEA/Ser.L/V/II.84; Doc. 39, rev. 14 octubre 1993, y “Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia”, OEA/Ser.L/V/II.102; Doc. 9 rev. 1. 26 febrero 1999.

31 CIDH, “Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia”. OEA/Ser.L/V/II.120; Doc. 60, 13 diciembre 2004.

32 CIDH, “Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia”, OEA/Ser.L/V/II; Doc. 67, 18 octubre 2006.

2.2. Los pronunciamientos y decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el marco de su competencia para dirimir los casos contenciosos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronuncia por medio de diversos tipos de sentencias, a saber: las *sentencias de excepciones preliminares*, en las cuales la Corte adopta decisiones sobre las controversias procesales que surgen acerca de su competencia o de la admisibilidad del caso, y que son proferidas antes de analizar en concreto el objeto de la litis; las *sentencias de fondo*, en las cuales la Corte establece si un Estado es responsable por la violación de los derechos humanos en relación con un determinado caso; y las *sentencias de reparaciones* y las sentencias de *interpretación de fallo*. Durante el trámite de estos casos la Corte IDH también puede emitir resoluciones de medidas provisionales —a la manera de las medidas cautelares que dicta la CIDH— o resoluciones de cumplimiento de sentencias.

Además de tramitar casos contenciosos, la Corte IDH tiene una competencia consultiva, con base en la cual el Tribunal se pronuncia en abstracto sobre preguntas que le son formuladas por los Estados miembros de la OEA o por la misma CIDH acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Los Estados también pueden solicitar a la Corte opiniones acerca de la compatibilidad de cualquiera de sus leyes internas con los mencionados instrumentos internacionales. Estas opiniones consultivas constituyen las interpretaciones más autorizadas en el sistema interamericano sobre el contenido y alcance de las disposiciones de la CADH.³³

II. El cumplimiento de las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos por parte del estado colombiano

Los pronunciamientos de los distintos órganos internacionales encargados de la promoción y protección de los derechos humanos establecen cuál es el contenido de los derechos contemplados en los tratados internacionales de derechos humanos y cuáles son las obligaciones que se derivan de esos tratados para los diferentes Estados. Además,

33 Hasta la fecha, la Corte IDH ha emitido dieciocho (18) opiniones consultivas, que han versado sobre diferentes temas. Una de ellas —la Opinión Consultiva N° 10, del 14 de julio de 1989— fue resultado de una pregunta presentada por el Estado colombiano relacionada con la fuerza normativa de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

juzgan la conducta desplegada por los Estados en las situaciones particulares que son objeto de queja ante esos organismos internacionales.

De esta manera, los mencionados pronunciamientos le fijan a los Estados parámetros de comportamiento para su relación con las personas. Ello permite aseverar que las decisiones de esos órganos generan retos fundamentales para los Estados. Por eso, en relación con esos pronunciamientos surgen los interrogantes acerca de cuál es su grado de vinculatoriedad y hasta qué punto ellos fijan estándares que deben ser aplicados por los jueces y tribunales de los distintos Estados para la resolución de controversias específicas.

A continuación, este escrito se ocupa de examinar cuál ha sido la respuesta del Estado colombiano a los pronunciamientos de esos órganos internacionales de derechos humanos. Para ello, en la primera parte de este capítulo se describirán las sentencias que ha dictado la Corte IDH sobre Colombia y se observará cuál ha sido el grado cumplimiento de las mismas. Posteriormente se examinará el contenido e impacto de la Ley 288 de 1996 “[p]or medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicio a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinado órganos internacionales de Derechos Humanos”. Finalmente, se revisarán los pronunciamientos de la Corte Constitucional acerca del valor que tienen para el ordenamiento jurídico colombiano las decisiones emitidas por los diferentes órganos u organizaciones internacionales, con el fin de identificar la posición de la jurisprudencia constitucional sobre el tema.

1. El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Hasta el momento, la Corte Interamericana ha requerido al Estado colombiano para que adopte medidas provisionales en doce casos³⁴ y ha proferido nueve sentencias de fondo en las que lo ha declarado responsable por la violación de los derechos humanos y, en consecuencia, lo ha condenado a reparar las víctimas o a sus familiares.

El Estado colombiano se hizo parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 31 de julio de 1973. Posteriormente, el 21

34 La Corte IDH ha solicitado medidas provisionales en los siguientes casos: Caso 19 Comerciantes, Asunto Álvarez y otros, Caso Caballero Delgado y Santana, Asunto Clemente Teherán y otros, Asunto Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó, Caso de la “Masacre de Mapiripán”, Asunto de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, Asunto Giraldo Cardona, Caso Gutiérrez Soler, Asunto Mery Naranjo y otros, y Asunto Pueblo indígena Kankuamo. Este escrito solamente se ocupará de ellas al referirse a la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el valor de las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos.

de junio de 1985 aceptó la competencia contenciosa de la Corte sin reserva alguna, para que esta conociera y se pronunciara sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación del Pacto de San José. Desde ese momento, el Estado colombiano ha reconocido su obligación de cumplir las sentencias de la Corte IDH. Por este motivo, si bien la Corte Constitucional no ha conocido ningún caso referido al cumplimiento de una sentencia de la Corte IDH sí ha reafirmado en distintas sentencias el carácter vinculante de sus decisiones.³⁵

La primera condena al Estado colombiano se produjo en 1995, en el Caso Caballero Delgado y Santana,³⁶ en el cual se acusaba a miembros del Ejército Nacional de la captura ilegal y posterior desaparición de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana. En este caso, la Corte IDH declaró que el Estado era responsable por las violaciones de los derechos de estas dos personas a la libertad y la vida. En consecuencia, estableció que el Estado estaba obligado a continuar los procedimientos judiciales por la desaparición y presunta muerte de las personas mencionadas. Adicionalmente, lo condenó a indemnizar a los familiares de las víctimas y a resarcirles los gastos procesales.³⁷

Posteriormente, en 2001, la Corte IDH declaró responsable al Estado colombiano en el Caso las Palmeras.³⁸ En esa ocasión, la CIDH denunció que en una operación realizada por la Fuerza Pública en la localidad de Las Palmeras, en el departamento de Putumayo, miembros de la Policía detuvieron a varias personas que después fueron ejecutadas extrajudicialmente, siendo presentadas como subversivos dados de baja en combate. En la sentencia de reparaciones dictada por la Corte IDH se ordenó al Estado, entre otras cosas, realizar la búsqueda de los cadáveres de las personas muertas en estos hechos, publicar la sentencia de fondo, concluir el proceso penal que estaba en curso desde hacía muchos años y cancelar las respectivas indemnizaciones a los familiares de las víctimas.³⁹

35 Ver, por ejemplo, las sentencias C-408 de 1996 y C-355 de 2006.

36 Corte IDH, Caso Caballero Delgado y Santana *vs.* Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 17; Caso Caballero Delgado y Santana *vs.* Colombia. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22.

37 Corte IDH, Caso Caballero Delgado y Santana *vs.* Colombia. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 31.

38 Corte IDH, Caso Las Palmeras *vs.* Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67, y Caso Las Palmeras *vs.* Colombia. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90.

39 Corte IDH, Caso Las Palmeras *vs.* Colombia. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de noviembre de 2002. Serie C No. 96.

El tercer pronunciamiento de la Corte IDH fue sobre el Caso de los 19 Comerciantes.⁴⁰ En la sentencia, la Corte condenó al Estado colombiano por causa de la detención, descuartizamiento y desaparición de diecisiete comerciantes, y por el posterior asesinato de otras dos personas que fueron en búsqueda de los diecisiete primeros. La Corte IDH estableció que los crímenes, ocurridos en 1987, fueron realizados por un grupo paramilitar, sin que las Fuerzas Militares intervinieran para impedirlo, a pesar de que tenían conocimiento de la presencia y actividades del grupo en la zona. En consecuencia, la Corte IDH dispuso que, además de pagar las respectivas indemnizaciones, el Estado debía investigar los hechos para identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales de las violaciones cometidas en perjuicio de los 19 comerciantes. La sentencia también le ordenó al Estado, entre otras cosas, divulgar el resultado de las investigaciones, realizar una búsqueda seria de los restos de las víctimas, erigir un monumento en su memoria y, en una ceremonia pública, poner una placa con los nombres de los 19 comerciantes. También se obligó al Estado a realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad internacional, con la presencia de miembros de las más altas autoridades del Estado y de los familiares de las víctimas.

El cuarto proceso objeto de pronunciamiento por parte de la Corte IDH fue el Caso de la “Masacre de Mapiripán”.⁴¹ La masacre fue cometida por un grupo numeroso de miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) que tomaron el control de la población desde el 15 hasta el 20 de julio de 1997, lapso durante el cual intimidaron a sus habitantes, y torturaron y asesinaron aproximadamente a 49 personas, para luego arrojar sus restos al río Guaviare. La Corte IDH encontró que aproximadamente 100 paramilitares habían llegado en vuelos irregulares al aeropuerto de San José del Guaviare, donde fueron recogidos por miembros del Ejército, sin realizar ningún tipo de control. La llegada de los vuelos no fue registrada o anotada en los libros. Luego, abordaron unos camiones similares a los utilizados por el Ejército, en

40 Corte IDH, Caso de los 19 Comerciantes *vs.* Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 12 de junio de 2002. Serie C No. 93; Corte IDH, Caso de los 19 Comerciantes *vs.* Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.

41 Corte IDH, Caso “Masacre de Mapiripán” *vs.* Colombia. Excepciones preliminares. Sentencia 7 de marzo 2005. Serie C No. 122; Caso de la “Masacre de Mapiripán” *vs.* Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. Es importante anotar que en este caso, desde la etapa procesal en la que se discutieron las excepciones preliminares, el Gobierno colombiano efectuó el reconocimiento público de su responsabilidad internacional por violación de los derechos humanos y pidió perdón a los familiares de las víctimas por esos hechos.

los cuales se transportaron hasta Mapiripán, sin que fueran detenidos por los puestos de control militar. En el camino se les unieron más miembros de la organización paramilitar. También expuso la Corte que el comandante de la Brigada responsable de la seguridad de la zona fue acusado posteriormente de no haber realizado ninguna actividad para impedir la masacre, a pesar de haber sido puesto en conocimiento de los hechos que estaban ocurriendo en Mapiripán.

La Corte IDH condenó al Estado a realizar las actividades necesarias para individualizar e identificar a las víctimas ejecutadas y desaparecidas, a cancelar las debidas indemnizaciones, a crear un mecanismo oficial de seguimiento del cumplimiento de las reparaciones ordenadas y a construir un monumento apropiado y digno para recordar los hechos de la masacre de Mapiripán. También le ordenó llevar a cabo las diligencias necesarias para activar y culminar la investigación encaminada a determinar los responsables intelectuales y materiales de la masacre, así como las personas cuya colaboración y aquiescencia hicieron posible la comisión de la misma.

La quinta sentencia de la Corte IDH se produjo en el Caso Gutiérrez Soler,⁴² que versó sobre la detención ilegal, maltratos y torturas de las que fue víctima Wilson Gutiérrez Soler por miembros de la Policía Nacional. En esa ocasión, la Corte IDH le ordenó al Estado realizar distintas actividades, entre las cuales se encontraban identificar, juzgar y sancionar a los responsables de estos hechos; brindarle tratamiento psicológico y psiquiátrico a la víctima y a sus familiares; garantizar la vida, integridad y seguridad de todos ellos y cancelar las respectivas indemnizaciones.

La Corte también declaró la responsabilidad del Estado colombiano en los casos referidos a las masacres de Pueblo Bello e Ituango. En el primero de ellos, la Masacre de Pueblo Bello,⁴³ la Corte encontró que, el 14 de enero de 1990, aproximadamente 60 miembros de una organización paramilitar irrumpieron de manera violenta en el corregimiento de Pueblo Bello, saquearon algunas viviendas y golpearon a sus habitantes. Luego, llevaron a la plaza a muchos de los hombres y, con base en una lista, secuestraron a 43 de ellos. A pesar de que las personas fueron trasladadas por una zona “declarada de emergencia

42 Corte IDH, Caso Gutiérrez Soler *vs.* Colombia. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132. También en este caso el Estado colombiano reconoció públicamente su responsabilidad.

43 Corte IDH, Caso Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, y Caso de la Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia. Interpretación de la Sentencia, Fondo, Reparaciones y Costas (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 159.

y de operaciones militares”, los camiones en que iban nunca fueron detenidos por los retenes ubicados en la zona. Los secuestrados fueron trasladados a una finca donde fueron cruelmente torturados hasta su muerte.

En el Caso de las Masacres de Ituango,⁴⁴ la Corte IDH estableció que, en los primeros meses de 1996, desde distintos sectores de la sociedad se informó a la Fuerza Pública sobre la posibilidad de una incursión paramilitar en Ituango. A pesar de ello, el 10 de junio de 1996, el Comando del Batallón Girardot dio la orden de retirar la mayoría de las unidades que operaban en la zona y desplazarlas a veredas alejadas del corregimiento La Granja. Al día siguiente, un grupo de paramilitares llegó a este corregimiento y perpetraron una cadena de ejecuciones selectivas, sin que los miembros de la Fuerza Pública adoptaran medida alguna para detenerlos.

La Corte IDH constató también que, luego de lo sucesos de La Granja, los habitantes del municipio y las organizaciones de derechos humanos le solicitaron a las autoridades que adoptaran medidas para garantizar la vida y la integridad de la población civil de la zona. A pesar de ello, entre los días 22 de octubre y 12 de noviembre del año 1997 tuvo lugar una nueva incursión paramilitar, ahora en el corregimiento del Aro, en el curso de la cual fueron asesinadas casi veinte personas y fue destruido e incendiado la mayor parte del casco urbano del corregimiento.

En los dos casos, la Corte IDH declaró que el Estado había violado distintos derechos de las víctimas, por haber faltado a los deberes de prevención, protección e investigación a los que el país está obligado convencionalmente. Entre las órdenes impartidas al Estado se encuentran las de indemnizar a las víctimas y realizar las respectivas investigaciones para determinar la responsabilidad de todos los participantes en la masacre, al igual que la responsabilidad de aquellos que hubieran sido responsables por incumplir, por acción u omisión, la obligación estatal de garantizar los derechos violados. La Corte IDH también le ordenó al Estado que buscara e identificara a las víctimas desaparecidas, con el fin de poder entregar sus restos a los familiares, y que realizara las acciones necesarias para garantizarle condiciones de seguridad a todas las personas desplazadas que quisieran regresar tanto a Pueblo Bello como a Ituango. Adicionalmente, decidió que el Estado debía realizar en los dos casos un acto público de disculpa y reconocimiento de responsabilidad internacional. De la misma manera,

44 Corte IDH, Caso de las Masacres de Ituango *vs.* Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148. También en este caso el Estado colombiano hizo un reconocimiento público de su responsabilidad internacional.

en el caso de Pueblo Bello le ordenó construir, en el plazo de un año, un monumento apropiado y digno; y en el caso de las masacres de Ituango fijar una placa en un lugar público en cada uno de los corregimientos de La Granja y El Aro para recordar los hechos de estas masacres.

Para finalizar, en 2007, la Corte IDH se pronunció sobre dos casos. En el primero determinó condenar al Estado por los hechos conocidos como la Masacre de la Rochela,⁴⁵ ocurrida en 1989, cuando un grupo paramilitar retuvo y, posteriormente, asesinó a la mayoría de los miembros de una comisión judicial que se encontraba adelantando, entre otras, la investigación de la masacre de los 19 comerciantes. Únicamente tres de los quince funcionarios sobrevivieron. En la sentencia se determinó que los crímenes habían sido cometidos con la cooperación y aquiescencia de agentes estatales.

Durante el proceso, el Estado reconoció su responsabilidad internacional por no haber dispuesto las medidas necesarias para proteger y garantizar la vida e integridad de los funcionarios judiciales. También reconoció su responsabilidad internacional por cuanto existía impunidad parcial en la investigación y juzgamiento de todos los responsables de la masacre.

Es importante destacar que en este fallo la Corte sostuvo que la sentencia constituía por sí misma una forma de reparación. En el fallo, la Corte dispuso que el Estado debe indemnizar, en el plazo de un año, a las víctimas sobrevivientes y a los familiares de los miembros fallecidos de la comisión judicial, por los daños materiales y morales sufridos. Igualmente, dispuso que, en un plazo razonable, el Estado debe adelantar y concluir los procesos penales necesarios para conocer la verdad y sancionar a los responsables de los hechos juzgados en este caso. También dispuso una serie de medidas adicionales, entre las cuales se destacan las de que el Estado debe tanto garantizar que los funcionarios judiciales y los operadores de justicia cuenten con un sistema de seguridad y protección adecuados, como asegurar la efectiva protección de los testigos, las víctimas y sus familiares en casos de graves violaciones a los derechos humanos.

Además, la Corte decidió homologar el acuerdo parcial de reparaciones firmado entre el Estado y los representantes de las víctimas. En el acuerdo el Estado se comprometió, entre otras cosas, a ubicar placas conmemorativas en nombre de las víctimas, a informar a través del canal de televisión institucional y de un diario de amplia circulación sobre los hechos ocurridos en esta masacre, a crear una beca dentro de un programa de derechos humanos que evoque la memoria de las

45 Corte IDH, Caso de la Masacre de la Rochela *vs.* Colombia. Sentencia de Fondo y Reparaciones de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

víctimas, etc. Adicionalmente, el Estado se comprometió a remitir a la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación⁴⁶ la sentencia que profiriera la Corte IDH, con el fin de que fuera incluida en el informe sobre paramilitarismo que debe elaborar esta Comisión.

El último pronunciamiento de la Corte IDH, se dio en el Caso Escué Zapata.⁴⁷ El proceso tuvo origen en la detención ilegal, maltrato y posterior ejecución del indígena nasa Germán Escué Zapata, en el año de 1988, por parte de miembros de las fuerzas militares. En el marco del proceso, el Estado reconoció su responsabilidad por esos hechos y por la impunidad presentada.

Como en el caso anterior, la Corte IDH decidió que el Estado debe indemnizar a los familiares de la víctima y brindarles una serie de medidas de reparación. De la misma manera, la Corte IDH ordenó al Estado concluir las investigaciones que lleven a determinar la responsabilidad penal de los miembros del Ejército que participaron en estos hechos. También dispuso que el Estado debía crear un fondo con el nombre la víctima, cuyos recursos debían ser invertidos en obras públicas dentro de la comunidad indígena a la que pertenecía. Finalmente, la Corte IDH ordenó al Estado realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad en el resguardo que habitaba la víctima, con la presencia de las autoridades del Estado, y a publicar apartes del fallo en el *Diario Oficial* y en otro diario de amplia circulación. Además, dispuso que el Estado debe traducir dichos apartados de la sentencia a la lengua de la comunidad indígena de la víctima y publicar también dicha traducción en un diario de amplia circulación de la zona, como medida de satisfacción. Para estas publicaciones el Estado cuenta con un plazo de seis meses, contados desde la notificación de la sentencia.

Ahora bien, teniendo en cuenta el carácter definitivo e inapelable de las sentencias de la Corte IDH y que la supervisión del cumplimiento de sus decisiones hace parte de sus funciones jurisdiccionales, la Corte Interamericana ha proferido resoluciones de cumplimiento de sentencias para tres de estos nueve casos. En las tres resoluciones se

46 Esta Comisión fue creada por la Ley 975 de 2005, mediante la cual “se dicta[ron] disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”. Esta Comisión es un órgano de composición mixta donde participan miembros del Gobierno y representantes de la sociedad civil y de las organizaciones de víctimas. Entre los fines para los cuales fue creada se encuentran el de garantizar y materializar los derechos de las víctimas del conflicto armado a la verdad, la justicia y la reparación en los procesos de esclarecimiento judicial, y el de presentar un informe sobre la violencia que ha azotado al país en las últimas décadas.

47 Corte IDH, Caso Escué Zapata *vs.* Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165.

exhorta al Estado para que dé estricto cumplimiento a todos y cada uno de los puntos expuestos en la parte resolutive de las respectivas sentencias. Así, en la Resolución de supervisión del Caso Caballero Delgado y Santana,⁴⁸ la Corte IDH encontró que el Estado colombiano solo había cumplido parcialmente sus órdenes y lo exhortó para que tomara las medidas necesarias para cumplir integralmente con lo dispuesto en las sentencias de fondo y sobre reparaciones. Luego, en la Resolución de supervisión del Caso Las Palmeras⁴⁹ la Corte requirió al Estado para que adoptara todas las medidas necesarias para realizar las reparaciones ordenadas en la sentencia de fondo que estaban pendientes de cumplimiento. Finalmente, en la Resolución de supervisión del Caso de los 19 Comerciantes⁵⁰ se requirió al Estado para que cumpliera con la orden dada en la sentencia de fondo de erigir un monumento como mecanismo de reparación a las víctimas. También se instó al Estado para que adelantara las investigaciones necesarias para encontrar los responsables de los hechos tal y como lo dispone el fallo.

A la fecha de elaboración de este texto, el estado actual de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH es el siguiente, de acuerdo con la información suministrada por la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores:⁵¹

- En el caso Caballero Delgado y Santana, se cancelaron en su totalidad las indemnizaciones y costas ordenadas por la Corte IDH. Sin embargo, aún está pendiente la búsqueda de los restos mortales de las víctimas y la investigación penal no ha arrojado responsables sobre las violaciones ocurridas.
- En el caso Las Palmeras, en el año 2005 se cancelaron las costas e indemnizaciones ordenadas por la Corte. También se realizaron las publicaciones ordenadas en el fallo, se dictaron tres condenas penales por los hechos ocurridos y se entregaron a su familia los restos mortales de una de las víctimas. Todavía se encuentra pendiente la búsqueda de una persona.
- En el caso de los 19 Comerciantes, en el año 2006 se canceló la totalidad de las sumas debidas. Dado que la justicia penal militar ab-

48 Caso Caballero Delgado y Santana *vs.* Colombia. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2003.

49 Caso Las Palmeras *vs.* Colombia. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 2004.

50 Corte IDH, Caso 19 Comerciantes *vs.* Colombia. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de febrero de 2006.

51 Respuesta a un derecho de petición, mediante el oficio DDH.GOI 15665/0763 del 29 de marzo de 2007 (ver Anexo 1).

solvió a los militares acusados por estos hechos, actualmente cursa en la Corte Suprema de Justicia una acción de revisión contra estas decisiones. El Gobierno realizó un acto público de reconocimiento de culpabilidad. Ya existe un acuerdo sobre el lugar donde se erigirá el monumento, pero resta definir las características y dimensiones del mismo. A pesar de que se han realizado gestiones, todavía no se ha dado cumplimiento a lo referido a los procedimientos médicos y psicológicos que deben recibir los familiares de las víctimas. Tampoco ha sido posible encontrar los restos de las víctimas.

- Las condenas del caso de la Masacre de Mapiripán se han ido cumpliendo de manera paulatina. En una separata del diario de más amplia circulación en el país se publicó la parte resolutive de la sentencia. En el marco de las búsquedas ordenadas por la Corte, la Fiscalía ha encontrado algunos restos mortales. Está pendiente el hallazgo de otros. Se tiene presupuestado cancelar las indemnizaciones y costas en 2007. Se están adelantando los trámites para realizar distintas capacitaciones en el campo de los derechos humanos. Es importante anotar que a raíz de este caso se creó un mecanismo oficial de seguimiento del cumplimiento de las reparaciones ordenadas en esta sentencia. A través de este mecanismo se está impulsando la individualización de las víctimas de la masacre. También se está coordinando lo necesario para la prestación de los servicios de atención médica, psicológica y psiquiátrica y para la iniciación de la construcción del monumento conmemorativo ordenado por la Corte.
- En el Caso Gutiérrez Soler se canceló la totalidad de las sumas determinadas en el fallo de la Corte IDH y se realizaron las publicaciones ordenadas en un periódico de amplia circulación nacional. Se interpuso una acción de revisión contra la sentencia penal que absolvió a los presuntos autores de las torturas. Se están adelantando los trámites para realizar distintas capacitaciones en el campo de los derechos humanos. Dado que la víctima y sus familiares abandonaron el país por razones de seguridad, existen dificultades para cumplir con la orden de prestarles los servicios de atención médica, psicológica y psiquiátrica.
- Finalmente, aún no se han adoptado las medidas ordenadas por la Corte IDH en la parte resolutive de las sentencias sobre los casos de las Masacres de Pueblo Bello e Ituango. No obstante, el Gobierno plantea que se encuentra realizando las gestiones necesarias para dar cumplimiento a las medidas de reparación.

Es importante anotar que varias de las órdenes dictadas en las sentencias sobre las Masacres de Pueblo Bello e Ituango eran de cumplimiento inmediato y que, por lo menos en el caso de Pueblo Bello,

algunos plazos ya se han vencido sin que estas se hayan cumplido. Por este motivo, parece necesario tomar medidas para impedir que se repita esta situación en el cumplimiento de las sentencias que condenaron al Estado por la Masacre de la Rochela y por la detención ilegal y posterior asesinato del indígena Germán Escué Zapata.

Además, es importante insistir en que las obligaciones del Estado no se limitan a satisfacer las condenas pecuniarias que se desprenden de los fallos. En este sentido, es imperioso que el Estado asuma como un imperativo el cumplimiento de las medidas de carácter simbólico ordenadas en las sentencias, incluidas las garantías de no repetición, pues ellas también hacen parte del contenido del derecho de las víctimas a la reparación.

2. La Ley 288 de 1996: su contenido y resultados

Como se señaló atrás, no está en discusión la obligación del Estado colombiano de cumplir las sentencias de la Corte Interamericana. Sin embargo, existe una amplia controversia —nacional e internacional— acerca de cuál es el grado de obligatoriedad de las decisiones de los órganos cuasijudiciales del derecho internacional de los derechos humanos. Este debate se extiende a las recomendaciones formuladas por la CIDH y el Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (en adelante Comité DH), en los informes de fondo que cada uno de estos órganos emite en el trámite de los casos contenciosos iniciados a partir de quejas individuales.

En nuestro país esta polémica se resolvió a favor de la obligatoriedad de estas decisiones con la expedición de la Ley 288 de 1996 “[p]or medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos”.⁵² La ley surgió de una iniciativa del Gobierno Nacional encaminada a definir un mecanismo legal que autorizara al Estado colombiano a indemnizar a las víctimas de violaciones de derechos humanos cuando la CIDH y el Comité DH así lo determinaran en sus decisiones.

El proyecto de ley fue presentado en un contexto en el que el compromiso de Colombia con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos estaba siendo fuertemente cuestionado. Para ese momento (1995), la CIDH ya había concluido en once pronunciamientos que el Estado colombiano incumplía sus obligaciones

52 El texto de la ley se encuentra en el *Diario Oficial*, núm. 42.826, de 9 de julio de 1996. También se puede hallar en la página www.secretariassenado.gov.co

internacionales en materia de derechos humanos, mientras que el Comité DH había definido lo mismo en cinco oportunidades, aunque solamente dos de las decisiones de este último exigían el pago de indemnizaciones. Como se manifestaba en la exposición de motivos, hasta entonces “ninguna de las trece decisiones referentes al pago de indemnizaciones ha[bía] sido cumplida...”. Ello había conducido a la CIDH a manifestar, en su “Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia”, de 1993, su preocupación por cuanto, “pese al tiempo transcurrido, hasta el momento no se percibe solución al pago de indemnización (es) a que se ha hecho referencia, y el Gobierno de Colombia tampoco parece haber efectuado gestiones tendientes a lograr una adecuación de su legislación interna a las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos...”. Por eso, en el mismo Informe, la CIDH reiteraba su preocupación, en razón a que el Gobierno de Colombia había hecho “caso omiso de tales recomendaciones y por tal motivo lo exhorta[ba], nuevamente, para que les [diera] cumplimiento”.⁵³

En la exposición de motivos del proyecto, el Gobierno sostuvo que aunque las decisiones de la CIDH y del Comité DH “carecen del carácter de sentencias [...] son en todo caso obligatorias para los Estados, al tenor de los respectivos instrumentos internacionales y de los desarrollos de la práctica internacional”. Luego, manifestó que, por lo general, en esos pronunciamientos no se definía la cuantía de

53 En la exposición de motivos se dice al respecto: “La renuencia de Colombia a cumplir las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y del Comité del Pacto ha sido divulgada a nivel mundial en diferentes informes de organismos de derechos humanos y ha sido tomada como una expresión de su falta de compromiso en la protección de los derechos fundamentales y en la lucha contra la impunidad.// Procurando enfrentar esta situación, en la 48ª. reunión de la Comisión Interamericana, celebrada en Washington a finales de febrero de 1994, el Gobierno Nacional asumió el compromiso de presentar a la consideración del Congreso de la República un proyecto de ley referente al pago, con cargo al Presupuesto Nacional, de las indemnizaciones a que hagan referencia los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre casos concretos de violación de tales derechos” (*Gaceta del Congreso*, núm 134, junio 7 de 1995, pp. 2-3).

Luego, en el debate sostenido en la Plenaria del Senado manifestaba el ponente: “...como estos pronunciamientos no tienen exactamente el carácter de sentencia, sino que doctrinariamente están reconocidos como pronunciamiento de órganos semijurisdiccionales, hay que crear el mecanismo jurídico para que Colombia pueda cumplir, si no, no solo estamos incumpliendo un deber moral y jurídico del Estado colombiano, sino además [...] corremos los riesgos de todo tipo de sanciones no tanto jurídicas sino comerciales, internacionales. Usted sabe muy bien que en el último recorrido que hizo el Presidente Samper por Alemania, la pregunta siempre era, por qué Colombia continúa desatendiendo las recomendaciones y los pronunciamientos expresos que en 13 casos han hecho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité del Pacto” (*Gaceta del Congreso*, núm. 381 del 7 de noviembre de 2005, p. 3).

las indemnizaciones ni los beneficiarios de ellas, razón por la cual era necesario crear un procedimiento para establecer estos dos elementos de la obligación. Además, indicó que de todas formas, la legislación del momento no permitía pagar las indemnizaciones ordenadas, por cuanto “no puede ser incluida en la ley de aprobaciones partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido o a un gasto decretado conforme a ley anterior”.⁵⁴ Así las cosas, afirmaba que el proyecto de ley se proponía diseñar un mecanismo legal expedito que permitiera cumplir con la orden de indemnizar a las víctimas de las violaciones de derechos humanos determinadas por los dos órganos internacionales de derechos humanos.

La ley define que el Gobierno debe pagar las indemnizaciones de los perjuicios causados por violaciones de los derechos humanos que se hubieran declarado en el pasado y se declararán en el futuro por parte de la CIDH y el Comité DH. Para ello creó un Comité, integrado por el Ministro del Interior, el Ministro de Justicia (actualmente los dos Ministerios están fusionados en el Ministerio del Interior y de Justicia), el Ministro de Relaciones Exteriores y el Ministro de Defensa Nacional. A este Comité deberán presentarse para su consideración las decisiones previas, escritas y expresas de la CIDH y el Comité DH, en las que se establezca que en un caso concreto el Estado colombiano ha incurrido en violaciones de derechos humanos y se disponga la indemnización de los correspondientes perjuicios. El Comité dispone de 45 días a partir de la notificación oficial del pronunciamiento del órgano internacional para determinar si emite un concepto favorable al cumplimiento de la decisión del Comité DH o de la CIDH.

En los casos en los que el Comité considere que no se reúnen “los presupuestos de hecho y de derecho establecidos en la Constitución Política y en los tratados internacionales aplicables” podrá emitir un concepto desfavorable. En esas ocasiones, deberá comunicar esta situación al Gobierno Nacional “para que presente la demanda o interponga los recursos del caso contra la aludida decisión ante órgano internacional competente, si lo hubiere”. La Ley dispone que, en todo caso, el concepto debe ser favorable “si no existe una segunda instancia prevista en el tratado internacional aplicable o se hubiere agotado el término para impugnar la decisión”.

Cuando el Comité emite concepto favorable al cumplimiento de la decisión del órgano internacional, el Gobierno Nacional debe solicitar una audiencia de conciliación ante el agente del Ministerio Público adscrito al Tribunal Contencioso Administrativo que es competente

54 *Gaceta del Congreso*, núm. 134, pp. 2-3.

para dirimir la controversia objeto de la conciliación. Una vez recibida la solicitud, el agente del Ministerio Público deberá citar a los interesados con el fin de que demuestren su legítimo interés en el proceso y la cuantía de los perjuicios. En la audiencia de conciliación únicamente se discutirá el valor de la indemnización, para cuya tasación se aplicarán los criterios vigentes en la jurisprudencia nacional. El acta de conciliación es presentada entonces al magistrado correspondiente del Tribunal para que este decida si la aprueba. En caso de que la apruebe, el auto aprobatorio de la conciliación tiene los alcances de un crédito judicialmente reconocido y efectos de cosa juzgada. Si el magistrado desaprueba los términos de la conciliación, los interesados podrán reformularla ante él, para solicitarle que la admita. En el evento de que no se llegue a un acuerdo, los interesados pueden acudir ante el Tribunal Contencioso Administrativo competente, para tramitar ante él la liquidación de perjuicios.

Finalmente, importa anotar que el pago de las indemnizaciones por parte del Estado lo autoriza para repetir contra los agentes que hubieren provocado los hechos generadores de estas. Además, el Gobierno debe remitir copia de toda la actuación a la CIDH o al Comité DH, con el fin de poner en su conocimiento las actuaciones realizadas para el pago de las indemnizaciones dispuestas por estos órganos.

Desde la entrada en vigencia de esta ley, el Comité de Ministros se ha pronunciado en veintitrés ocasiones sobre decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y en trece oportunidades sobre decisiones del Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. El sentido de sus pronunciamientos se discrimina de la siguiente manera:⁵⁵

Decisiones de la CIDH		Decisiones del Comité DH	
Concepto favorable	Se abstiene de emitir concepto favorable*	Concepto favorable	Se abstiene de emitir concepto favorable*
21	2	7**	7**

* El Comité de Ministros manifiesta en algunos casos que “emite concepto desfavorable” y en otros que “se abstiene de emitir concepto favorable”.

** Frente a un caso, el Comité de Ministros emitió concepto favorable respecto de unas víctimas, y concepto desfavorable frente a otras.

En su decisión sobre la comunicación 612 de 1995 del Comité DH, el Comité de Ministros emitió concepto favorable respecto de José Vicente Villafaña Chaparro y Amado Villafaña Chaparro, y concepto desfavorable respecto de los líderes indígenas arhuacos Luis Napoleón Torres Crespo, Ángel María Torres Arroyo y Antonio Hughes Chaparro Torres.

55 Información suministrada por la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores en respuesta a un derecho de petición, el 15 de febrero de 2007. Oficio DDH.GOI No. 6970/0369 (ver Anexo 2).

Tal como lo señala la Ley, en principio, el Comité de Ministros debe en todos los casos emitir concepto favorable a la indemnización de perjuicios de las víctimas. Solo cuando concurre una de las siguientes causales puede abstenerse de hacerlo: i) cuando la CIDH o el Comité DH no se ha manifestado en su decisión sobre la obligación del Estado de indemnizar a las víctimas; o ii) cuando no se dan los presupuestos de hecho o de derecho contemplados en la Constitución Política y en los tratados internacionales.

Como se observó, en nueve de los treinta y seis casos que ha conocido, el Comité se ha abstenido de emitir un concepto favorable para el pago de la indemnización. En seis ocasiones el Comité de Ministros se ha abstenido de rendir un concepto favorable con el argumento de que el órgano de derechos humanos respectivo no se manifestó sobre el pago de una indemnización. En dos oportunidades el Comité sostuvo simplemente que en tales casos no se reúnen los presupuestos de hecho y de derecho necesarios para poder ordenar el pago de la indemnización, y en el último expresó que no compartía la posición del Comité DH.

Decisiones de la CIDH		Decisiones del Comité DH	
La decisión no establece el deber de indemnizar	No se reúnen los presupuestos de hecho o de derecho o discrepa de decisión	La decisión no establece el deber de indemnizar	No se reúnen los presupuestos de hecho o de derecho o discrepa de decisión
2	0	4	3

3. Los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el valor de las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos⁵⁶

Desde su creación, la Corte Constitucional ha recurrido de manera constante a los pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos para fundamentar sus decisiones. Por eso es usual observar sentencias en las que se mencionan observaciones o recomendaciones generales de los distintos comités de derechos humanos, pronunciamientos de los mismos sobre casos individuales, informes de los relatores especiales o los grupos de trabajo, etc. La jurisprudencia acerca de cuál es el papel y el valor de los pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos para el ordenamiento

⁵⁶ Para este aparte nos fueron muy útiles las informaciones y observaciones que nos aportaron Mónica Arango, Mauricio Albarracín, Alejandro Gómez y Alejandra Reyes.

jurídico colombiano ha sufrido variaciones. También se ha concedido un valor distinto a las diferentes clases de pronunciamientos, tal como se expone a continuación.⁵⁷

3.1. La regla general: las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos constituyen un criterio de interpretación relevante

Durante varios años la Corte utilizó los pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos como elementos para fundamentar sus decisiones, sin precisar el valor de esos pronunciamientos para su jurisprudencia. Empero, con el tiempo, en algunas de sus sentencias la Corte empezó a indicar de manera expresa que algunos de esos pronunciamientos tenían un carácter vinculante para el Estado colombiano. Así lo hizo en la sentencia C-408 de 1996, en la cual se hizo el control previo de constitucionalidad de la Convención Interamericana para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Allí se expresó lo siguiente en relación con una norma de la misma que establecía que los Estados Partes y la CIDH podrían acudir a la Corte IDH para solicitarle una opinión consultiva sobre la interpretación de la Convención:

Igualmente, en nada vulnera la soberanía que nuestro país admita que se requiera a la Corte Interamericana para que emita opiniones consultivas relacionadas con los alcances de la Convención (art. 11), pues si ese tribunal es el máximo intérprete judicial de los alcances de los tratados de derechos humanos adoptados en el marco de la Organización de Estados Americanos, es lógico que nuestro país acoja sus criterios jurisprudenciales, tanto en los casos contenciosos como consultivos, pues la propia Constitución señala que los derechos y deberes deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93). En ese orden de ideas, si Colombia ya ha ratificado la Convención Interamericana y ha aceptado como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de los tratados de

57 Es importante anotar que la Corte Constitucional emite sentencias de constitucionalidad y de tutela, las cuales se identifican, respectivamente, con las letras C y T. Las sentencias de constitucionalidad son dictadas por la Sala Plena de la Corte, es decir, por los nueve magistrados integrantes de la Corporación. Por su parte, las sentencias de tutela son proferidas por las distintas Salas de Revisión, las cuales se componen de tres magistrados. En algunas ocasiones, la Sala Plena de la Corte emite sentencias de unificación en tutela, con el fin de unificar la jurisprudencia de las distintas salas de revisión de tutela o de sentar doctrina sobre un tema especialmente sensible. Estas sentencias se identifican con las letras SU. Por todo lo anterior, las decisiones de constitucionalidad o las sentencias de unificación son consideradas como jurisprudencia de la Corte, mientras que las decisiones de tutela constituyen en realidad jurisprudencia de la respectiva sala de revisión de tutelas.

derechos humanos (art. 62), es razonable que Colombia acepte que ese tribunal sea también el máximo intérprete internacional del presente tratado.

Este planteamiento fue reforzado en la sentencia C-481 de 1998, que resolvió una demanda contra una norma del Estatuto Docente que contemplaba el homosexualismo como una causal de mala conducta. En la providencia se concluyó que la disposición era inconstitucional, por cuanto violaba la Constitución y los tratados de derechos humanos. En aquella ocasión se expresó que los pronunciamientos de los tribunales internacionales creados por los tratados de derechos humanos tenían un carácter vinculante para el Estado colombiano:

Por su parte, y más importante aún, a conclusiones similares ha llegado el Comité de Derechos de Humanos de Naciones Unidas, que constituye el intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que fue aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968. La doctrina de este Comité es entonces vinculante en el ordenamiento colombiano pues esta Corte ya había señalado que, en la medida en que el artículo 93 establece que los derechos constitucionales se interpretarán de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93), es lógico que nuestro país acoja los criterios jurisprudenciales de los tribunales creados por tales tratados para interpretar y aplicar las normas de derechos humanos. Esa doctrina internacional vincula entonces a los poderes públicos en el orden interno.⁵⁸

Posteriormente, en la sentencia T-568 de 1999, en la que se indicó que las recomendaciones proferidas por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, que fueran adoptadas por el Consejo de Administración, obligaban al Estado colombiano, se manifestó que los órganos de control en materia de derechos humanos emiten recomendaciones que en ocasiones son vinculantes. Como ejemplo de recomendaciones vinculantes se presentaron las de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La posición empezó, sin embargo, a ser atenuada, aunque con algunas vacilaciones, a partir de la sentencia C-010 de 2000, en la cual se decidió sobre una demanda de inconstitucionalidad entablada contra una serie de normas que regulaban la transmisión de programas por los servicios de radiodifusión. En la sentencia se expresó que para resolver los problemas planteados en la demanda era importante acudir a la doctrina elaborada por la Corte IDH, pero porque ella constituía un criterio de interpretación relevante, que debía ser tenida en cuenta para la definición del problema jurídico —y no porque fuera obligatoria para el Estado colombiano—:

58 Ver sentencia C-408 de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No. 24.

7- Directamente ligado a lo anterior, la Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.⁵⁹

No obstante, la anterior postura continuó ejerciendo influencia en la jurisprudencia de la Corte por algún tiempo. Así, en la sentencia T-1319 de 2001, que versó sobre una acción de tutela instaurada contra un periodista deportivo al que se acusaba de vulnerar el buen nombre y la honra de un entrenador de fútbol, se manifestó que la doctrina de los organismos internacionales sobre la libertad de expresión constituía un criterio de interpretación relevante para el caso, pero luego se añadió que ella formaba parte del bloque de constitucionalidad, lo que indicaba que esa jurisprudencia tenía un carácter vinculante:

Por lo expuesto, ha de entenderse que, para efectos del presente caso, el bloque de constitucionalidad relativo a la libertad de expresión ha de estar integrado por las normas internacionales, en particular el Pacto de San José y la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, junto con las interpretaciones que de tales textos han presentado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. También ha de otorgarse un peso distinto a las opiniones, pues la naturaleza judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y su competencia sobre Colombia, implica que sus opiniones, más que tenidas en cuenta, no pueden ser ignoradas internamente.⁶⁰

Sin embargo, en general, se puede afirmar que la posición que impera actualmente es la que establece que las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos constituyen un criterio relevante para el juez, que debe ser tenido en cuenta por los tribunales nacionales para la interpretación de los derechos constitucionales y

59 Ver, entre otras, la sentencia C-406 de 1996.

60 La concepción acerca de la vinculatoriedad de los pronunciamientos de los comités de derechos humanos fue reiterada, haciendo mención expresa de la sentencia T-1319 de 2001, por la sentencia 884 de 2003, en la que se hizo referencia a la Observación General No. 14 del Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa al derecho a la salud.

de las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos.⁶¹

Muy importante en este sentido es la sentencia C-355 de 2006, en la cual se resolvió una demanda de constitucionalidad contra distintas normas del Código Penal referidas al aborto. En la demanda se afirmaba que el Comité de Derechos Humanos, el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer se habían pronunciado en el sentido de que la prohibición absoluta del aborto era violatoria de los Pactos cuyo cumplimiento por parte de los Estados deben supervisar. Con base en lo anterior se manifestaba que, dado que “las opiniones y recomendaciones formuladas por los diversos comités hacen parte del bloque de constitucionalidad”, las disposiciones legales que penalizaban el aborto eran inconstitucionales por vulnerar el bloque de constitucionalidad. En la sentencia, la Corte desestimó el concepto acerca de que los pronunciamientos de los órganos de derechos humanos sean obligatorios y reiteró que ellos constituyen un criterio relevante de interpretación:

A este respecto esta Corporación cree necesario introducir una precisión. En efecto, de conformidad con el artículo 93 constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad bien sea esta figura entendida en sentido estricto o en sentido lato, como se expuso en un acápite precedente de esta decisión, y sin duda la manera como dichos tratados han sido interpretados por los organismos encargados de establecer su alcance resulta relevante al momento de precisar el contenido normativo de sus disposiciones. No obstante, eso no quiere decir que las recomendaciones y observaciones proferidas por estos organismos internacionales se incorporen de manera automática al bloque de constitucionalidad y por tanto se constituyan en un parámetro para decidir la constitucionalidad de las leyes.

En este sentido la Corte Constitucional ha sostenido que “*En virtud del artículo 93 de la C.P., los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia de lo cual se deriva que la jurisprudencia de las instancias interna-*

61 Ver al respecto, por ejemplo, las sentencias C-671 de 2002, en la que se afirmó que “el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, que es el intérprete autorizado del Pacto sobre la materia, y cuyos criterios son entonces relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales (CP art. 93), ha elaborado una amplia doctrina sobre el derecho a la salud”. También la sentencia T-827 de 2004, que versó sobre el derecho a la seguridad social de las personas mayores, en la que se expresó que “constituye un criterio relevante para resolver el presente caso la interpretación que del derecho a la seguridad social de los adultos mayores ha realizado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —intérprete autorizado del Pacto...”. En el mismo sentido, ver las sentencias T-602 y T-859 de 2003 y T-741 de 2004.

*cionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituyen un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”.*⁶² Postura reiterada en numerosas ocasiones,⁶³ que permite concluir, que la jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, cosa diferente a atribuirle a dicha jurisprudencia directamente el carácter de bloque de constitucionalidad.

Adicionalmente, la Corte ha sido enfática en referirse a la *jurisprudencia* proveniente de *instancias internacionales*, alusión que atañe exclusivamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, única instancia judicial del Sistema Interamericano. Por lo tanto, con menor razón podría atribuírsele el carácter de bloque de constitucionalidad a las recomendaciones y observaciones formuladas por otros organismos internacionales que no tienen atribuciones judiciales, lo que no excluye que las recomendaciones y observaciones formuladas por organismos de esta naturaleza puedan ser tenidas en cuenta para interpretar los derechos fundamentales contenidos en la Carta de 1991,⁶⁴ y que su relevancia varíe según sea su naturaleza y función a la luz del tratado internacional correspondiente.

3.2. Los casos en los que las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos son vinculantes

En el punto anterior se concluyó que la jurisprudencia vigente de la Corte Constitucional establece que las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos no son vinculantes, pero sí constituyen un criterio relevante para el juez en su tarea de interpretar los derechos constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos. A pesar de lo anterior, la jurisprudencia ha establecido algunas excepciones para afirmar que algunos pronunciamientos de órganos internacionales de derechos humanos son vinculantes para el Estado colombiano y, por lo tanto, para el Poder Judicial. Esta postura se ha aplicado en relación con las Recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y con las medidas cautelares y provisionales que son dictadas por la CIDH y la Corte IDH, respectivamente. En estos casos, la Corte ha dicho que este tipo de recomendaciones son de obligatorio cumplimiento. También se ha dispuesto que los pronunciamientos de los órganos

62 Sentencia C-010 de 2000.

63 Sentencias C-067/03 y T-1391/01.

64 En la sentencia C-200 de 2002, la Corte Constitucional sostuvo que las recomendaciones de los órganos de control de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia debían ser tenidas en cuenta para interpretar los derechos fundamentales consagrados por la Constitución.

internacionales de derechos humanos pueden dar lugar a la revisión de decisiones judiciales en firme que han puesto fin a procesos penales. A continuación se describirá la línea jurisprudencial existente alrededor de estos puntos.

3.2.1. El carácter vinculante de las recomendaciones de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo

En la sentencia T-568 de 1999 se estudió el caso de un grupo de 209 trabajadores del Sindicato de las Empresas Varias de Medellín que habían sido despedidos luego de que el Ministerio de Trabajo hubiera declarado que el cese de actividades que adelantaban era ilegal, por cuanto el ordenamiento jurídico colombiano prohibía la huelga en los servicios públicos. Todas las acciones judiciales iniciadas en el país por los trabajadores fueron falladas en su contra. En vista de ello, los trabajadores instauraron una queja ante la OIT, bajo la consideración de que el Estado colombiano había incumplido las obligaciones establecidas en los Convenios de la OIT ratificados por Colombia.

En su Informe N° 309 de 1998, el Comité de Libertad Sindical le formuló una serie de recomendaciones al Estado colombiano sobre el asunto. Entre ellas se encontraba la de que

... tome todas las medidas necesarias para que se reintegre en sus puestos de trabajo a los dirigentes sindicales, sindicalistas y trabajadores que fueron despedidos por haber participado en una huelga en la empresa denominada Empresas Varias Municipales de Medellín y si ello no es posible, que se les indemnice de manera completa.

Las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical fueron avalladas por el Consejo de Administración de la OIT.

A renglón seguido el Sindicato instauró una acción de tutela, en la cual solicitó que se ordenara dar cumplimiento a las recomendaciones de los órganos de control de la OIT. La Corte concedió la tutela. En su sentencia estableció que las recomendaciones de los órganos de control de la OIT eran vinculantes para el Estado colombiano, razón por la cual la recomendación emitida en ese caso formaba parte del bloque de constitucionalidad para el análisis del mismo:

... el Comité de Libertad Sindical es un órgano de control de la OIT; confronta las situaciones de hecho que se le presentan o las normas internas de los Estados, con las normas internacionales aplicables según los Tratados ratificados por los Estados involucrados (en este caso, la Constitución de la OIT y los Convenios sobre libertad sindical); luego, formula recomendaciones y las somete al Consejo de Administración [...] ya que este es el órgano que puede emitir recomendaciones de carácter vinculante según las normas que rigen la Organización. En este caso, el Consejo recibió

el informe del Comité y sus recomendaciones, y encontró que el asunto no requería mayor investigación,⁶⁵ ni modificó los textos que se le presentaron; antes bien, los asumió, los incorporó a las actas de la reunión, y los publicó como parte de su informe oficial de esa sesión a la comunidad de Estados miembros;⁶⁶ por tanto, esta recomendación constituye una orden expresa vinculante para el Gobierno colombiano. Colombia está obligada, en virtud de su calidad de Estado Parte del Tratado Constitutivo de la OIT, a acatar las recomendaciones del Consejo de Administración (arts. 24 y ss).⁶⁷

La posición planteada en la sentencia T-568 de 1999 ha sido reafirmada en otras ocasiones por la Corte Constitucional. Así ocurrió en la sentencia T-1211 de 2000, en la cual se decidió una acción de tutela presentada por el sindicato de trabajadores de una aerolínea contra la empresa, por cuanto esta, desde hacía varios años, había dejado de realizar los descuentos de las cuotas sindicales en el pago de la nómina a los trabajadores. En su demanda, el sindicato demostró que el Comité de Libertad Sindical, en el Informe 309 de 1998 y en otros informes posteriores, había resaltado que “la falta de percepción de las cotizaciones sindicales puede causar graves dificultades a las organizaciones sindicales” y, en consecuencia, le había recomendado al Estado colombiano que: “se asegure de que la empresa garantice la retención y el pago de las cuotas sindicales, en la forma prevista en el artículo 400 del Código Sustantivo del Trabajo”.

En la sentencia, la Corte concedió la tutela impetrada después de reiterar el criterio sostenido en la sentencia T-568 de 1999. Por consiguiente, afirmó que “constituye jurisprudencia de la Corporación la fuerza vinculante de las Recomendaciones del mencionado Comité [de Libertad Sindical]. Esto en virtud del llamado bloque de constitucionalidad”.

Igual sucedió en la sentencia T-603 de 2003. La providencia trató sobre el despido de una serie de servidores del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec). A pesar de que los funcionarios estaban amparados por el fuero sindical, su retiro no fue precedido de la autorización judicial que la ley exige. El proceso de reintegro por violación del fuero sindical fue fallado en contra de los funcionarios. También fue declarada improcedente una acción de tutela contra la sentencia laboral.

65 En algunas ocasiones, cuando es necesario aclarar los hechos o investigar el manejo de las normas internas de un Estado, se pasan los casos a las Comisiones de Encuesta que se crean para este efecto.

66 309° Informe del Comité de Libertad Sindical. Oficina Internacional del Trabajo, *Boletín Oficial*, vol. LXXXI, 1998, Serie B, núm. 1.

67 Contra la sentencia de tutela se elevó una solicitud de nulidad, la cual fue rechazada por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

Dados los anteriores hechos, los demandantes decidieron acudir al Comité de Libertad Sindical de la OIT, el cual en el informe 328 de 2002 recomendó:

... en lo que respecta al despido del Sr. Juan de la Rosa Grimaldos y otros dirigentes de la Seccional Medellín alegado por Aseinpec, el Comité pide al Gobierno que tome las medidas necesarias con miras al reintegro de los mismos en sus puestos de trabajo con el pago de los salarios caídos.

La recomendación fue aprobada por el Consejo de Administración. Posteriormente, ante la ausencia de respuestas claras por parte del Estado, el Comité de Libertad Sindical de la OIT reiteró sus recomendaciones en tres informes.

Los demandantes decidieron instaurar una nueva acción de tutela, con la solicitud de que se diera cumplimiento a lo dispuesto por el Comité de Libertad Sindical de la OIT. La Corte concedió el amparo y ordenó los respectivos reintegros. Para ello reiteró los planteamientos elaborados en la sentencia T-568 de 1999. Además, hizo énfasis en que el artículo 26 de la Convención de Viena de los Derechos de los Tratados dispone que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, y que ello implicaba que el Estado colombiano debía cumplir los Convenios 87 y 98 de la OIT sobre libertad sindical y derecho de sindicalización.

Es importante también anotar que en esta sentencia la Corte sostuvo que la acción de tutela era el único medio judicial existente en el orden jurídico interno para lograr el cumplimiento de las recomendaciones de los órganos internacionales de derechos humanos que han sido creados mediante tratados o convenios internacionales debidamente ratificados por Colombia.⁶⁸

También en la sentencia T-979 de 2004 se reafirmó el principio de que las recomendaciones de los órganos de control de la OIT son vinculantes. En esa oportunidad, la tutela trató sobre el despido, en 1993, de 155 trabajadores oficiales vinculados a la Secretaría de Obras Públicas de Neiva, decisión que había sido fundamentada en la disolución y liquidación de esta entidad. Los trabajadores manifestaban que, dada su condición de trabajadores oficiales, debían haber sido incorporados a la entidad que reemplazó a la Secretaría de Obras Públicas, en virtud de su derecho a la sustitución patronal. Sin embargo, los procesos

68 La sentencia contó con un salvamento de voto. En él se resaltó —entre otras cosas— que se había aplicado incorrectamente el precedente sobre las recomendaciones de la OIT, puesto que la sentencia no se había basado en una recomendación definitiva, sino en una que tenía un carácter meramente provisional.

laborales que iniciaron fueron fallados en su contra. Por este motivo, acudieron ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT.

El Comité de Libertad Sindical, en el Informe 319 de 1999, formuló una serie de recomendaciones al Estado colombiano en las que pidió al Gobierno que tomara las medidas necesarias para reintegrar a los trabajadores despedidos o, en caso de que no fuera posible, para que procediera a indemnizarlos. Con fundamento en esta recomendación, el sindicato instauró una acción de tutela para que se hiciera efectiva la recomendación. Sin embargo, la acción fue declarada improcedente. En vista de ello, el Sindicato acudió nuevamente ante el Comité de Libertad Sindical, el cual, durante los años 2000, 2001 y 2002 reiteró la recomendación de noviembre de 1999. Con base en estos nuevos pronunciamientos, y asumiendo que los últimos pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical constituían hechos nuevos, el Sindicato instauró otra acción de tutela para solicitar el cumplimiento de lo dispuesto en estas recomendaciones.

En la sentencia, la Corte insiste en que las recomendaciones definitivas del Comité de Libertad Sindical que han sido adoptadas por el Consejo de Administración son vinculantes para el Estado colombiano. Aclara que es diferente la situación de las recomendaciones provisionales del Comité de Libertad Sindical, pues ellas no son obligatorias para el Estado colombiano. Con base en lo anterior, negó la tutela solicitada, por cuanto las recomendaciones del Comité no tenían un carácter definitivo y no habían sido adoptadas por el Consejo de Administración, y en razón de que no se podía considerar que las recomendaciones del Comité formuladas entre 2000 y 2002 eran hechos nuevos, que permitieran presentar una nueva tutela.⁶⁹

3.2.2. *El carácter vinculante de las medidas cautelares y provisionales dictadas por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Como se explicó anteriormente, la CIDH y la Corte IDH, en ejercicio de sus funciones, solicitan a los Estados la adopción de medidas inmediatas con el fin de proteger los derechos humanos de ciertas personas y la integridad misma de los procedimientos adelantados ante ellas. Pues bien, la Corte Constitucional también ha declarado que el mecanismo judicial para exigir el cumplimiento de esas medidas decretadas por la CIDH y la Corte IDH es la acción de tutela, dado que estas medidas persiguen la protección de derechos fundamentales. Por este motivo,

69 Contra la sentencia se elevó una solicitud de nulidad, la cual fue rechazada por la Sala Plena de la Corte mediante el Auto 164 de 2005.

ha sostenido la jurisprudencia constitucional que las medidas cautelares y las medidas provisionales ingresan directamente al ordenamiento jurídico interno, con lo cual adquieren un carácter vinculante. Esta conclusión ha sido corroborada en varios pronunciamientos.

En la sentencia T-558 de 2003, la Corte Constitucional estudió el caso de una señora que había solicitado a la CIDH que dictara medidas de protección en su favor y en el de su familia, luego de que uno de sus hijos hubiera sido desaparecido. La CIDH le solicitó en dos ocasiones al Estado colombiano que adoptara las medidas necesarias para garantizar la vida e integridad de la familia de la actora. Luego, la actora acudió a la acción de tutela, bajo la consideración de que el Estado colombiano no había realizado las acciones necesarias para hacer efectivas las medidas cautelares solicitadas por la CIDH.

La Corte Constitucional concedió el amparo impetrado. En la sentencia señaló que la acción de tutela era procedente para solicitar la debida ejecución de medidas cautelares solicitadas por la CIDH. También manifestó que el nuevo reglamento de la Comisión establece que, en caso de gravedad y urgencia, y cuando apareciere necesario, la Comisión puede solicitarle a un Estado que adopte medidas cautelares para evitar daños irreparables en los derechos de las personas. A continuación, señaló que el principio de buena fe exigía que las medidas cautelares se incorporaran de manera automática en el ordenamiento jurídico interno, máxime si se tenía en cuenta que persiguen la protección de los derechos de personas determinadas:

Así pues, las medidas cautelares adoptadas por la CIDH se incorporan de manera automática al ordenamiento jurídico interno. En cuanto a los efectos jurídicos de las mismas, la Corte Constitucional no había tenido ocasión, hasta el momento, de pronunciarse en la materia...

Así las cosas, considera la Sala de Revisión que dado que el Estado colombiano es Parte en el Pacto de San José de Costa Rica, la medida cautelar debe ser examinada de buena fe por las autoridades públicas internas. Además, por sus particulares características procesales y los fines que pretenden alcanzar, su fuerza vinculante en el derecho interno va aparejada del cumplimiento de los deberes constitucionales que están llamadas a cumplir las autoridades públicas colombianas, en los términos del artículo 2 Superior. En otros términos, independientemente que con la medida cautelar se pretenda proteger alguno de los derechos humanos que aparecen recogidos en los instrumentos internacionales relacionados en el artículo 23 del Reglamento de la CIDH,⁷⁰ que con el cumplimiento

70 Santoscoy, B., *La Comisión Interamericana des Droits de l'Homme et le développement de sa compétence par le système des pétitions individuelles*, Paris, LGDJ, 1995, p. 15.

de las mismas el Estado colombiano esté ejecutando sus obligaciones internacionales, y por supuesto, al margen de la discusión sobre su carácter vinculante o no, la ejecución interna de las mismas se encamina simplemente a hacer efectivos los deberes de respeto y protección de los derechos fundamentales que tienen asignados, en virtud de la Constitución, las diversas autoridades públicas colombianas.

Aunado a lo anterior, es necesario tomar en consideración que las medidas cautelares aluden no a situaciones generalizadas de violaciones de los derechos humanos en un Estado sino a casos concretos, particularizados, con beneficiarios determinados, que apuntan a salvaguardar los derechos a la vida e integridad personal de estos, razón por la cual, no es de recibo el argumento de que el Estado destinatario de las medidas cautelares goce de absoluta liberalidad para cumplir o no lo decidido por la CIDH, tanto menos y en cuanto el otorgamiento de aquellas no constituye prejuicio sobre el fondo de la cuestión.

La sentencia T-786 de 2003 trató sobre un caso similar. La acción de tutela fue instaurada por una persona que había denunciado ante la CIDH la detención y desaparición de un hermano. La actora manifestaba que luego de que ella hubiera acudido ante la CIDH, otro hermano suyo había sido asesinado y uno más desaparecido. También fue asesinada la directora de una ONG que la asesoraba. En vista de ello, la CIDH dictó medidas cautelares a favor de la actora, de su familia y de la ONG. La actora acudió a la tutela para exigir que el Estado colombiano cumpliera con las medidas cautelares ordenadas.

En su sentencia, la Corte reiteró y amplió lo manifestado en la sentencia T-558 de 2003. Al respecto expresó que “no es facultativo del Estado colombiano determinar si acata o no una medida [dictada] por un órgano al cual él, mediante el reconocimiento de la Carta de la Organización de Estados Americanos y la ratificación de la Convención, le atribuyó competencia”. Además manifestó que el incumplimiento de las medidas comportaba la violación de obligaciones internacionales, además del derecho de la actora al debido proceso. Por lo tanto, aseguró que las medidas cautelares ordenadas por la CIDH son vinculantes para el Estado colombiano:

Si las medidas cautelares están consagradas como una de las competencias de la Comisión Interamericana de las cuales puede hacer uso para la efectiva protección de los Derechos Humanos consagrados en la Convención, y son desarrollo de la Convención Americana de Derechos Humanos, al hacer esta última parte del bloque de Constitucionalidad sí tienen vinculatoriedad en el ordenamiento interno.

A través de la Ley 288 de 1996 se reconoció la vinculatoriedad de las indemnizaciones decretadas por la Comisión o la Corte Interamericanas de Derechos Humanos y se estableció un procedimiento para su efectivización a nivel interno. Siguiendo la vinculatoriedad que esta ley establece

para las órdenes de indemnización por vulneración de Derechos Humanos, en consonancia con lo expuesto en el párrafo anterior, se puede afirmar que las medidas cautelares son claramente vinculantes en el orden interno.⁷¹

Finalmente, en la sentencia T-327 de 2004 se manifestó que también las medidas provisionales solicitadas por la Corte IDH eran vinculantes para el Estado colombiano. La acción de tutela había sido instaurada para solicitar la protección de un grupo de personas que hacían parte de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, por cuanto el demandante consideraba que sus derechos fundamentales habían sido puestos en peligro por la Brigada del Ejército Nacional presente en la zona. La Corte encontró que, años atrás, la Corte IDH le había solicitado al Estado colombiano que adoptara medidas provisionales a favor de los miembros de la Comunidad de Paz, para que se protegiera su vida e integridad personal. Por lo tanto, luego de reiterar lo establecido en la sentencia T-558 de 2003 ordenó que se diera cumplimiento a las exigencias impuestas al Estado colombiano a través de la resolución de la Corte IDH en la que solicitó adoptar medidas provisionales a favor de los miembros de la Comunidad de Paz.

Este aparte podría llevar a la conclusión de que la Corte ha considerado que los pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos sobre casos particulares son vinculantes. Sin embargo, esta apreciación es desmentida por la sentencia T-385 de 2005, en la cual se decidió que a la Corte Constitucional no le correspondía ordenar el cumplimiento de una decisión del Comité DH sobre una queja individual. La acción de tutela fue presentada por una persona que, en 1988, había sido objeto de un atentado en Colombia y se había refugiado en el extranjero. Él acudió al Comité de DH, el cual adoptó, en el año 2002, una Recomendación en la cual concluía que el Estado colombiano había vulnerado distintos derechos contemplados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En consecuencia, el Comité determinó que el Estado colombiano “tiene la obligación de proporcionar al Sr. Luis Asdrúbal Jiménez Vaca un recurso efectivo, que incluya una indemnización y de adoptar medidas adecuadas para proteger su seguridad personal y su vida, de manera que sea posible

71 También, en la sentencia T-524 de 2005 se reiteró que las medidas cautelares decretadas por la CIDH son vinculantes para el Estado colombiano y que la acción de tutela es procedente para exigir su cumplimiento. La demanda de tutela había sido entablada por una persona que consideraba que el Estado no había cumplido con las obligaciones que le correspondían por causa de las medidas cautelares que había dictado la CIDH en su favor. La Corte concluyó que, si bien las instituciones obligadas habían realizado algunas tareas en cumplimiento de la solicitud de medidas cautelares, ellas no habían sido suficientes para garantizar la protección del actor.

su regreso al país". También instó al Estado colombiano para que realizara "investigaciones independientes sobre el atentado y a acelerar las actuaciones penales contra las personas responsables del mismo".

Con base en la anterior decisión, el ciudadano colombiano acudió al mecanismo contemplado en la Ley 288 de 1996 para que se hiciera efectivo el dictamen del Comité DH. Sin embargo, el Comité de Ministros emitió un concepto desfavorable y sugirió impugnar la decisión. Por esta razón, el Ministerio de Relaciones Exteriores le solicitó al Comité la reconsideración y revisión de su dictamen, por razones de procedimiento y de fondo.

El ciudadano acudió entonces a la acción de tutela para solicitar que se ordenara el cumplimiento inmediato de la Recomendación proferida por el Comité DH. Añadió que, de acuerdo con el Protocolo Facultativo del PIDCP, contra el dictamen del Comité DH no existía ningún recurso. En su sentencia la Corte reiteró lo expresado en la providencia T-558 de 2003 acerca del cumplimiento de las medidas cautelares de la CIDH. Luego, expresó que "las observaciones que profiera el Comité de Derechos Humanos deben observarse y ejecutarse por el Estado parte de buena fe, y es del resorte del juez constitucional pronunciarse sobre la existencia de una amenaza o violación de los derechos fundamentales cuando las circunstancias que subyacen a las recomendaciones internacionales ameriten su intervención". Empero, negó la solicitud del actor con la siguiente afirmación:

4.2. Partiendo de las pretensiones del actor, observa la Sala que en este caso el juez de tutela no es competente para verificar ni ordenar el cumplimiento de una observación proferida por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Bien se trate de recomendaciones generales sobre la interpretación o alcance de los derechos consagrados en el Pacto, o de recomendaciones derivadas de denuncias presentadas por particulares, la jurisdicción constitucional no fue instituida para ordenar la ejecución de los actos internacionales así como tampoco para decidir sobre la procedencia o no de los recursos que presente el Estado colombiano como parte de su defensa en el plano internacional.

Así, si el Estado colombiano presentó un recurso de reconsideración no previsto en el reglamento del Comité de Derechos Humanos, es este el organismo competente para decidir acerca de su improcedencia. Tampoco puede el juez constitucional definir si el Estado colombiano ha incumplido sus compromisos internacionales ni la manera como deben adoptarse a nivel interno las recomendaciones.

3.2.3. *Las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos y la acción de revisión en materia penal*

Para terminar este capítulo es importante hacer referencia a una sentencia de la Corte que le otorga gran importancia a las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos para efectos de proteger los derechos de las víctimas de violaciones de los derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario. Se trata de la sentencia C-004 de 2003. En ella se estudió una demanda de inconstitucionalidad contra una de las causales establecidas en Código de Procedimiento Penal para el recurso de revisión, un recurso extraordinario que tiene por fin modificar fallos manifiestamente injustos, contra los cuales ya no opera ninguno de los recursos ordinarios.

La causal acusada decía que procedía el recurso de revisión cuando, después de que se hubiera proferido la sentencia condenatoria, se conocieran nuevos hechos o surgieran pruebas no conocidas dentro del proceso, que establecieran la inocencia del condenado o su inimputabilidad. Es decir, la causal solamente operaba a favor del condenado, lo cual estaba en armonía con el principio del derecho penal que dice que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho (*non bis in idem*).

En su sentencia, la Corte reconoció la importancia del principio del *non bis in idem*. Sin embargo, señaló que la aplicación de este principio podía restringirse en los casos de violaciones a los derechos humanos y de abusos graves contra el derecho internacional humanitario, los delitos que “más intensamente desconocen la dignidad de las personas y más dolor provocan a las víctimas y a los perjudicados”. En esos casos, afirmó, los deberes del Estado de investigar y sancionar los crímenes son mucho más intensos que en el caso de los delitos comunes y, por consiguiente, los derechos de las víctimas adquieren más preponderancia.

Por eso, la Corte concluyó que si bien podía aceptarse que en los delitos comunes la acción de revisión solo opere para atacar sentencias condenatorias cuando aparezca un hecho nuevo o una prueba no conocida antes, en el caso de las violaciones de los derechos humanos y de los graves abusos contra el derecho internacional humanitario también tendría que operar para garantizar los derechos de las víctimas. Así, la Corte señaló que en estos últimos casos también procede la acción extraordinaria de revisión cuando exista “un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, que constaten la existencia de ese hecho nuevo o de esa prueba no conocida al tiempo de los debates”. De la misma manera, indicó que la acción de revisión cabía contra las providencias penales que declaren la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento o la sentencia absolutoria, “siempre y cuando una decisión judicial interna, o

una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar, en forma seria e imparcial, las mencionadas violaciones”.

De esta manera, las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos adquieren una gran importancia con relación a los procesos penales adelantados en Colombia, porque con base en ellas se puede hacer una salvedad al principio penal del *non bis in idem* y solicitar la reapertura de procesos y la modificación de sentencias que han hecho tránsito a cosa juzgada.

III. Consideraciones finales

En el año de 1973, la Corte Suprema de Justicia resolvió sobre una demanda de constitucionalidad presentada contra varios artículos del Decreto extraordinario 2339 de 1971, “por el cual se dicta el Estatuto del Personal Civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional”. El actor consideraba que las normas acusadas menoscababan los derechos laborales y, por lo tanto, vulneraban distintos artículos de la Constitución y el artículo 1° de la Ley 74 de 1968, mediante el cual había sido aprobado el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En relación con la acusación acerca de que se vulneraba la Ley 74 de 1968 y el Pacto la Corte expresó en forma lacónica en la sentencia: “A la Corte en ejercicio de la jurisdicción constitucional solo le es dado confrontar la ley con los textos de la Carta, cuya integridad se le ha confiado. Por lo tanto, no procede el examen del cargo de violación del artículo 1° de la citada Ley 74 de 1968”.⁷²

La posición expuesta por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia mencionada es representativa de la actitud existente frente al derecho internacional de los derechos humanos antes de la Constitución de 1991: los tratados internacionales de derechos humanos eran poco conocidos, tampoco se sabía mucho acerca de la actividad que desarrollaban los órganos internacionales de derechos humanos y, en consecuencia, sus pronunciamientos se consideraban como algo ajeno al mundo jurídico interno y no tenían mayor aplicación por parte de la justicia.⁷³

72 Sentencia del 23 de marzo de 2003 de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, M. P. Eustorgio Sarria. *Gaceta Judicial*, 2930-2931, p. 105.

73 En un texto mimeografiado del año 2006, titulado “La fuerza vinculante de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos en Colombia: un examen de la evolución de la jurisprudencia constitucional”, Rodrigo Uprimny, comenta que, en 1989, se realizó una encuesta entre los jue-

Es claro que esta situación cambió drásticamente a partir de la Constitución de 1991. Distintos artículos de esta Constitución le asignaron gran importancia a los tratados de derechos humanos y ello ha hecho que estos tratados y los pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos hayan adquirido una gran trascendencia para el sistema jurídico colombiano. De allí que haya surgido el concepto de “bloque de constitucionalidad”; que en las sentencias de la Corte Constitucional se argumente con frecuencia haciendo uso de los tratados internacionales de derechos humanos y de los pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos; que los abogados también se refieran en sus alegatos a estas materias; y, en fin, que en las universidades se haya empezado a estudiar sobre el derecho internacional de los derechos humanos.

En los años de vigencia de la Constitución de 1991, la respuesta del Estado colombiano a las exigencias que plantea el derecho internacional de los derechos humanos ha sido positiva en distintos sentidos. Así, ha mantenido la posición fijada desde el momento de ratificación de la Convención Americana en el sentido de reconocer sin objeciones la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer sobre acusaciones concretas de violación a los derechos contemplados en la Convención. También ha manifestado permanentemente su disposición para cumplir las sentencias en las que ha sido condenado. Asimismo, en 1996 se aprobó la Ley 288, con lo cual se aceptó que el Estado colombiano debe cumplir las decisiones de la CIDH y el Comité DH.⁷⁴

ces penales de Bogotá para establecer en qué medida utilizaban las normas internacionales de derechos humanos. El estudio arrojó que “solo el 10 % de los jueces conocía al menos un tratado, menos del 3 % conocían al menos dos tratados de derechos humanos, y ninguno de esos funcionarios había aplicado ninguna de esas normas en un caso específico”. La encuesta estaba reseñada en el artículo del exmagistrado Valencia, Carlos, “Legislación y jurisprudencia colombiana en relación con los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos”, en Gallón, Gustavo (comp.), *Espacios internacionales para la justicia colombiana*, vol. I. Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana, 1990, p. 110.

74 La importancia de la ley se advierte al observar que muchos doctrinantes señalan que estos dos órganos de derechos humanos tienen por función la promoción de los derechos humanos y que, por lo tanto, sus decisiones no son vinculantes para los Estados. Al respecto expresaba el exjefe de la Corte IDH Alejandro Montiel Argüello en un artículo titulado “El derecho interno y los tribunales internacionales de derechos humanos”: “Otra precisión que debemos hacer es que nos referiremos solamente a los tribunales internacionales con funciones de carácter jurisdiccional que emiten decisiones obligatorias y no a otros órganos como las Comisiones Europea y Americana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, etc. Por el hecho mismo de que estos órganos emiten recomendaciones no vinculantes y que su función es la de promover la observancia de los derechos humanos, tie-

De la misma manera, la Corte Constitucional ha definido que los pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos constituyen un criterio relevante para la interpretación de los derechos constitucionales y de los tratados internacionales, e incluso en algunos casos ha establecido que esos pronunciamientos vinculan al Estado colombiano, como ocurre con las recomendaciones de los órganos de control de la OIT⁷⁵ y con las solicitudes de medidas cautelares o provisionales emitidas por la CIDH y la Corte IDH.⁷⁶ Asimismo, ha establecido el Tribunal Constitucional que los pronunciamientos de estos órganos sobre quejas individuales pueden dar lugar a una acción de revisión contra providencias judiciales nacionales en las que se haya desestimado continuar con acciones penales o dictado sentencias absolutorias sobre casos de violaciones a los derechos humanos y abusos graves contra el derecho internacional humanitario.

Sin embargo, existen distintos puntos que generan inquietud y que merecen ser objeto de mayores consideraciones: en primer lugar, en relación con las sentencias de la Corte IDH se observa que el Estado ha dado cumplimiento a distintas órdenes contenidas en ellas, tales como indemnizar a las víctimas y publicar las sentencias. Empero, en relación con otras órdenes se observa que apenas se encuentra adelantando gestiones para el cumplimiento. Así ocurre, por ejemplo, con el deber de investigar y sancionar a los responsables de las violaciones, y con la búsqueda y entrega de los restos de las víctimas. Evidentemente, estas son órdenes más complejas que las primeras, máxime si se tiene en

nen una mayor amplitud en el examen de la legislación interna de los Estados y en las excitativas que pueden dirigir a estos para la derogación o reforma de esa legislación" (Montiel Argüello, Alejandro. "El derecho interno y los tribunales internacionales de derechos humanos", en *Liber Amicorum: Héctor Fix Zamudio*: vol. I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998, p. 194). Ver también Villan, *op. cit.*, pp. 480 y 484-486.

75 Para entender la relevancia de esta decisión es importante tener en cuenta que en un informe elaborado por el Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo, denominado "Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales", y elaborado en 2006, aparece que Colombia es el único entre 40 países en el que se considera que las recomendaciones de los órganos de control de la OIT son vinculantes para el Estado. El informe se encuentra en http://training.itcilo.it/ils/ils_judges/training_materials/spanish/Research_2004_sp.pdf

76 Existe polémica doctrinal acerca de si las medidas cautelares dictadas por la CIDH son vinculantes para los Estados. Sin embargo, la misma CIDH ha afirmado que son obligatorias. Así lo hizo en el Informe 52/01, caso 12.243, Juan Raúl Garza contra Estados Unidos, 4 de abril de 2001. También han defendido esta posición Faúndez, *op. cit.* (p. 401), y Méndez, Juan y Dulitzky, Ariel, en su artículo "Medidas cautelares y provisionales", en Courtis, Cristian *et al.* (comps.), *Protección Internacional de los derechos humanos. Nuevos Desafíos*. Porrúa - Instituto Tecnológico Autónomo de México, México DF, 2005, pp. 81.

cuenta el largo tiempo transcurrido desde la ocurrencia de los hechos. Pero ello no es obstáculo para destacar la necesidad de hacer un seguimiento a largo plazo del cumplimiento de esos mandatos. En este sentido, parece muy conveniente la decisión de establecer para cada caso un mecanismo de seguimiento en el que participen los familiares de las víctimas, las organizaciones sociales y los representantes del Estado.

Por otra parte, también preocupa el desacato de los plazos fijados por la Corte IDH para que el Estado cumpla las órdenes que van más allá de las indemnizaciones de orden económico. De la misma manera, surge la pregunta acerca de qué está haciendo el Estado colombiano para garantizar que no se vuelvan a presentar hechos como los juzgados en las sentencias reseñadas. Al respecto es importante destacar que el contenido reparatorio de las medidas ordenadas por la Corte IDH también presupone el diseño de garantías de no repetición de situaciones como las estudiadas en esos casos.

En segundo lugar, si bien la Ley 288 de 1996 constituye un gran avance para el cumplimiento de las decisiones de la CIDH y del Comité DH, ella presenta varias limitaciones que deben mencionarse.

Así, por un lado, la ley únicamente trata sobre el cumplimiento de las decisiones de la CIDH y del Comité DH. Esta situación se explica por el hecho de que, para 1996, Colombia no había aprobado los protocolos facultativos que autorizan a los demás comités de derechos humanos de las Naciones Unidas para pronunciarse sobre quejas individuales. Empero, a través de la Ley 984 de 2005, Colombia aprobó el Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el cual permite que el Comité que se encarga de vigilar y promover el cumplimiento de esta Convención tramite quejas individuales contra los Estados. Ello indica que es posible que en el futuro este Comité decida sobre casos individuales presentados contra Colombia. De esta forma, aún debe establecerse qué ocurrirá con las decisiones sobre casos individuales que pueda proferir este Comité sobre Colombia. Una pregunta similar habría de plantearse en el caso de que el país apruebe los protocolos facultativos que autorizan al Comité contra la Tortura y al Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial para pronunciarse sobre quejas individuales.

Por otro lado, la ley se limitó a buscar la forma de garantizar el pago de las indemnizaciones a las víctimas, sin ocuparse del cumplimiento de las recomendaciones de esos órganos que van más allá del aspecto económico. Es decir, si bien es indudable que la Ley ha constituido un instrumento importante para que las víctimas puedan acceder a las indemnizaciones monetarias ordenadas, lo cierto es que, desde su misma concepción, ella se limitó al aspecto económico de

esa decisiones, haciendo caso omiso de las recomendaciones de estos órganos que prescinden de la compensación dineraria o que apuntan también a otras medidas. Precisamente, ello explica que en algunos casos el Comité de Ministros haya emitido concepto desfavorable para el cumplimiento de algunas decisiones de la CIDH y el Comité DH, dado que en ellas no se hacían recomendaciones en materia indemnizatoria, sino de otra índole.⁷⁷

Este punto es de una importancia particular, dado que en materia de derechos humanos el concepto reparatorio no se agota en la compensación pecuniaria, sino que incorpora, entre otras cosas, el compromiso de establecer la verdad de los hechos, de sancionar a los responsables, de adoptar las medidas necesarias para evitar que la conducta vuelva a presentarse y de recuperar o desagraviar la memoria de las víctimas. Un compromiso real del Estado colombiano con las decisiones de esos órganos internacionales implicaría buscar mecanismos institucionales que garantizaran, además de las indemnizaciones, la satisfacción integral de las demás medidas reparatorias recomendadas con ocasión de violaciones a los derechos humanos.

Otro aspecto problemático de la Ley 288 de 1996 resulta del análisis de su cumplimiento práctico. La Ley establece que el Consejo de Ministros emitirá un concepto favorable al cumplimiento de la decisión de la CIDH o del Comité DH “en todos los casos en que se reúnan los presupuestos de hecho y de derecho establecidos en la Constitución Política y en los tratados internacionales aplicables”. Y luego dispone que si el Comité considera que no se reúnen esos presupuestos dictará un concepto desfavorable y notificará de su decisión al Gobierno Nacional “para que presente la demanda o interponga los recursos del caso contra la aludida decisión ante el órgano internacional competente, si lo hubiere”.

77 De las decisiones de la CIDH: Resolución 24 de 1987, Caso de Luis Fernando Lalinde Lalinde, e Informe 24 de 1993, Caso de Álvaro Garcés Parra y otros. De las decisiones del Comité DH: Comunicación 181/1984, Caso de Elcida Arévalo Pérez en nombre de sus hijos desaparecidos Alfredo Rafael y Samuel Humberto Sanjuán Arévalo; Comunicación 64/1979, Caso de Consuelo Salgar de Montejo; Comunicación 514/1992, Caso de Sandra Feij; y Comunicación 49/1979, Caso de Orlando Fals Borda. Los conceptos del Comité de Ministros sobre estos casos generan un interrogante, que valdría la pena estudiar con más detalle, acerca de cuál es el papel que en situaciones como estas ocupa el principio del derecho internacional según el cual toda violación que haya producido un daño comporta el deber de repararlo, independientemente de la existencia de una orden expresa de un órgano internacional en ese sentido. La pregunta apunta entonces a establecer ¿cuál es el efecto útil de un pronunciamiento internacional en el que se determina que el Estado ha violado los derechos de las personas, si finalmente no conduce a la reparación de las víctimas?

Al respecto surge la pregunta acerca de ¿cuándo se está frente a una situación en donde no se reúnen “los presupuestos de hecho y de derecho establecidos en la Constitución Política y en los tratados internacionales aplicables”? Formularse esta pregunta tiene sentido si se tiene en cuenta que en dos ocasiones⁷⁸ el Comité de Ministros ha acudido a esta causal para abstenerse de emitir concepto favorable para el pago de las indemnizaciones ordenadas por el Comité DH. Lo cierto es que al examinar el contenido de esas resoluciones se observa que en ellas no se presentan razones para motivar el concepto desfavorable para el pago de la indemnización.⁷⁹ En esos casos, el Comité de Ministros se limitó a manifestar en forma genérica que “no se dan los presupuestos de hecho y derecho establecidos por la Constitución Política y los tratados internacionales aplicables”.

Por otra parte, en el último caso que ha sido considerado por el Comité de Ministros, este se abstuvo de emitir concepto favorable, por cuanto no compartió la conclusión a la que llegó el Comité DH.⁸⁰

78 Los casos en los que el Comité se ha abstenido de emitir concepto favorable para indemnizar con base en esta causal son: i) Comunicación 612 de 1995 del Comité DH, respecto de Luis Napoleón Torres Crespo, Ángel María Torres Arroyo y Antonio Hughes Chaparro Torres, todos ellos indígenas arhuacos; y ii) Comunicación 859 de 1999 del Comité DH, Caso de Luis Asdrúbal Jiménez Vacca.

79 Se trata de la Resolución 02 de 1997, donde el Comité se pronunció sobre la Comunicación 612 de 1995 del Comité DH y dictó concepto favorable sobre la indemnización referida a dos víctimas y desfavorable respecto de las otras tres; y de la Resolución 05 de 2002, en la cual el Comité se pronunció sobre la Comunicación 859 de 1999 del Comité DH.

80 Resolución 03 de 2006, donde el Comité se pronunció sobre la Comunicación 1298 de 2004 del Comité DH, Caso de Manuel Francisco Becerra. En la Resolución, el Comité de Ministros sostuvo que “en el proceso penal que se siguió en contra del autor, el Estado Colombiano le otorgó todas las acciones y garantías judiciales a su alcance para el respeto de sus derechos constitucionales fundamentales [...]. Es decir, no se observan actuaciones materializadas en decisiones judiciales en firme de las que pueda predicarse vía de hecho causantes de daño antijurídico. [...] en consecuencia, para el Estado colombiano resulta contrario a derecho crear un procedimiento *ad hoc* para cumplir la recomendación del [Comité] del Pacto, razón por la cual en este aspecto se emitirá concepto desfavorable y se comunicará así al peticionario y al Comité”.

Con esta decisión, el Comité de Ministros se opuso a la conclusión a la que había llegado el Comité DH, el cual había indicado: “El Comité recuerda que, para satisfacer los derechos de la defensa garantizados en el párrafo 3 del artículo 14 del Pacto, todo juicio penal debe proporcionar al acusado el derecho a una audiencia oral, en la que se le permita comparecer en persona o a través de representante legal y donde pueda presentar las pruebas que estime pertinentes e interrogar a los testigos. [...] Teniendo en cuenta que el autor no tuvo tal audiencia durante los procedimientos que culminaron en el fallo condenatorio y la imposición de la pena, el Comité concluye que existió una violación del derecho del autor a un juicio justo, de conformidad con el artículo 14 del Pacto [...] [por tanto] en virtud del apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado parte está obligado a proporcionar al autor un recurso efectivo y una compensación adecuada”.

Debido a lo anterior, es importante recordar lo siguiente: desde la misma exposición de motivos del proyecto de Ley que se presentó a consideración del Congreso, el Gobierno Nacional sostuvo que “No se trataba, de asignar al Gobierno el poder discrecional de cumplir o no una obligación internacional”.⁸¹ No obstante, lo ocurrido en los tres casos señalados parece indicar lo contrario, pues en dos de ellos el Comité de Ministros emitió concepto desfavorable para el pago de la indemnización sin justificación alguna, y en el tercero decidió que la indemnización no procedía porque el Comité no compartía la conclusión del Comité DH.

Como ya se indicó, la Ley 288 prevé que siempre que se presente este tipo de situaciones el Gobierno deberá presentar la demanda o interponer los recursos necesarios contra la aludida decisión del órgano internacional competente, si los hubiere. Sin embargo, un aspecto que resulta problemático es que, al menos para el caso de las decisiones del Comité DH, una vez producida la decisión del órgano internacional no existen recursos ni mecanismos convencionales para impugnar lo dicho por este órgano. De esta manera, el resultado práctico de las decisiones del Comité de Ministros en relación con los tres pronunciamientos señalados del Comité DH ha sido el de que los asuntos terminen archivados, sin que se atienda la decisión del Comité DH, tal como lo ordena la Ley 288.⁸² Si bien esta situación se ha presentado en solo tres casos, ellos constituyen precedentes que pueden ser seguidos por el Comité de Ministros para el análisis de futuros pronunciamientos del Comité DH, a pesar de que contrarían lo establecido por la misma Ley⁸³ —además del principio del derecho internacional de los tratados acerca del *pacta sunt servanda*—.

En tercer lugar, surgen por lo menos tres inquietudes con respecto a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. La primera se refiere a la definición de la Corte acerca de que los pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos constituyen un criterio de interpretación relevante para la jurisprudencia constitucional. Esta determinación es muy importante pero requiere más precisión.

81 *Gaceta del Congreso* No. 134 de 1995, *op. cit.*, pp. 2.

82 Esa situación es aún más problemática si se tiene en cuenta que, en la sentencia T-385 de 2005, que fue analizada en el texto, la Corte Constitucional determinó que no le corresponde a la justicia constitucional hacer que se cumplan las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos.

83 De hecho, es preocupante —y lamentable— ver que en la resolución que resolvió sobre la Comunicación 1298 de 2004 del Comité DH, Caso de Manuel Francisco Becerra, y en la respuesta a la impugnación presentada contra ella (Resolución 02 de 2007), el Comité de Ministros cuestionó incluso el carácter vinculante de las decisiones del Comité DH.

Frecuentemente, los pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos no están al alcance de los jueces, bien sea porque no todos saben cómo acceder a ellos, bien porque muchos no se encuentran en castellano, o bien porque es tal su volumen que un operador jurídico normal no puede orientarse dentro de ese torrente de información. Por eso, no parece apropiado exigir que todos los jueces tengan en cuenta esos pronunciamientos para dictar sus fallos, a no ser que esos pronunciamientos hayan sido aportados dentro del proceso, de manera que el juez no puede alegar que no los conocía.

Igualmente, surge la pregunta acerca de cuál debe ser la actitud de los jueces frente a esos pronunciamientos. En este caso parece que lo más adecuado es que el juez esté obligado a manifestarse expresamente sobre ellos, de manera que tenga que asumir la carga de la argumentación para apartarse de lo expuesto en esos pronunciamientos.

De otro lado, la lectura de la jurisprudencia reiterada sobre la obligatoriedad de las recomendaciones de los órganos de control de la OIT lleva a la conclusión de que es importante depurar las decisiones en este campo. Por una parte, porque en ocasiones se ha manifestado que las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical deben ser adoptadas por el Consejo de Administración de la OIT para que sean obligatorias para el Estado colombiano, mientras que en una oportunidad se aceptó que la recomendación del Comité era vinculante por sí misma. También porque en dos sentencias ha habido debates acerca del carácter definitivo o provisional de las recomendaciones emitidas en el caso específico y de cuándo adquieren ellas la calidad de vinculantes. Además, distintos elementos apuntan a la necesidad de conocer mejor el sistema de la OIT, para fundamentar de mejor manera las decisiones en este campo.⁸⁴

84 En el mismo salvamento de voto a la sentencia T-603 de 2003, elaborado por el Magistrado Cepeda, se indica que una de las razones para apartarse de la decisión era que la sentencia “desconoció el marco normativo de la OIT y el curso que deben seguir los procedimientos adelantados por esa organización”. También han surgido cuestionamientos a los que es necesario responder. Entre ellos se encuentra el de que la misma Corte IDH, en su sentencia de excepciones preliminares en el caso Baena, le restó valor vinculante a las decisiones del Comité de Libertad Sindical. El Estado panameño había manifestado que la Corte no podía admitir el caso porque este había sido llevado antes al Comité de Libertad Sindical de la OIT, el cual ya había concluido que el Estado panameño había vulnerado sus compromisos en materia de normas internacionales de trabajo y había emitido recomendaciones sobre el mismo. La Corte rechazó esta excepción de litispendencia y anotó que “la naturaleza de las recomendaciones emitidas por dicho Comité es diferente a la de las sentencias de la Corte Interamericana. En el primer caso se trata de un acto propio de un órgano de la OIT con el efecto jurídico propio de una recomendación a los Estados. En el segundo caso se trata de una sentencia que, en los términos de Convención, es definitiva e inapelable (art. 67), y de obligatorio cumplimiento (art. 68.1)”

También parece importante que la Corte reconsidere su papel en relación con las decisiones del Comité DH, cuando el Comité de Ministros no apruebe su cumplimiento. Como se ha indicado, en la sentencia T-385 de 2005, la Sala de Revisión manifestó que no le correspondía a la Corte ordenar la ejecución de esas decisiones ni decidir sobre la procedencia de los recursos que entablara el Estado contra ellas. No parece apropiado que la Corte Constitucional se abstenga de conocer sobre las respuestas del Comité de Ministros y el destino de esas decisiones del Comité DH. Ello entraña tolerar el desconocimiento de los compromisos internacionales del país e incluso el texto mismo de la Ley 288, la cual dispone que “si no existiere segunda instancia prevista en el tratado internacional aplicable o se hubiere agotado el término para impugnar la decisión, el Comité deberá rendir concepto favorable al cumplimiento de la decisión del órgano internacional”.

Para concluir es importante reiterar que con la Constitución de 1991 se produjo una apertura del ordenamiento jurídico colombiano hacia el derecho internacional de los derechos humanos. Ello ha significado que los tratados de derechos humanos y los pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos hayan adquirido gran trascendencia para nuestro sistema jurídico.⁸⁵ También ha implicado distintos retos para el Estado colombiano. Muchas de las respuestas que él ha dado pueden calificarse como positivas, pero aún subsisten distintos cuestionamientos. Pero en general se puede afirmar que, a pesar de las dificultades que se han reseñado, la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho colombiano ya ha repercutido en una mejor protección de los derechos y libertades de los colombianos.

Bibliografía

Abregú, Martín y Courtis, Cristhian (comps.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por parte de los tribunales locales*. Del Puerto-CELS, Buenos Aires, 1997.

Ayala Corao, Carlos. La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias, en: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Universidad Autónoma de

(Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Excepciones Preliminares. Sentencia de 18 de noviembre de 1999. Serie C No. 61).

85 (N. del E.) Esta tesis es desarrollada por Juan Jaramillo en los artículos “La Constitución de 1991: un análisis de sus aportes desde una perspectiva histórica” y “La Constitución de 1991 en Colombia: la revolución de los derechos”. Ver pp. 28-61 y 62-84.

México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Doctrina Jurídica No 93, México DF, 2002.

Barbosa Delgado, Francisco R. *Litigio Interamericano. Perspectiva jurídica del sistema de protección de derechos humanos*. Universidad Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, 2002.

Becerra Ramírez, Manuel. *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México DF, 2006.

Buergenthal, Thomas. *La protección internacional de los derechos humanos en las Américas*. Civitas, Madrid, 1990.

CIDH, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la condición de la mujer en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.100; Doc. 17, 13 octubre, 1998.

CIDH. *Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II.120; Doc. 60, 13 diciembre 2004.

CIDH, *Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.124; Doc. 5 rev. 1, 7 marzo 2006.

CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Colombia*. OEA/Ser.L/V/II.53; Doc. 22, 30 junio 1981.

CIDH, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II.116; Doc. 5, rev. 1, corr. 22 octubre 2002.

CIDH, *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*. OEA/Ser.L/VII.108; Doc. 62, 20 octubre 2000.

CIDH, *Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II.84; Doc. 39 rev., 14 octubre 1993.

CIDH, *Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II.102; Doc. 9 rev. 1, 26 febrero 1999.

CIDH, *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II; Doc. 67, 18 octubre 2006.

Corte Constitucional, sentencia C-406 de 1996.

Corte Constitucional, sentencia C-408 de 1996.

Corte Constitucional, sentencia C-010 de 2000.

Corte Constitucional, sentencia C-200 de 2002.

Corte Constitucional, sentencia C-671 de 2002.

Corte Constitucional, sentencia C-067 de 2003.

Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2006.

Corte Constitucional, sentencia T-1391 de 2001.

Corte Constitucional, sentencia T-602 de 2003.

Corte Constitucional, sentencia T-859 de 2003.

Corte Constitucional, sentencia T-741 de 2004.

Corte Constitucional, sentencia T-827 de 2004.

Corte Constitucional, sentencia T-524 de 2005.

Corte IDH, Caso Las Palmeras *vs.* Colombia. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90.

Corte IDH, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

Corte IDH, Caso Caballero Delgado y Santana *vs.* Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 17.

Corte IDH, Caso Caballero Delgado y Santana *vs.* Colombia. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22.

Corte IDH, Caso Caballero Delgado y Santana *vs.* Colombia. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 31.

Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros *vs.* Panamá. Excepciones Preliminares. Sentencia de 18 de noviembre de 1999. Serie C No. 61.

Corte IDH, Caso Las Palmeras *vs.* Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67.

Corte IDH, Caso de los 19 Comerciantes *vs.* Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 12 de junio de 2002. Serie C No. 93;

Corte IDH, Caso Caballero Delgado y Santana *vs.* Colombia. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2003.

Corte IDH, Caso Las Palmeras *vs.* Colombia. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 noviembre de 2002. Serie C No. 96.

Corte IDH, Caso de los 19 Comerciantes *vs.* Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.

Corte IDH, Caso Las Palmeras *vs.* Colombia. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 2004.

Corte IDH, Caso Masacre de Mapiripán *vs.* Colombia. Excepciones preliminares. Sentencia 7 de marzo 2005. Serie C No. 122;

Corte IDH, Caso Gutiérrez Soler *vs.* Colombia. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132.

Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán *vs.* Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

Corte IDH, Caso Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140 y Caso de la Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia. Interpretación de la Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 159.

Corte IDH, Caso 19 Comerciantes *vs.* Colombia. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de febrero de 2006.

Corte IDH, Caso de la Masacre de la Rochela *vs.* Colombia. Sentencia de Fondo y Reparaciones de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

Corte IDH, Caso Escué Zapata *vs.* Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165.

Corte IDH, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10. Párrafo 34.

Corte Suprema de Justicia, sentencia del 23 de marzo de 2003, M. P. Eustorgio Sarria. *Gaceta Judicial* 2930-2931, p. 105.

Faúndez Ledesma, Héctor. *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 3 ed., San José, Costa Rica, 2004.

Galvis, Ligia. *Comprensión de los Derechos Humanos*. Ediciones Aurora, Bogotá, 1996.

Hillgenberg Harmut. A fresh look at Soft Law, en: *European Journal of International Law*, vol. 10. Disponible en <http://www.ejil.org/journal>

León Gómez, Alberto *et al.* *La aplicación judicial de los tratados internacionales*. ILSA y Corporación Región, Bogotá, 2006.

Malini, Pablo Luis. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional americano, en: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Doctrina Jurídica, 93. México DF, 2002.

Martin, Claudia. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: funciones y competencia, en: Martín, Claudia *et al.* (comps.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Universidad Iberoamericana, México, 2004, pp. 209-277.

Mazuelos Bellido, Ángeles. *Soft law: ¿mucho ruido y pocas nueces?*, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 8. Disponible en <http://www.reei.org>

Méndez, Juan y Dulitzky, Ariel. Medidas cautelares y provisionales, en: Courtis, Cristian *et al.* (comps.). *Protección Internacional de los derechos humanos. Nuevos Desafíos*. Porrúa - Instituto Tecnológico Autónomo de México, México DF, 2005.

Montiel Argüello, Alejandro. El derecho interno y los tribunales internacionales de derechos humanos, en *Liber Amicorum: Héctor Fix Zamudio*, vol. I. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998.

O'Donnell, Daniel. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Interpretación de las normas*

internacionales sobre derechos humanos. Observaciones y recomendaciones generales de los órganos de vigilancia de los tratados internacionales de derechos humanos de las Naciones Unidas. Bogotá, 2002.

Oficina Internacional del Trabajo. 309° Informe del Comité de Libertad Sindical. *Boletín Oficial*, vol. LXXXI, 1998, Serie B, núm. 1.

Rodríguez-Pinzón, Diego. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en: Martín, Claudia *et al.* (comps.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos.* Universidad Iberoamericana, México, 2004, pp. 173-207.

Santoscoy, B. *La Comisión Interaméricaine des Droits de l'Homme et le développement de sa compétence par le système des pétitions individuelles.* Paris, LGDJ, 1995.

Toro Huerta, Mauricio Iván del. El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cont.htm?r=derint>

Uprimny, Rodrigo. El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal, en O'Donnell, Daniel, Uprimny, Inés Margarita y Valencia, Alejandro. *Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional.* Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, vol. I, pp. 97-154.

Uprimny, Rodrigo. *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo proceso penal.* Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2006.

Valencia Villa, Alejandro. Los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos, en Martín Claudia *et al.* (comps.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos.* Universidad Iberoamericana, México, 2004, pp. 119-149.

Valencia, Carlos. Legislación y jurisprudencia colombiana en relación con los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, en Gallón, Gustavo (comp.). *Espacios internacionales para la justicia colombiana*, vol. I, Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana, 1990.

Valticos, Nicolás. *Derecho Internacional del trabajo.* Tecnos, Madrid, 1970.

Villan Durán, Carlos. *Curso de derecho internacional de los derechos humanos.* Trotta, Madrid, 2002.

ANEXO 1.

Estado del cumplimiento
de las sentencias de la Corte IDH⁸⁶

SENTENCIA EN EL CASO “CABALLERO DELGADO Y SANTANA”

Sentencia de Reparaciones de 29 de enero de 1997	Resolución de cumplimiento de 27 de noviembre de 2003	Informe de cumplimiento de 24 de abril de 2006
Investigar, juzgar y sancionar a todos los responsables.	Pendiente	El proceso penal se encuentra en etapa preliminar.
Localización de restos mortales.	Pendiente	En gestiones
Pago de indemnizaciones	Pendiente respecto a algunos familiares.	Se informó el pago total de las indemnizaciones, excepto sobre un menor de edad a favor de quien se amplió el CDT por un año más.

SENTENCIA EN EL CASO “LAS PALMERAS”

Sentencia de 26 de noviembre de 2006	Resolución de cumplimiento de 27 de noviembre de 2004	Informe de cumplimiento de 6 de octubre de 2006
Investigar, juzgar y sancionar a todos los responsables.	Se está adelantando un proceso penal contra 3 personas, sin que hasta el momento el proceso haya concluido.	Dentro del proceso penal se emitió sentencia de 2ª instancia por parte del Tribunal Superior de Bogotá. Como resultado se sancionó a 3 exagentes de la Policía con penas superiores a 30 años de prisión.
Búsqueda de N.N. Moises y sus familiares.	Información insuficiente para determinar el avance.	Se informó a la Corte el detalle de las 4 exhumaciones que se han realizado en el cementerio de Mocoa.
Entrega de los restos mortales de Liscanamijoy.	El Estado cumplió con lo ordenado.	
Pago de indemnizaciones.	El Estado inició gestiones para el cumplimiento	En el último semestre de 2005 se cancelaron todas las indemnizaciones, incluidas las costas.
Publicación de la Sentencia.	El Estado cumplió con lo ordenado.	

86 Información suministrada por la Dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante Oficio Ddh.Goi 15665/0763 del 29 de marzo de 2007.

SENTENCIA EN EL CASO 19 COMERCIANTES

Sentencia de 5 de julio de 2004	Resolución de cumplimiento de 2 de febrero de 2006	Informe de cumplimiento y complemento al informe
Investigar, juzgar y sancionar a todos los responsables.	Se encuentra pendiente.	Se instauró acción de revisión ante la Corte Suprema de Justicia por los procesos que se adelantaron en la Jurisdicción Penal Militar. Los procesos contra todas las personas individualizadas en la investigación se encuentran en etapa de juzgamiento.
Búsqueda de restos mortales.	Se encuentra pendiente de cumplimiento.	En noviembre de 2005 se realizó una diligencia para la búsqueda de restos mortales, con resultados negativos. Se continúan adelantando gestiones.
Monumento	Se encuentra pendiente de cumplimiento.	Se han realizado varias reuniones con los peticionarios, para acordar el lugar y estructura del monumento. El lugar será Bucaramanga. Ya se tiene un proyecto elaborado por un artista que apoyó al Ministerio de Relaciones Exteriores. El Estado se encuentra esperando la respuesta de los familiares de las víctimas respecto a la propuesta.
Acto público de reconocimiento de responsabilidad.	Declaró que el acto realizado es plenamente válido para el cumplimiento de la sentencia. Cumplido.	
Tratamiento médico y psicológico.		Se informó que se acordó realizar una primera evaluación colectiva, en Bucaramanga, el día 17 de noviembre de 2006. Reunión de cumplimiento de sentencia, en la cual el Programa Presidencial asumió el costo del transporte de 40 personas hacia Bucaramanga para el diagnóstico colectivo, lo cual no está incluido en la sentencia. El día 17 de noviembre se realizó la reunión con los familiares de las víctimas, en la cual se presentaron serios inconvenientes de comunicación. Por los diferentes inconvenientes, no se ha dado inicio al cumplimiento de esta obligación.

Sentencia de 5 de julio de 2004	Resolución de cumplimiento de 2 de febrero de 2006	Informe de cumplimiento y complemento al informe
Retorno a Colombia de la familia Flores.	Pendiente de cumplimiento.	Se informó que se dirigió comunicación a los peticionarios, para conocer si la familia Flores desea regresar. Hasta la fecha no se tiene respuesta.
Pago de indemnizaciones.	Se encuentra pendiente de cumplimiento.	Se informó sobre el pago del 90% de las indemnizaciones y las costas. De acuerdo con la información adicional, conocida después del informe de cumplimiento, en el mes de noviembre se realizó el pago del 10%.
Garantía de protección y seguridad para las personas que rindieron declaraciones ante la Corte IDH y sus familiares.	Se encuentra pendiente de cumplimiento.	El seguimiento de esta medida se hace en el ámbito de las medidas provisionales.

SENTENCIA EN EL CASO “WILSON GUTIÉRREZ SOLER”

Sentencia de 12 de septiembre de 2006 10 de octubre de 2006	Informe de cumplimiento de 27 de noviembre de 2006
Deber de investigar, juzgar y sancionar a todos los responsables.	Se solicitó a la Procuraduría General de la Nación realizar la demanda de acción de revisión. Con posterioridad al informe de cumplimiento se conoció que, en el mes de diciembre de 2006, la Procuraduría informó que desde el mes de agosto de 2006 se interpuso la Acción de Revisión ante la Corte Suprema de Justicia, la cual se encuentra en trámite.
Brindar gratuitamente tratamiento médico y psicológico por medio de instituciones estatales.	El Estado entregó a los peticionarios el listado de las instituciones de salud en las cuales los beneficiarios de esta medida pueden recibir la atención médica. Los peticionarios no han dado respuesta sobre la institución escogida. En reunión sobre cumplimiento de sentencia, celebrada el día 11 de septiembre de 2006, los peticionarios informaron que la familia salió del país por razones de seguridad.
Publicación de la sentencia.	El día 2 de abril de 2006 se realizó la publicación de los apartes de la sentencia en el periódico El Espectador. El día 11 de septiembre de 2006, se realizó la publicación de la sentencia en el Diario Oficial. Se solicitó a la Corte IDH declarar el cumplimiento de esta obligación.

Sentencia de 12 de septiembre de 2006 10 de octubre de 2006	Informe de cumplimiento de 27 de noviembre de 2006
Capacitación sobre Protocolo de Estambul.	<p>Se realizaron varias reuniones con las escuelas de capacitación de funcionarios del Estado, de las cuales se concluyó que no existe en el Estado el personal con conocimiento especializado en el Protocolo de Estambul, que pueda brindar la capacitación.</p> <p>Se contactó a la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos en Colombia, solicitando la capacitación en este tema.</p> <p>La Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos en Colombia dio respuesta positiva a la solicitud del Estado y la capacitación en Protocolo de Estambul se realizará con su colaboración, en el mes de junio de 2007.</p>
Capacitación en jurisprudencia de la Corte Interamericana para los servidores públicos de la jurisdicción penal militar y de la Fuerza Pública.	<p>Posteriormente a las reuniones con el Ministerio de Defensa se pudo establecer que no existe una formación específica sobre el tema. Se pidió colaboración a los peticionarios para identificar la mejor manera de llevarla a cabo. Cejil manifestó estar interesado.</p> <p>La Policía Nacional incorporó el caso de Wilson Gutiérrez como lección aprendida en el proceso de formación en la Escuela General Santander.</p>
Mecanismos de control en centros estatales de detención.	El Inpec informó acerca de los controles que se realizan a las personas encargadas de la seguridad en los centros de detención, los cuales en términos generales coinciden con lo ordenado por la Corte IDH respecto a reclusos y funcionarios de custodia.
Pago de indemnizaciones	Mediante Resolución 0446 del 4 de octubre de 2006 emitida por la Policía Nacional se dio cumplimiento al pago de las indemnizaciones a favor del señor Wilson Gutiérrez Soler y sus familiares. Mediante esta misma Resolución se ordenó el pago de las costas correspondientes al Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo".
Garantía de protección y seguridad	De acuerdo con lo manifestado por los peticionarios, esta es una medida que se discutirá en el ámbito propio de las medidas y el Estado en ese espacio informará a la Corte IDH.

SENTENCIA EN EL CASO MASACRE DE MAPIRIPÁN

Sentencia de 15 de septiembre de 2005	Informe de cumplimiento de 8 de mayo y 24 de noviembre de 2006
Investigar, juzgar y sancionar a todos los responsables.	Dentro del M.O.S Mapiripán se realizó una reunión entre los peticionarios y la Fiscalía con el fin de coordinar diferentes temas de la investigación. Gracias a la actividad de justicia y paz, se han realizado 2 exhumaciones de posibles víctimas de Mapiripán. Igualmente, dentro de la investigación se realizó 1 exhumación de otra posible víctima y se fijó una nueva visita a la zona en el mes de marzo de 2007.
Individualización de víctimas e identificación de familiares.	Esta actividad se está impulsando a través del M.O.S Mapiripán.
Designación de un Mecanismo Oficial de seguimiento de las reparaciones ordenadas en la sentencia.	El M.O.S se creó mediante acta de la Comisión Intersectorial Permanente de Derechos Humanos. Se instaló oficialmente con la participación de los peticionarios el 11 de septiembre de 2006.
Tratamiento médico y psicológico.	La coordinación para la prestación del servicio se está realizando a través del M.O.S Mapiripán.
Monumento.	El Programa Presidencial realizó una reunión con los peticionarios para tratar el tema. En la reunión se acordó esperar a encontrar más familiares de víctimas para iniciar las gestiones del monumento con su participación. Se esperará hasta 6 meses después de que el M.O.S haya iniciado la búsqueda.
Garantías de seguridad.	Esta actividad se impulsará y verificara a través del M.O.S Mapiripán.
Pago de indemnizaciones.	Se están realizando las gestiones presupuestales necesarias de acuerdo con la distribución de las indemnizaciones para el pago. El pago se realizará en el mes de abril de 2007.
Cursos de formación en derechos humanos y DIH en la fuerza pública.	
Publicación de la sentencia.	Se realizó en un diario de circulación nacional el día 11 de abril de 2006, en el diario El Tiempo. En el Diario Oficial se publicó el día 10 de abril de 2006. Se solicitó dar por cumplida esta obligación.

Respecto a la sentencia en el caso Masacre de Pueblo Bello y Masacres de Ituango se puede informar que el Estado se encuentra realizando las gestiones internas necesarias para el cumplimiento de las medidas de reparación. En el marco de estas gestiones se han realizado reuniones con los representantes de los familiares de las víctimas en los dos casos, para conocer sus inquietudes sobre el cumplimiento de las diferentes medidas.

ANEXO 2.

Aplicación de la Ley 288 de 1996⁸⁷

APLICACIÓN LEY 288/96 EN CASOS TRAMITADOS ANTE EL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

No. caso Comité de Derechos Humanos	Dictamen del Comité	No. Res. de Ley 288 /96	Observaciones
Mary Fanny Suárez de Guerrero	45/1979	8/1996	El Comité de Ministros emitió concepto favorable.
Orlando Fals Borda	46/1979	17/1996	El Comité de Ministros se abstiene de emitir concepto favorable porque no se estableció el deber de indemnizar.
Consuelo Salgar de Montejo	64/1979	16/1996	El Comité de Ministros se abstiene de emitir concepto favorable porque no se estableció el deber de indemnizar.
Joaquín David Herrera Rubio	161/1983	9/1996	El Comité de Ministros emitió concepto favorable.
Arévalo Sanjuan	181/1984	15/1996	El Comité se abstiene de emitir concepto favorable porque no se estableció el orden de indemnizar.
William Eduardo Delgado Páez	195/1985	10/1996	El Comité de Ministros emitió concepto favorable.
Nidia Erika Bautista Arellana	563/1993.	11/1996	El Comité de Ministros emitió concepto favorable.
Sandra Fei	514/1992	18/1996	El Comité de Ministros se abstiene de emitir concepto favorable porque no se estableció el deber de indemnizar.
José Vicente y Amado Villafañe y líderes indígenas arhuacos Luis Napoleón Torres Crespo, Ángel María Torres Arroyo y Antonio Hughes Chaparro Torres	612/1995	2/1997	El Comité de Ministros emitió concepto favorable respecto de José Vicente y Amado Villafañe Chaparro y emitió concepto desfavorable respecto de Luis Napoleón Torres Crespo, Ángel María Torres Arroyo y Antonio Hughes Chaparro Torres, como quiera que, a juicio del Comité, no se dan los presupuestos de hecho y de derecho contemplados en la CP y en los tratados internacionales.
Rafael Armando Rojas García	687/1996	01/2002	El Comité de Ministros emitió concepto favorable.

87 Estos cuadros fueron elaborados con base en información suministrada por la Dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Ministerio de Relaciones Exteriores y, fundamentalmente, con base en el Oficio DDH.GOI 6970/0369 del 15 de febrero de 2007.

No. caso Comité de Derechos Humanos	Dictamen del Comité	No. Res. de Ley 288 /96	Observaciones
Gustavo Coronel Navarro, Nahùn Elías Sánchez Vega, Ramón Emilio Sánchez, Ramón Emilio Quintero Roperero, Luis Honorio Quintero Roperero, Ramón Villegas Téllez y Ernesto Ascanio Ascanio.	778/1997	01/2003	El Comité de Ministros emitió concepto favorable.
Luis Asdrúbal Jiménez Vaca	859/1999	05/2002	El Comité interministerial emite concepto desfavorable para el cumplimiento del Dictamen sobre la Comunicación 859/1999, como quiera que, a juicio del Comité, no se dan los presupuestos de hecho y de derecho contemplados en la Constitución Política y en los tratados internacionales.
Manuel Francisco Becerra Barney	1298/2004	02/07	El Comité de Ministros resolvió emitir concepto desfavorable frente a lo dispuesto por el Comité de Derechos Humanos en el dictamen CCPR/87/1298/2004 de 26 de julio de 2006 y por lo tanto no procederá a proporcionarle al autor un recurso efectivo y una compensación adecuada, debido a que no se reúnen los presupuestos de hecho ni de derecho.

**APLICACIÓN LEY 288/96 EN CASOS TRAMITADOS
ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA**

No. caso CIDH	Informe artículo 51 emitido por CIDH	No. Resolución del Comité interministerial	Observaciones
9.620. Luis Fernando Lalinde Lalinde	Resolución 24/87	12/96	Se abstuvo el Comité interministerial de emitir concepto favorable en relación con el Informe 24/87 porque este no estableció el deber de efectuar indemnizaciones.
10.454. Martín Calderón Jurado y otro.	Informe 32/92	05/96	El Comité de Ministros emitió concepto favorable para el cumplimiento del informe 32/92.
10.581 Alirio de Jesús Pedraza Becerra	Informe 33/92	01/96	El Comité de Ministros emitió concepto favorable para el cumplimiento del informe 33/92.
9.477. Eliana Bernal Rivera y otros	Informe 22/93	02/96	El Comité de Ministros emitió concepto favorable para el cumplimiento del informe 22/93.
10.456. Irma Vera Peña	Informe 23/93	03/96	El Comité de Ministros emitió concepto favorable para el cumplimiento del informe 22/93.
10.537. Olga Esther Bernal Dueñas	Informe 24/93	07/96	El Comité de Ministros emitió concepto favorable para el cumplimiento del informe 24/93.
10.473. Álvaro Garcés Parra y otros	Informe 1/94	13/96	El Comité de Ministros se abstuvo de emitir concepto favorable porque el informe 1/94 de la CIDH no estableció el deber de efectuar indemnizaciones.
10.912. Honduras y la negra	Informe 2/94	19/96	El Comité de Ministros emitió concepto favorable.
11.010 Hidegard Maria Feldman	Informe 15/95	06/96	El Comité de Ministros emitió concepto favorable al cumplimiento del informe.
11.142. Arturo Ribón Avilán y otros	Informe 21/97	20/96 y 01/97	La Resolución 20/96 del Comité Interministerial emite concepto favorable para el cumplimiento de informe provisional No. 50/96 respecto de Yolanda Guzmán Ortiz, Martín Quintero Santana, Luis Antonio Huertas Puerto, Hernando Cruz Herrera, Arturo Ribón Avilán, Isabel Cristina Muñoz y José Alfonso Porras Gil. Mediante Resolución 01/97 el Comité de Ministros emite concepto favorable para el cumplimiento del Informe 21/97 respecto a José Alberto Aguirre Gutiérrez, Jesús Fernando Fajardo Cifuentes y Francisca Irene Rodríguez Mendoza.

No. caso CIDH	Informe artículo 51 emitido por CIDH	No. Resolución del Comité interministerial	Observaciones
9.853. Ceferino UI Moscú y Leonel Coicue	Informe 4/98	01/98	El Comité de Ministros emitió concepto favorable para el cumplimiento del informe 4/98.
11.540 Santos Mendivelso Coconubo	Informe 62/99	01/99	El Comité de Ministros emitió concepto favorable al cumplimiento del informe 62/99.
10.337. Amparo Tordecilla Trujillo	Informe 115/99	01/00	El Comité de Ministros emitió concepto favorable al cumplimiento del informe 115/99
11.020. Los Uvos	Informe 35/00	03/97	El Comité de Ministros emitió concepto favorable para el cumplimiento del informe 35/00.
11.101. Caloto	Informe 36/00	03/97	El Comité de Ministros emitió concepto favorable al cumplimiento del informe 36/00.
11.654. Masacre Riofrío	Informe 62/01	04/02	El Comité de Ministros emitió concepto favorable al cumplimiento del informe 62/01.
11.710. Carlos Manuel Prada González y otro	Informe 63/01	02/02	El Comité de Ministros emitió concepto favorable al cumplimiento del informe 02/02.
11.712. Leonel de Jesús Isaza Echeverry y otros	Informe 64/01	03/02	El Comité de Ministros emitió concepto favorable al cumplimiento del informe 64/01.
10.235 Pedro Pablo Silva y otros	Informe 1/92	04/96	El Comité de Ministros emitió concepto favorable al cumplimiento del informe 04/96.
11.519. José Alexis Fuentes Guerrero Y Otros	Informe 6/99	02/99	El Comité de Ministros emitió concepto favorable al cumplimiento del informe 6/99.
11.141. Villatina	Informe 123/01	06/02	Emite concepto favorable (se produjo un acuerdo en el marco del procedimiento de solución amistosa en la CIDH).
Masacre de Trujillo	Informe pendiente en la CIDH		Emite concepto favorable (se produjo un acuerdo en el marco del procedimiento de solución amistosa en la CIDH. Ver nota 10 Informe Villatina).
10.205 Germán Guerra y otros	Acuerdo de Solución amistosa homologado por la CIDH mediante informe 53/06	02/06	El Comité emite concepto favorable para el cumplimiento del punto No. 1 del acuerdo de solución amistosa en el caso 10.205. Germán Guerra con el propósito de reparar perjuicios morales y materiales

3.2. La libertad de información en la jurisprudencia colombiana: una perspectiva analítica y comparada*

Rodrigo Uprimny

Catalina Botero

Juan Fernando Jaramillo

Este artículo fue publicado inicialmente en Catalina Botero, Juan Jaramillo y Rodrigo Uprimny (2005). *Libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005)*. Bogotá, Legis.

* Esta presentación general es una actualización y reelaboración de un artículo previo de los autores. Ver Catalina Botero, Juan Jaramillo y Rodrigo Uprimny (2000). "Libertad de Información, Democracia y Control Judicial: la Jurisprudencia Constitucional Colombiana en perspectiva comparada", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano del Konrad-Adenauer-Stiftung A.C.-CIEDLA*, pp. 437-510. La presente versión contó con la importante colaboración de la investigadora asistente del presente proyecto Adriana Fuentes.

Este estudio preliminar busca presentar y evaluar la orientación general de la jurisprudencia colombiana sobre libertad de información, reconociendo que se trata de un derecho de enorme importancia, que suscita polémicas y complejas discusiones, por lo que existe un considerable volumen de literatura y jurisprudencia sobre la materia.¹

El estudio no pretende entonces presentar o analizar la muy vasta literatura constitucional sobre el contenido y los límites de la libertad de información. Nuestra finalidad es más modesta. Pretendemos simplemente resumir y estudiar —en perspectiva comparada— la jurisprudencia colombiana en la materia, con el fin de evaluar sus potencialidades y limitaciones para el desarrollo de la democracia colombiana.

1 Así, para citar solo algunos ejemplos, los tribunales constitucionales alemán y español, la Corte Suprema de los Estados Unidos y de Argentina, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han resuelto numerosos casos ligados con la libertad de expresión. Eso explica también que la literatura jurídica en este campo sea bastante amplia. En español ver, por ejemplo, el trabajo pionero de Eduardo Novoa Monreal (1981). *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*. Bogotá, Siglo XXI. Ver igualmente Pablo Salvador Coderch (ed.) (1990). *El mercado de las ideas*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales; Luis García San Miguel (ed.) (1992). *Estudios sobre el derecho a la intimidad*. Madrid, Tecnos; José Martínez de Pisón Cavero (1993). *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Madrid, Civitas; Santiago Muñoz Machado (1988). *Libertad de prensa y procesos por difamación*. Madrid, Ariel. Ver igualmente Owen Fiss (1996). *La ironía de la libertad de expresión*. Barcelona, Gedisa. Ver igualmente de este autor: (1997). *Libertad de expresión y estructura social*. México, Fontamara. Para el caso colombiano, ver Manuel José Cepeda (1992). *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá, Temis, capítulos 6, 11 y 12. Para el caso estadounidense, ver Laurence Tribe (1998). *American Constitutional Law* (2 ed.). New York, The Foundation Press, capítulo 12, pp. 785 y ss. Para el desarrollo en el derecho anglosajón ver Geoffrey Marshall (1982). *Teoría Constitucional*. Madrid, Espasa-Calpe, capítulo 8. Para el caso alemán, ver Donald P. Kommers (1989). *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham, Duke University Press. Un ejemplo de estudios de esta naturaleza en el ámbito latinoamericano es Carlos Santiago Fayt (2001). *La Corte Suprema y sus 198 sentencias sobre comunicación y periodismo. Estrategias de la prensa ante el riesgo de extinción*. Buenos Aires, La ley.

Para adelantar ese análisis, tomamos la determinación de comparar la jurisprudencia colombiana con los desarrollos judiciales de otros tribunales constitucionales, en un ejercicio de lo que podríamos denominar “jurisprudencia comparada”. Obviamente, reconocemos que esa pretensión es muy ambiciosa, pues no es fácil conocer adecuadamente los matices de los desarrollos jurisprudenciales de otros países. A pesar de ello, hemos asumido ese riesgo, por cuanto estamos convencidos de que, como lo explicamos en la introducción metodológica de este libro, la perspectiva comparada es fructífera en el campo de los derechos fundamentales, puesto que, a pesar de la diversidad de regímenes constitucionales, los dilemas que plantean estos derechos son muchas veces similares. En consecuencia, la comparación de las decisiones de los distintos tribunales sobre asuntos semejantes permite comprender mejor las tensiones normativas que suscitan estos derechos. A partir de esta perspectiva la reflexión académica no solo gana en profundidad sino que, además, puede contribuir creativamente al propio desarrollo jurisprudencial, al mostrar las soluciones alternativas que existen a un determinado interrogante constitucional.

Igualmente, como lo explicamos en la introducción metodológica de esta obra, este estudio preliminar, a pesar de que está centrado en el análisis jurisprudencial, no elude los debates conceptuales o filosóficos, pues considera que los derechos fundamentales, y las decisiones que los jueces toman al respecto, tienen una indudable dimensión filosófica, explícita o implícita, que debe ser tomada en consideración por los analistas.

Las anteriores consideraciones explican la estructura de este estudio preliminar, el cual comienza con unas breves reflexiones sobre los fundamentos teóricos y las justificaciones del reconocimiento de la libertad de expresión en una democracia, con lo cual defendemos la tesis de que se trata de un derecho esencial, pero complejo y difícil (I). En la segunda parte analizamos el contenido general de la libertad de información conforme a la jurisprudencia colombiana (II), para luego, en el tercer punto, estudiar la manera como la jurisprudencia ha resuelto las tensiones de este derecho con otros valores constitucionales, en particular con la intimidad y el buen nombre (III). A partir de lo anterior, se adelanta una primera comparación con otras jurisprudencias constitucionales, en especial la alemana y la estadounidense (IV). El análisis comparado permite establecer unas primeras conclusiones sobre la relación que existe entre la manera como los tribunales constitucionales de los distintos Estados resuelven los conflictos que suscita la libertad de información y los conceptos de democracia que subyacen a esas comunidades políticas (V). El examen de los vínculos entre los conceptos de democracia y el alcance constitucional de la libertad de

información conduce a repensar las bondades y límites de la célebre metáfora del juez estadounidense, Oliver Holmes, sobre el “libre mercado de las ideas” como fundamento de la protección constitucional a la libertad de expresión.² A nuestro juicio, esta concepción de Holmes, que informa la primera parte del artículo, resulta excesivamente individualista y “liberal” y, en consecuencia, es insuficiente para entender la verdadera importancia de la libertad de información en las complejas sociedades contemporáneas. En consecuencia, en la siguiente parte de este documento intentamos avanzar en la búsqueda de lo que podría denominarse un “mercado *equitativo* —y no solo *libre*— de las ideas”, como fundamento de una democracia realmente más deliberativa, mostrando que incluso la metáfora del mercado podría ser inapropiada. En esta parte del artículo se examina entonces la jurisprudencia colombiana referida a la regulación pública o privada del manejo de las informaciones en búsqueda de una circulación más equitativa de las ideas y de las informaciones (VI), para extraer, finalmente, las conclusiones de rigor (VII).

Esto significa que el texto tiene dos ejes y avanza, por utilizar una metáfora musical, en dos compases. El primero, constituye una reflexión sobre temas clásicos del derecho y la jurisprudencia constitucional (el libre mercado de las ideas y las tensiones entre la libertad de información y otros valores constitucionales), mientras que el segundo compás, intenta estudiar una cuestión que, hasta donde conocemos, ha sido menos explorada: ¿cuál puede ser el papel de la justicia constitucional en el desarrollo de una deliberación democrática más vigorosa y equitativa?

I. Libertad de expresión, libertad de información y democracia

La libertad de expresión es un derecho preferente en las democracias constitucionales, como lo han señalado la Corte Constitucional y otros tribunales constitucionales de otros países,³ porque además de tener, al igual que el resto de derechos fundamentales, un valor intrínseco o en sí mismo, tiene igualmente un valor instrumental considerable, ya que cumple funciones muy importantes en una sociedad democrática. Esto explica que existan distintas visiones y entendimientos acerca del fundamento y del papel de la libertad de expresión en una democracia.

2 Esa célebre metáfora fue desarrollada en Estados Unidos por el juez Oliver Wendell Holmes en su voto disidente en el caso *Abraham vs United States* de 1919.

3 Ver, por ejemplo, la sentencia C-010 de 2000.

Así, sin pretender ser exhaustivo, recordaremos algunas de las perspectivas dominantes para justificar la importancia de dicha libertad, para lo cual nos basaremos en los debates sobre el tema en el constitucionalismo estadounidense, debido a que ese país lleva más de doscientos años reflexionando sobre el tema.⁴

En primer lugar, algunos autores y tribunales justifican la libertad de información conforme a criterios epistemológicos y utilitarios. Según estas visiones, la función de ese derecho es ayudar a buscar la verdad, pues solo en un ambiente de libertad de expresión es posible que haya la discusión necesaria para que el conocimiento científico evolucione. Este entendimiento se acerca a la defensa de la libertad de expresión que hacía John Stuart Mill en su conocido opúsculo sobre la libertad de 1859. Según este filósofo, si se reprime la libertad de expresión, entonces se impide que se consolide la verdad, la cual debe aparecer luego de la contradicción de ideas, pues en un debate libre, la idea que triunfa es la idea potencialmente verdadera. Según este autor, al silenciarse una opinión, no solo se afecta a la persona que quería expresarla sino que se está robando a la “especie humana”, y no solo a los que apoyan dicha opinión sino especialmente a quienes se apartan de ella, “porque si la opinión es correcta, se les priva de la oportunidad de abandonar el error por la verdad, y si es falsa, pierden un beneficio casi tan grande, que es la percepción más clara y viva de la verdad, que se produce cuando esta colisiona con el error”.⁵ Esta tesis se ha asociado mucho en el derecho constitucional estadounidense a la concepción de que la función de la protección de la libertad de expresión es permitir “un libre mercado de ideas”, según la citada metáfora del juez Holmes en Estados Unidos, conforme a la cual, el Estado debe asegurar que las ideas puedan circular libremente para que las mejores triunfen en su confrontación con las otras.

En segundo lugar, otras perspectivas defienden la libertad de expresión como un componente de la autonomía personal y una dimensión de la libertad individual. Conforme a estas visiones, un elemento básico de la libertad y dignidad personales es que los individuos puedan expresar lo que piensan, puedan difundir la información que

4 Para una presentación sintética, ver Jerome Barron *et al.* (1992). *Constitutional Law. Principles and policy*. Charlottesville, The Michie Company, pp. 832 y ss. Ver también Ronald Dworkin (1996). *Freedom's Law. The moral reading of the Constitution*. Cambridge, Harvard University Press, capítulo 8, pp. 195 y ss. Sin embargo, en este texto, nos distanciamos parcialmente de las tipologías ofrecidas por estos autores.

5 Ver John Stuart Mill. *On liberty*, capítulo 2, cualquier edición. (Por ejemplo, ver *On liberty* (1986). New York, Prometheus Books, pp. 22 y ss.). La traducción es nuestra.

poseen y puedan perseguir la información que consideran necesaria para su desarrollo autónomo, para su libre desarrollo de la personalidad. Además, según estas visiones, si no hay una sociedad que permita un flujo de información libre, las posibilidades de opciones de vida para las personas se ven limitadas y empobrecidas, porque entonces uno no sabe que existen ciertas opciones de modos de vida, porque no se los han dejado conocer.

En tercer término, la libertad de expresión puede estar justificada como un mecanismo para controlar los abusos de poder y asegurar el Estado de derecho. Según esta perspectiva, la prensa es una especie de cuarto poder que, gracias a su capacidad de denuncia de los atropellos, controla los eventuales abusos de los tres poderes estatales y actúa como contrapeso de los mismos. Se trataría de un verdadero contrapoder ciudadano a favor de la libertad.

Finalmente, la libertad de expresión puede ser fundamentada y defendida a partir de una visión democrática y participativa, pues la existencia de un debate público, vigoroso y pluralista sería un elemento esencial para la formación de una voluntad democrática informada. Según esta visión, la libertad de expresión permite el autogobierno de la sociedad democrática porque da lugar a que las personas y los grupos políticos y sociales hagan propuestas y traten de cautivar mayorías, a partir de lo cual se expresa el ejercicio democrático. Así, la libertad de expresión está en el núcleo de la formación de una opinión libre sin la cual no hay democracia.⁶

Las anteriores visiones sobre la libertad de información no son las únicas y no son en sí mismas incompatibles. Por ello, con razón, la Corte Constitucional y otros tribunales han justificado la importancia de la libertad de expresión y de información, invocando no solo las normas específicas que las consagran sino recurriendo igualmente a algunas de estas concepciones básicas. Sin embargo, que dichos entendimientos no sean radicalmente antagónicos, no significa que no existan potenciales conflictos, en especial en sus visiones acerca de las bondades o los perjuicios de las regulaciones estatales de la libertad de expresión. En efecto, las tres primeras justificaciones suelen asociarse a una concepción más liberal e individualista de la libertad de expresión,

6 Esta concepción es obviamente defendida por todos los autores que en el debate contemporáneo adhieren a la llamada democracia deliberativa. Para una compilación útil sobre perspectivas en torno a la democracia deliberativa, ver James Bonham, William Rehg (eds.) (1997). *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*. Cambridge, MIT Press. A nivel de la jurisprudencia comparada, el célebre caso de la Corte Suprema de Estados Unidos, *New York Times vs Sullivan* de 1964, defiende esa perspectiva cuando argumenta que la función esencial de la protección de la libertad de expresión es permitir un debate democrático “desinhibido, vigoroso y completamente abierto”.

en virtud de la cual, el problema es simplemente garantizar que las personas puedan expresarse sin trabas y, en especial, sin interferencias del Estado, por lo cual dichas visiones desconfían de cualquier regulación estatal a la cual tienden a calificar de censura. Por el contrario, la cuarta concepción postula una visión distinta, pues en ciertos aspectos puede defender la regulación estatal, cuando esta promueve una mayor diversidad y equilibrio informativos, en la medida en que la formación de la voluntad democrática requiere que los ciudadanos decidan pero de manera informada. Por ello, como lo destacan constitucionalistas y filósofos del derecho, como Owen Fiss⁷ o Cass Sunstein,⁸ es necesario distinguir entre visiones liberales e individualistas de la libertad de expresión, las cuales ven en el Estado siempre una amenaza, y visiones democráticas, igualitarias y participativas, que si bien desconfían del Estado, también consideran que este puede ser, en ciertos aspectos, un amigo de la libertad de expresión, la promover una mayor equidad en el flujo informativo.

Las anteriores consideraciones muestran entonces que la libertad de expresión es un derecho esencial en una democracia, pero que es un derecho complejo y discutido, pues no solo existen entendimientos diversos sobre su significado y justificación, sino que, además, suele colisionar con otros derechos fundamentales.

Un ejemplo que nos permite mostrar la complejidad de la libertad [de expresión] es el debate en torno al llamado “discurso del odio”, sobre el cual la jurisprudencia canadiense y la norteamericana han producido diversos resultados. El problema es el siguiente: en general se admite que la expresión de opiniones en principio no debe tener restricciones, a diferencia de la divulgación de informaciones, que admite mayores limitaciones. Pero el tema no es tan pacífico, como lo muestran los “discursos de odio”, en donde una persona, por ejemplo, presenta opiniones abiertamente racistas, los cuales plantean complejos problemas en las democracias ya que implican una difícil tensión entre igualdad y libertad de expresión. En efecto, si todas las personas tienen derecho a no ser discriminadas por razón de raza, ¿debe constitucionalmente protegerse un discurso racista? ¿O esas expresiones no ameritan protección constitucional y pueden, e incluso deben ser sancionadas?⁹ Esta tensión aparece clara incluso en los pactos de derechos

7 Ver Owen Fiss (1996). *La ironía de la libertad de expresión*. Barcelona, Gedisa, pp. 12 y ss., pp. 71 y ss. Ver, igualmente, de este autor: (1997). *Libertad de expresión y estructura social*. México, Fontamara, pp. 13 y ss., pp. 28 y ss.

8 Ver Cass Sunstein (1999). *The partial constitution*. Cambridge, Harvard University Press, capítulos 7 y 8.

9 Para el desarrollo de ese complejo debate en los Estados Unidos, ver Da-

humanos. Así, la Convención Interamericana consagra en el artículo 13 la libertad de expresión e información, y prohíbe toda censura, pero ese mismo artículo parece legitimar la sanción e interdicción del “discurso de odio”, pues el literal 5º establece que “estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”. La respuesta no es fácil.

El discurso del odio debe distinguirse de la apología al delito, pues esta última tiene un sentido de incitación inmediata a la acción, que entra en los terrenos no protegidos por la libertad de expresión. Hay una frase muy célebre del juez Holmes en los Estados Unidos según la cual la libertad de expresión nunca se extendería a la posibilidad de gritar ¡fuego! en un teatro, porque generaría una reacción inmediata que produciría riesgos a otros derechos. Tampoco puede llegar a manifestar expresiones incitadoras al combate. Se pueden hacer críticas muy fuertes pero en una manifestación no se puede llegar a decir algo que inmediatamente genere la reacción del otro de agresión porque eso se considera reprimible. Las conductas de incitación son uno de los ejemplos en donde la libertad de expresión se convierte en acción y es entonces limitable. Cosa distinta es que no se haga una incitación sino la defensa del genocidio, que es de lo que trata el discurso de odio. En Estados Unidos, en donde existe una gran polémica sobre este aspecto, el ejemplo más dicente de discursos de odio son las manifestaciones del Ku Klux Klan contra los negros. Entonces, ¿puede prohibirse esa manifestación por su contenido discriminatorio o debe permitirse para amparar la libertad de expresión? Ese es el tipo de debates que dividen a la comunidad de derechos humanos en Estados Unidos. Un sector sostiene que debe permitirse este tipo de expresión porque si no, el día de mañana, las autoridades pueden prohibir cualquier cosa. Por el contrario, otros dicen que la libertad de expresión no puede llegar hasta el discurso de odio porque este es discriminatorio y constituye una agresión contra minorías débiles, cuya consecuencia directa es silenciarlas. Canadá es un país cuya Corte Suprema admite la prohibición de los discursos de odio, mientras que en Estados Unidos la tendencia ha sido la de declarar la inconstitucionalidad de dichas restricciones, por considerarlas incompatibles con la libertad de expresión. Y en Estados Unidos, este punto ha dividido incluso a doctrinantes que solían estar

vid Savage (1995). “Hate Speech, Hate Crimes and the First Amendment”, en Rodney A. Smolla (ed.). *A year in the life of the Supreme Court*. Durham, Duke University Press, pp. 181 y ss. Ver igualmente los textos citados de Fiss.

muy de acuerdo en una vigorosa defensa de la libertad de expresión. Así, ciertos autores como Owen Fiss, admiten ciertas restricciones a los discursos de odio, por sus efectos silenciadores sobre las minorías discriminadas, mientras que otros, como Ronald Dworkin, ven dichas limitaciones como afectaciones graves a la libertad de expresión.¹⁰

El reciente caso del historiador David Irving también muestra los problemas que plantea la regulación de la libertad de información y de opinión. Este historiador inglés se ha distinguido por afirmar que el holocausto judío no sucedió. Fue condenado recientemente en Austria a tres años de prisión por violar la *Verbotsgesetz* (Ley de prohibición), cuya primera versión fue dictada el 8 de mayo de 1945 con el fin de impedir la reactivación de los movimientos nacionalsocialistas. En el artículo 3 de la Ley se sancionaba la glorificación y alabanza de esas organizaciones y el enaltecimiento de la persona de Hitler. En su versión original se sancionaba con muerte y confiscación de los bienes la pertenencia al partido o la actividad a favor de sus fines.

¿Es válida una ley de esa naturaleza, con el fin de evitar el surgimiento de movimientos totalitarios? ¿O por el contrario, ella representa una injustificable restricción a la libertad de expresión? Los propios defensores de la libertad de expresión no se ponen de acuerdo en el punto, pues mientras algunos apoyan ese tipo de restricciones, como una defensa legítima de los valores democráticos, otros consideran que es una afectación injustificada de la libertad de expresión.¹¹

El mismo profesor Irving también dio origen a una sentencia del Tribunal Constitucional Federal, llamada *Auschwitzlüge* (BVerGE 90, 241), proferida en 1994. Él fue invitado por un partido de extrema derecha a dar una conferencia en Munich. La ciudad le impuso al partido la condición de asegurar que durante la charla no se hablaría de la persecución de los judíos en el Tercer Reich, en el sentido de negarla o ponerla en duda. Las intervenciones en esta dirección estaban prohibidas. Si la orden no se acataba, la reunión sería interrumpida o disuelta y se impondrían penas de arresto, pues con ello se estaría incurriendo en el delito de negar la persecución nazi sobre los judíos.

Contra las condiciones impuestas se elevó el equivalente a una acción de tutela, la cual fue denegada por el Tribunal. Este manifestó

10 Ver los textos citados de Fiss, en especial *La ironía*, *loc. cit.*, pp. 24 y ss. Para un escepticismo liberal frente a esos planteamientos, ver Ronald Dworkin (1996). *Freedom's Law. The moral reading of the Constitution*. Cambridge, Harvard University Press, capítulos 9 y 10.

11 Para una crítica a la penalización de trabajos como el de Irving, ver el artículo de Ralf Dahrendorf. "Reject dangerous free speech with arguments, not prison". *The Daily Star* del 20 de diciembre de 2005. Disponible en: www.dailystar.com.lb/article.asp?edition_id=10&categ_id=5&article_id=20885

que las opiniones que contenían afirmaciones sobre hechos podían juzgarse acerca de la veracidad de los últimos. Y si los elementos fácticos son comprobadamente falsos, la libertad de opinión debe ceder ante la protección de la honra de las personas, en este caso de los judíos.

Es importante anotar que pocos meses antes el Tribunal había concedido una tutela al autor de un libro que negaba que Alemania fuera culpable del estallido de la Segunda Guerra Mundial (BVerGE 90, 1). El libro fue incluido en un índice, como libro que amenazaba la juventud, por cuanto podía confundirla en los valores sociales y éticos y en sus costumbres morales. El Tribunal dijo que el libro constituía realmente una opinión y no se dejaba reducir a una afirmación falsa de hechos.¹²

En el caso de la jurisprudencia constitucional colombiana, la Corte ha sostenido la protección constitucional de la manifestación de opiniones negativas sobre las personas o sus actuaciones.¹³ Sin embargo, ha insistido en que se activa un control intenso sobre las expresiones que

...alcancen niveles de insulto o tratándose de expresiones dirigidas a personas específicas, resulten absolutamente desproporcionadas frente a los hechos, comportamientos o actuaciones, que soportan la opinión, de tal manera que, más que una generación del debate, demuestre la intención clara de ofender sin razón alguna o un ánimo de persecución desprovisto de toda razonabilidad.¹⁴

En estos casos no se restringe la opinión negativa contra algunas personas, sino el hecho de que se utilice la opinión como arma para generar una conducta violenta en contra de la víctima. Es decir, se trata de situaciones en las cuales se hace un uso de la libertad de opinión incompatible con la democracia. No obstante, por tratarse de una restricción a la libertad de opinión, se exige que se encuentre debida y suficientemente probado el uso indebido de la opinión, por lo cual no es suficiente que se compruebe el carácter incitador del mensaje, sino que también es necesario establecer que, dadas las condiciones particulares del caso, el ofendido o la audiencia reaccionarán o reaccionaron

12 Ver al respecto, Christoph Fiedler (2000). BVerGE 90, 241 – Auschwitzlüge. Strafbarkeit des Leugnens der Judenverfolgung und Äusserungsverbote, en Jörg Menzel, (ed.). *Verfassungsrechtsprechung. Hundert Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive*. Tübinga, pp. 541-546.

13 El tema fue tratado a profundidad por la Corte en la sentencia T-1319/01 con ocasión de la tutela que contra un reconocido periodista deportivo interpuso el técnico de un equipo de fútbol que consideró que las críticas hechas por el periodista vulneraron sus derechos a la honra y buen nombre, así como a la integridad personal, por la incitación que los comentarios podían producir para que se presentaran agresiones directas contra él por parte de los hinchas.

14 Sentencia T-213/04.

violentamente y que existe una relación clara de causalidad entre uno y otro fenómeno.

El tema también fue abordado con ocasión del control de constitucionalidad ejercido sobre el proyecto de ley Estatuaria del Estatuto Básico de los Partidos y Movimientos Políticos y el Estatuto de la Oposición. Dentro del proyecto se incluyó un artículo según el cual los partidos y movimientos políticos que aspiraran a obtener el reconocimiento de personería jurídica, deberían necesariamente expresar en sus plataformas filosofías, programas y aspiraciones democráticas. En una decisión dividida, la disposición fue declarada inexecutable, pues se consideró que una democracia en la que se garantiza la libertad ideológica de los partidos y el pluralismo, es compatible con la existencia de contenidos ideológicos diferentes, tanto en las decisiones políticas como en la actividad política, por lo que es admisible incluso la existencia de partidos y movimientos políticos cuyo ideario no sea democrático o sea contrario a esta forma de gobierno. No obstante, los cuatro magistrados que salvaron su voto con relación a este punto, cuestionaron el concepto procedimental implícito en la sentencia y denunciaron el peligro de que la democracia quedara indefensa frente a las amenazas de los movimientos políticos antidemocráticos. Igualmente consideraron que hubo un mal entendimiento de los alcances de la libertad ideológica, pues es claro que esta admite la existencia de cualquier pensamiento, aun antidemocrático, pero distinto es cuando las manifestaciones trascienden la conciencia y se concretan y materializan externamente, como ocurre con los programas de un partido o movimiento, pues en este caso las posturas expresadas sí pueden ser controladas por el Estado, aunque solo dentro de ciertos límites y para fines bien precisos y legítimos.¹⁵

Los ejemplos anteriores del discurso de odio y del discurso político antidemocrático demuestran la complejidad del derecho a la libertad de información y por qué suscita tantos problemas constitucionales recurrentes. Este es un derecho importantísimo en las sociedades democráticas, por su valor intrínseco y por las funciones que cumple, pero extremadamente complejo porque tiende a colisionar con otros derechos y bienes constitucionales de particular importancia y eso obliga a que sea difícil encontrar soluciones equilibradas para armonizar la protección del derecho a la libertad de expresión, en sus distintas manifestaciones, con esos otros bienes constitucionales.

15 Salvamento de voto parcial de los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa a la sentencia C-089/94.

Hechas esas breves reflexiones conceptuales sobre la libertad de expresión, podemos entonces entrar a analizar específicamente la evolución de la jurisprudencia constitucional colombiana, para lo cual comenzaremos por presentar la doctrina general que este tribunal ha desarrollado sobre este derecho, para luego examinar la manera como ha resuelto sus tensiones con otros derechos fundamentales y con otros valores constitucionales.

II. El contenido general del derecho a la información en la jurisprudencia constitucional colombiana

El derecho a la información y la libertad informativa no representa más que una de las varias dimensiones de lo que genéricamente se denomina *libertad de expresión e información*. En efecto, en general, la mencionada libertad incluye, cuando menos, dos aspectos: 1) la facultad de expresar opiniones e ideas, y 2) la libertad de hacer circular y recibir información. Estas dos dimensiones, pese a estar estrechamente relacionadas, tienen alcance y contenido diversos y, en consecuencia, merecen ser estudiadas de forma independiente.¹⁶ La presente investigación y el presente estudio preliminar se centra, casi exclusivamente, en los problemas que plantea la libertad de información, sobre todo en relación con los medios masivos de comunicación y la actividad periodística, aunque no excluye referencias tangenciales a otras dimensiones de la libertad de expresión. Este énfasis se explica no solo por obvias limitaciones de espacio que obligan a focalizar el análisis, sino además porque creemos que los problemas más urgentes en nuestro país se relacionan con el manejo de la información en los medios de

16 Sobre la diferencia entre la libertad de expresión y la libertad de información, la Corte Constitucional colombiana ha indicado: “El artículo 20 de la Constitución acoge una diferenciación, que es aceptada en la doctrina y la jurisprudencia de otros países, y que es importante de atender cuando se trata sobre la actividad que realizan los medios de comunicación. Así, mientras que, por un lado, el artículo establece la libertad de expresar y difundir los propios pensamientos y opiniones, por el otro se señala que existe libertad para informar y recibir información veraz e imparcial. La primera libertad se refiere al derecho de todas las personas de comunicar sus concepciones e ideas, mientras que la segunda se aplica al derecho de informar y de ser informado sobre los hechos o sucesos cotidianos. Las dos libertades reciben un trato distinto: así, mientras que la libertad de expresión *prima facie* no conoce límites, la libertad de informar está atada constitucionalmente a dos condiciones, a saber: la veracidad y la imparcialidad. La explicación del desigual tratamiento de estas dos libertades salta a la vista: en una sociedad democrática y liberal no se puede impedir que cada cual tenga y exponga sus propias opiniones, pero algo diferente es que exponga hechos que no corresponden a la realidad o que suministren una versión sesgada de ella, induciendo así a engaño a los receptores de información”. Sentencia T-066/98. En el mismo sentido, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-332/93, T-552/95, T-602/95, y T-472/96.

comunicación. Adicionalmente, dado que este artículo busca profundizar el estudio de las decisiones constitucionales, el tema de la libertad informativa resulta mucho más atractivo, puesto que la jurisprudencia colombiana es más compleja y rica en este campo.

El derecho a la información se encuentra consagrado en el artículo 20 de la Constitución que establece, en cabeza de toda persona, la libertad de informar y recibir información veraz e imparcial. Adicionalmente, la Carta garantiza el derecho a fundar medios masivos de comunicación, los que se consideran, al mismo tiempo, libres pero responsables socialmente. Por último, el artículo 20 prohíbe la censura.¹⁷

A su vez, el artículo 73 de la Constitución consagra la protección de la libertad e independencia de la actividad periodística¹⁸ y el artículo 74 la inviolabilidad del secreto profesional, que en el caso de los periodistas garantiza la reserva de las fuentes de la información.¹⁹

Ligadas a las anteriores disposiciones está la consagración constitucional de la definición del espectro electromagnético como bien público “inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado”, la garantía de acceso en igualdad de oportunidades a este²⁰ y la autonomía del ente encargado de la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión.²¹

Igualmente, de rango constitucional es la consagración del derecho que tienen los partidos y movimientos políticos para utilizar los medios

17 El artículo 20 de la Constitución establece: “Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura”.

18 El artículo 73 de la Constitución Política de Colombia establece: “La actividad periodística gozará de protección para garantizar su libertad e independencia profesional”.

19 El artículo 74 de la Constitución Política de Colombia establece: “Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. El secreto profesional es inviolable”.

20 El artículo 75 de la Constitución Política de Colombia establece: “El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley. Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético”.

21 El artículo 76 de la Constitución Política de Colombia establece: “La intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio. Dicho organismo desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio a que hace referencia el inciso anterior”.

de comunicación que hacen uso del espectro electromagnético²² y las garantías para la oposición en términos de “acceso a la información y a la documentación oficial”, “el uso de los medios de comunicación social del Estado o en aquellos que hagan uso del espectro electromagnético” y el derecho de réplica en los mismos medios de comunicación.²³

a. El ámbito constitucional protegido

En criterio de la Corte Constitucional, el bien jurídico tutelado por el derecho a la información no es exclusiva ni prioritariamente el derecho subjetivo del comunicador a transmitir una determinada información. Lo que se protege a través de este derecho, es que el proceso de comunicación de la información sea verdaderamente libre, pluralista e igualitario. En efecto, la Corte Constitucional ha considerado que la existencia de un mercado de ideas, caracterizado por una prensa libre, es condición de posibilidad de los restantes derechos y libertades fundamentales.²⁴

Pese a que la libertad de información tiene una eficacia privilegiada en el proceso de comunicación de masas, lo cierto es que la jurisprudencia constitucional ha entendido que este derecho despliega su fuerza vinculante en todos los ámbitos en los cuales es necesario

22 El artículo 111 de la Constitución Política modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 1 de 2003 establece: “Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica tienen derecho a utilizar los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, en todo tiempo, conforme a la ley. Ella establecerá así mismo los casos y la forma como los partidos, los movimientos políticos y los candidatos debidamente inscritos, tendrán acceso a dichos medios”.

23 El artículo 112 de la Constitución Política modificado por el artículo 5 del Acto Legislativo 1 de 2003 establece: “Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que se declaren en oposición al Gobierno, podrán ejercer libremente la función crítica frente a este, y plantear y desarrollar alternativas políticas. Para estos efectos, se les garantizarán los siguientes derechos: el acceso a la información y a la documentación oficial, con las restricciones constitucionales y legales; el uso de los medios de comunicación social del Estado o en aquellos que hagan uso del espectro electromagnético de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para Congreso inmediatamente anteriores; la réplica en los mismos medios de comunicación”.

24 A este respecto, la sentencia T-066/98 de la Corte Constitucional Colombiana, señala: “una prensa libre contribuye a informar y formar a los ciudadanos; sirve de vehículo para la realización de los debates sobre los temas que inquietan a la sociedad; ayuda de manera decisiva a la formación de la opinión pública; actúa como instancia de control sobre los poderes públicos y privados, etc. Además, la libertad de prensa es fundamental para el ejercicio pleno del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues para que una persona pueda definir y seguir de manera apropiada la orientación que le desea dar a su existencia es necesario que tenga la posibilidad de conocer distintas formas de concebir la vida y de comunicar su propia opción vital”. En el mismo sentido, ver, entre otras, la sentencia T-609/92.

proteger la libre comunicación de la información. En consecuencia, son titulares de esta libertad todas las personas que pretendan transmitir informaciones en foros más o menos públicos y frente a audiencias más o menos limitadas, pese a que no se sirvan de la intermediación de los medios masivos de comunicación, ni actúen en calidad de periodistas.²⁵ De acuerdo con la jurisprudencia, las personas jurídicas también son titulares del derecho a la información y pueden interponer la acción de tutela para obtener su protección y efectividad.²⁶

Ahora bien, para la Corte Constitucional el derecho a la información, en tanto derecho fundamental, es universal, inalienable, irrenunciable, imprescriptible e inviolable.²⁷ A su vez, la libertad de información es un derecho de “doble vía”, que garantiza tanto el derecho a informar como a recibir información veraz e imparcial.²⁸ A su turno, el derecho a informar parte de la protección de otros derechos, como el derecho de acceso a la información pública directamente conectado con el ejercicio del derecho de petición,²⁹ la libertad de expresión

25 La Corte Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la eficacia del derecho a la libre información en el ámbito académico (SU-667/98), religioso (T-263/98), informático (SU-082/95), económico (T-368/98), carcelario (T-706/96), laboral (T-165/05), residencial (T-108/05, T-977/99), entre otros.

26 Ver, entre otras, las sentencias T-050/93 y SU-182/98.

27 Ver, entre otras, las sentencias C-488/93, T-563/93, C-073/96, C-711/96, C-350/97, T-368/98, C-1172/01.

28 La jurisprudencia de la Corte ha sostenido reiteradamente esta tesis desde la sentencia T-512/92. Al respecto, en la sentencia T-332/93, la Corte indicó: “Recuérdese, sin embargo, que el derecho a la información es de *doble vía*, característica trascendental cuando se trata de definir su exacto alcance: no cubre únicamente a quien informa (sujeto activo) sino que cubre también a los receptores del mensaje informativo (sujetos pasivos), quienes pueden y deben reclamar de aquel, con fundamento en la misma garantía constitucional, una cierta *calidad* de la información. Esta debe ser, siguiendo el mandato de la misma norma que reconoce el derecho, ‘veraz e imparcial’. Significa ello que no se tiene simplemente un derecho a informar, pues el Constituyente ha calificado ese derecho definiendo cuál es el tipo de información que protege. Vale decir, la que se suministra desbordando los enunciados límites — que son implícitos y esenciales al derecho garantizado —, realiza antivalores (falsedad, parcialidad) y, por ende, no goza de protección jurídica; al contrario, tiene que ser sancionada y rechazada porque así lo impone un recto entendimiento de la preceptiva constitucional”.

29 El artículo 23 de la Constitución Colombiana señala que: “toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”. A su turno, el artículo señala que “todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. El secreto profesional es inviolable”.

artística y literaria,³⁰ la prohibición de la censura previa,³¹ el derecho a fundar medios de comunicación,³² la reserva de las fuentes,³³ el derecho a comunicarse,³⁴ el derecho a la igualdad de oportunidades en el acceso al espectro electromagnético,³⁵ el derecho de acceso a la información personal y socialmente relevante y su soporte³⁶ y, en general, la existencia de condiciones estructurales y operativas necesarias para que el mercado de las ideas resulte igualitario, libre y pluralista. Por su parte, el derecho a recibir oportuna y adecuada información supone la interdicción de la arbitrariedad en el proceso comunicativo,³⁷ la protección del pluralismo informativo³⁸ y la obligación que se impone al periodista de comunicar información *veraz e imparcial*.³⁹

De las anteriores prescripciones, la Corte ha derivado varias consecuencias importantes. En primer lugar, la jurisprudencia⁴⁰ ha entendido que toda reglamentación sustantiva de la libertad de información debe originarse en una *ley estatutaria*, es decir, en una ley sometida a procedimientos y mayorías especiales, destinados a garantizar un mayor consenso social.⁴¹ En segundo término, la Corporación ha señalado que la intervención pública en el proceso de comunicación de masas debe provenir, en principio y salvo circunstancias verdaderamente

30 Cfr. entre otras, la sentencia SU-056/95.

31 Cfr., entre otras, las sentencias C-488/93, T-104/96, C-010/00, T-293/94, T-484/94, SU-056/95, T/505-00, T-213/04, T-216/04.

32 Cfr., entre otras, la sentencia T-081/93.

33 Cfr., entre otras, la sentencia C-038/96.

34 Definido como aquel cuyo núcleo esencial no consiste en el acceso a determinado medio o sistema, sino en la libre opción de establecer contacto con otras personas en el curso de un proceso que incorpora la mutua emisión de mensajes, su recepción, procesamiento mental y respuesta, bien que ello se haga mediante el uso directo del lenguaje, la escritura o los símbolos, o por aplicación de la tecnología. A este respecto ver entre otras las sentencias T-032/95, C-073/96, C-350/97, C-010/00.

35 Cfr., entre otras, las sentencias C-093/96, C-310/96, C-350/97, SU-182/98, T-838/02.

36 Ver sentencia T-227/03.

37 Cfr., entre otras, la sentencia T-706/96.

38 *Ibid.*

39 Sobre los conceptos de veracidad e imparcialidad se volverá más adelante en el presente documento. Sin embargo, al respecto pueden consultarse las sentencias T-512/92, T-603/92, T-609/92, T-050/93, T-080/93, T-259/94, T-472/96, T-066/98, T-1202/00, T-036/02, T-1225/03, T-213-04, T-1198-04.

40 Cfr., entre otras, la sentencia C-425/94.

41 Conforme al artículo 153 de la Constitución, la aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias no solo exige la mayoría absoluta de los miembros del Congreso, sino que su constitucionalidad debe ser automáticamente revisada por la Corte Constitucional.

excepcionales,⁴² de autoridades imparciales, autónomas e independientes, como la Comisión Nacional de Televisión o los jueces de la república.

De otro lado, la libertad de expresión, abarca también “el derecho a adoptar el medio que la persona considere más idóneo para comunicar y exteriorizar sus ideas, opiniones o pensamientos”.⁴³ En consecuencia, no solo los contenidos están protegidos, sino también la forma en que dichos contenidos son difundidos. De lo anterior se deriva la necesidad de la tenencia de medios útiles para comunicar el pensamiento y la consecuente protección de estos medios.

Sin embargo, la libertad de información no solo reporta a su titular un conjunto de herramientas de defensa contra injerencias arbitrarias. Adicionalmente, este derecho apareja una serie de obligaciones que se desprenden del propio texto constitucional. En efecto, el ejercicio de la libertad de información debe realizarse conforme a dos principios esenciales, que limitan internamente el alcance de este derecho: el principio de veracidad y el principio de imparcialidad.

b. La “veracidad” como límite interno a la libertad de informar

La Corte Constitucional ha señalado que el derecho a recibir información *veraz* constituye un límite inquebrantable del derecho a informar. En estas condiciones, resulta fundamental establecer el contenido del principio de veracidad, pues de ello dependerá la responsabilidad social que puede hacerse exigible a quien ha transmitido una información falsa o inexacta. Según esa Corporación, la veracidad de una información hace referencia a hechos o a enunciados de carácter fáctico, que pueden ser verificados, por lo cual no cubre las opiniones.⁴⁴ No obstante, la jurisprudencia ha comprendido que, en muchos eventos, no resulta fácil definir si una información respeta el principio de veracidad, pues puede referirse a hechos difíciles de comprobar o fundarse en fuentes que merezcan la más alta credibilidad del medio pese a que, finalmente, resulten equivocadas. Por ello, se ha considerado

42 A través de la sentencia C-425/94, la Corte declaró inexecutable —por razones de competencia— una norma legal que prohibía difundir ciertas informaciones relativas al conflicto armado, sin previa autorización del Ministerio de Comunicaciones. Sin embargo, esa corporación ha aceptado restricciones a la libertad de información originadas en decisiones del Ejecutivo con ocasión de decretos expedidos en estados de excepción. Al respecto pueden consultarse las sentencias C-033/93 y C-045/96.

43 Sentencia T-705/96.

44 Sentencia T-080/93. En el mismo sentido, ver sentencias T-603/92, T-609/92 y T-074/95.

que vulnera el principio de veracidad el dato fáctico que es contrario a la realidad, siempre que la información se hubiere publicado por negligencia o imprudencia del emisor. Así por ejemplo, no es veraz la información según la cual una persona tiene antecedentes penales o se encuentra vinculada a actividades ilícitas, cuando las autoridades competentes certifican los hechos contrarios. En este sentido, la Corte encontró que existía vulneración del principio de veracidad al referirse a una persona que estaba siendo penalmente juzgada como autora del crimen respectivo;⁴⁵ en el mismo sentido, la Corporación señaló que había transgredido el principio de veracidad el periodista que se refirió a una serie de grupos defensores de derechos humanos, como organizaciones simpatizantes de grupos al margen de la ley,⁴⁶ así como cuando se identificó a una persona como colaboradora de los carteles de la droga, sin que existiera un solo elemento en el cual basar la referida información,⁴⁷ o cuando a través de la radio se afirmó que un ministro había reconocido públicamente haber incurrido en evasión de impuestos cuando en realidad aquel nunca se refirió a lo que el periodista dijo.⁴⁸

Sin embargo, si se trata de hechos que no pueden ser fácilmente comprobados por el emisor, viola el principio de veracidad el periodista o la persona que los presenta como hechos ciertos o definitivos. En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha afirmado que es inexacta y, en consecuencia, contraria al principio de veracidad, la *información* que, en realidad, responde simplemente a un juicio de valor u opinión del emisor, cuando es presentada como un hecho cierto e indiscutible. La jurisprudencia colombiana ha indicado que el medio que no diferencia entre los hechos verdaderos y los juicios de valor que tales hechos merecen a los comunicadores, vulnera el principio de veracidad.⁴⁹ Por último, la Corte ha considerado que se vulnera el principio

45 Ver sentencia T-512/92.

46 Ver sentencia T-050/93.

47 Ver sentencia T-563/93.

48 Ver sentencia T-369/93.

49 Así, en la sentencia T-080/93, dijo la Corte: “Esta exigencia no significa, como podría pensarse en un primer momento, la anulación del derecho del medio de comunicación a expresar su opinión sobre los hechos informados. Su finalidad va encaminada a establecer en los noticieros o programas cuyo objeto principal sea informar al público sobre el acontecer nacional o mundial, una clara distinción entre lo que es un hecho y la opinión que dicho hecho suscita para los propietarios o editores del medio masivo de comunicación. Lo anterior es una garantía del público en general con miras a que la información no se gobierne exclusivamente con patrones puramente comerciales ni se suministre en forma de ‘mercancía’, lista para consumir, sino mediante la presentación de la mayor cantidad de elementos de juicio que le permita adoptar una posición

de veracidad cuando la “noticia”, el “titular”, pese a ser literalmente cierto, es presentado de manera tal que induce al lector a conclusiones falsas o erróneas.⁵⁰

c. La “imparcialidad” como segunda limitación interna

Pero no basta con que la información sea veraz —en los términos antes mencionados— para que pueda afirmarse que queda cobijada por la garantía consagrada en el artículo 20 de la Carta. Adicionalmente, para que una publicación pueda oponerse a las pretensiones de terceros presuntamente afectados, se requiere que satisfaga los imperativos del principio de imparcialidad.

Según la Corte Constitucional, la imparcialidad, a diferencia del principio de veracidad, “envuelve una dimensión interpretativa de los hechos, la cual incluye elementos valorativos y está a mitad de camino entre el hecho y la opinión”. En consecuencia, la jurisprudencia ha advertido que

...una rigurosa teoría general y abstracta sobre la interpretación haría imposible exigir la presentación imparcial de un hecho, ya que toda interpretación tendría algo de subjetiva. El Constituyente no quiso llegar hasta este extremo, y optó por vincular la exigencia de imparcialidad de la información al derecho del público a formarse libremente una opinión, esto es, a no recibir una versión unilateral, acabada y “prevalorada” de los

crítica y enriquecida, y de esta forma pueda contribuir eficazmente a la controversia democrática. Una información parcial, que no diferencia entre hechos y opiniones en la presentación de la noticia, subestima al público receptor, no brinda la posibilidad a los lectores u oyentes para escoger y enjuiciar libremente, y adquiere los visos de una actitud autoritaria, todo lo cual es contrario a la función social que cumplen los medios de comunicación para la libre formación de la opinión pública”. En el mismo sentido dijo la Corte: “La presentación de la información mezclando hechos y opiniones entraña inexactitud. Los actos de deformar, magnificar, minimizar, descontextualizar o tergiversar un hecho pueden desembocar en la inexactitud de la información al hacer que la apariencia sea tomada como realidad y la opinión como verdad, ocasionando con ello un daño a los derechos fundamentales de un tercero”. Al respecto, ver también sentencias T-369/93, T-602/95, T-472/96, C-010/00, T-1682/00 T-634/01, T-1319/01, T-787/04, T-1198/04.

50 En sentencia T-259/94 dijo la Corte: “La veracidad y la imparcialidad de una información son cualidades que deben predicarse del conjunto de ella, es decir, para que tales requerimientos constitucionales se cumplan, es necesario que todos los factores integrantes del material informativo que llega al público contribuyan a su realización (unidad informativa). En efecto, de nada sirve que el contenido de la noticia sea exacto si el titular usado para encabezarla no lo es y viceversa. Los titulares determinan, con frecuencia de modo irreversible, el criterio que se forma el receptor de las informaciones acerca del alcance de las mismas y, en consecuencia, cuando son erróneos, inexactos o sesgados, comunican el vicio a la integridad de la información publicada”. En el mismo sentido, ver las sentencias T-066/98, T-036/02 y T-1225/03.

hechos que le impida deliberar y tomar posiciones a partir de puntos de vista contrarios, expuestos objetivamente.⁵¹

En suma, de acuerdo con el principio de imparcialidad, los periodistas están obligados a establecer cierta distancia crítica respecto de sus fuentes, pues la aceptación irreflexiva de todas sus afirmaciones puede comprometer su responsabilidad. A juicio de la Corte, la información suministrada, cuando ello sea posible, debe ser confirmada o, al menos, contrastada con la información que, sobre los mismos hechos, suministren expertos en la materia, cuando no la parte directamente implicada. Igualmente, la Corte ha considerado que el comunicador debe “cuestionar sus propias impresiones y preconceptos, con miras a evitar que sus preferencias y prejuicios afecten su percepción de los hechos”.⁵² Siguiendo la tesis expuesta, la Corte Constitucional encontró que una revista que había publicado información contenida en un documento no oficial del Ejército, en el que se sindicaba —sin ninguna prueba— a ciertos servidores públicos de ser auxiliares de grupos al margen de la ley, sin asumir una posición crítica respecto de la fuente, ni solicitar la opinión de las personas involucradas o de expertos en el tema, vulneró el principio de imparcialidad y lesionó los derechos fundamentales de las personas involucradas.⁵³ Pero, asimismo, en un caso en el que un diario publicó un artículo en el que se cuestionó duramente una decisión judicial tomada respecto de un proceso en el que estaba involucrado un exsenador de la república, la Corte constató que la forma escogida para presentar la noticia era apropiada. El periódico contrastó la existencia de pruebas y el salvamento de voto de una de las magistradas del tribunal con la decisión tomada por los otros dos magistrados. Según la Corte, no se hicieron afirmaciones que no hubieran sido públicamente conocidas en el curso del proceso o que indujeran al público a errores y, por lo tanto, aunque no fue totalmente técnica, la presentación de la información no tuvo el alcance de comprometer la imparcialidad.⁵⁴

d. El derecho fundamental a la rectificación en condiciones de equidad y el tipo de correctivos judiciales propuestos

Una consecuencia natural de los anteriores principios es el derecho de rectificación, pues si el medio de comunicación publica una

51 Sentencia T-080/93.

52 Sentencia T-066 de 1998.

53 *Ibid.*

54 Ver T-1000/00.

información falsa, errónea o parcializada, a partir de lo cual lesiona los derechos fundamentales de una tercera persona, esta última tiene el derecho fundamental a solicitar la corrección de la información, en condiciones de equidad. Según la Corte Constitucional, la posibilidad de exigir la rectificación es “un derecho de la misma naturaleza fundamental del que tiene el sujeto activo a informar y de los derechos a la honra y al buen nombre que por su conducto se protegen”.⁵⁵ En consecuencia, no puede oponerse a este derecho la especial prevalencia de la libertad de prensa, pues el mismo constituye, justamente, un límite a dicha libertad. Además, según la Corte, este derecho existe con independencia del medio en el cual encuentren contenidas las informaciones objeto de difusión: boletines, cartas, carteles, emisiones de radio y televisión, revistas o periódicos. Según la Corte,

...no interesa la mayor o menor capacidad de penetración del medio de comunicación utilizado en un determinado ámbito social, es decir, si su cubrimiento es nacional, regional o local, e incluso en el círculo interno de una entidad u organización, sino la actitud de este para dar a conocer a sus destinatarios la información, que siempre deberá ser veraz e imparcial.⁵⁶

La rectificación en condiciones de equidad exige, según la jurisprudencia, que se satisfagan dos condiciones esenciales. En primer lugar, que la rectificación —o aclaración— tenga un “despliegue informativo equivalente”⁵⁷ al que tuvo la noticia inicial. Adicionalmente, que el medio de comunicación reconozca, expresamente, que se equivocó. En criterio de la Corte, “para que la rectificación se acomode a los postulados constitucionales, el medio de comunicación debe reconocer plenamente que incurrió en un error o en una falsedad”.⁵⁸

Ahora bien, en cuanto a la primera cuestión mencionada, es importante advertir que la equivalencia no supone, necesariamente, que tanto la noticia como su posterior corrección deban aparecer, exactamente, en el mismo espacio.⁵⁹ Tampoco es necesario que tengan la

55 Sentencia T-369/93. Adicionalmente pueden consultarse las sentencias T-479/93, T-404/96, T-074/95, T-472/96, T-066/98, T-1202/00, T-036/02 y T-1198/04.

56 Sentencia T-605/98.

57 Sentencia T-066/98.

58 T-472/96. Ver también las sentencias T-603/92, T-274/93, T-332/93, T-479/93, T-595/93, T-259/94, T-381/94, T-074/95, T-472/96, T-066/98 y T-1198/04.

59 Al respecto puede consultarse la sentencia T-404/96, a través de la cual la Corte Constitucional entendió que satisfacía el derecho fundamental de rectificación en condiciones de equidad la publicación de la rectificación en un espacio distinto al ocupado por la noticia original, bajo el argumento de que se trataba de un lugar de mayor relevancia e impacto que aquel ocupado por la información original.

misma extensión o duración. Lo que sí resulta fundamental es que la rectificación o aclaración de la información falsa o parcializada, constituya un verdadero remedio a la vulneración de los derechos de la persona concernida y, para ello, será necesario que tengan, al menos, igual despliegue e importancia. En palabras de la Corte, “de lo que se trata es de que el lector pueda identificar con facilidad la relación existente entre la rectificación y el artículo enmendado”.⁶⁰ En la misma línea, la Corte se ha referido a la oportunidad con la que la rectificación debe ser llevada a cabo para que cumpla su cometido y se garantice efectivamente la protección de quien ha sido afectado con la divulgación de una información errada, pues de nada sirve una rectificación que resulte extremadamente tardía. Es por eso que “el medio llamado a rectificar debe hacerlo en un término razonable a partir de la solicitud correspondiente, desde luego previa verificación de los hechos”.⁶¹ Igualmente, la jurisprudencia ha sido clara y constante en sostener al momento de evaluar la procedencia de la tutela para obtener por parte de un medio de comunicación privado una rectificación, que existe una presunción del estado de indefensión de las personas frente a los medios de comunicación, la cual se deriva del enorme poder de impacto de aquellos en los diversos ámbitos de la vida social.⁶²

En la definición de los alcances del derecho a la rectificación en condiciones de equidad, la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de referirse también a otros aspectos vinculados al ejercicio de este derecho. Así, a propósito de un caso en el cual dos organizaciones defensoras de derechos humanos solicitaron a un diario la rectificación de la información contenida en un artículo en el cual las señalaba como simpatizantes de la guerrilla, la Corte sostuvo que cuando se solicita la rectificación de una información en donde se hacen aseveraciones respecto a unos hechos concretos, la persona que se considera afectada con estas afirmaciones debe presentar las pruebas pertinentes para sustentar su solicitud de rectificación. De esta manera, es posible hablar de una carga de la prueba que se radica en cabeza de quien solicita la rectificación, siempre que se trate de informaciones que se fundan en hechos concretos. No obstante, si las afirmaciones del medio informativo son injuriosas y se refieren a una persona específica, pero tienen un carácter amplio e indefinido no fundado en hechos concretos, se

60 Sentencia T-066/98.

61 Sentencia T-074/95.

62 Este concepto fue expresado por primera vez en la sentencia T-611/92 y es reiterado en numerosas sentencias posteriores. Ver, entre otras, las sentencias T-332/93, T-259/94, T-472/96, T-697/96, T-066/98, SU-1723/00, T-634/01, T-1682/00, SU-1721/00 y T-1319/01.

releva al afectado de la carga de la prueba, pues le queda imposible mostrar la inexactitud de las afirmaciones del medio; en esos eventos, corresponde entonces al medio de comunicación sustentar su negativa a hacer la rectificación y demostrar la veracidad e imparcialidad de las informaciones transmitidas.⁶³

Otro de los desarrollos jurisprudenciales más relevantes tiene que ver con la imposibilidad de solicitar la rectificación cuando el contenido que se pretende aclarar está en el campo de las opiniones, pues se entiende que el derecho a la rectificación en condiciones de equidad es una garantía de la persona frente a los medios de comunicación que solo es predicable de las informaciones, mas no de los pensamientos u opiniones considerados en sí mismos. Esta distinción es consecuencia del reconocimiento diferenciado que se otorga a la libertad de información y a la libertad de opinión, como manifestaciones de dos ámbitos diversos de la libertad de expresión. Así, mientras la libertad de opinión no conoce, *prima facie*, restricciones, la libertad de información admite algunas restricciones, derivadas precisamente de las exigencias de veracidad e imparcialidad. Esta distinción tiene consecuencias importantes a la hora de determinar la responsabilidad en la que incurren los medios por los excesos en el ejercicio de su actividad informativa, lo que obliga al juez constitucional, al momento de evaluar el ejercicio de la acción de tutela para la garantía de la rectificación, determinar previamente si se trata de informaciones, caso en el cual es admisible que estas sean rectificadas o, si por el contrario, se trata de la expresión de opiniones, caso en el cual deberá declarar la improcedencia de la rectificación.

Así lo sostuvo la Corte en la tutela instaurada contra el autor de un editorial en el cual se hicieron una serie de denuncias sobre la presencia de urbanizadores piratas en un municipio. Las personas mencionadas por el editorialista consideraron que este debía rectificar sus afirmaciones. Para la Corte resultó demostrado que el periodista abordó un problema de interés para la comunidad y que era posible distinguir entre las informaciones y opiniones expresadas, recordando que respecto de estas últimas no es posible pretender la rectificación.⁶⁴

En una decisión posterior, se mantuvo el criterio según el cual la rectificación no procede respecto de opiniones, aunque la Corte sostuvo que existe en cabeza del columnista un deber de cerciorarse de la veracidad de los hechos o de las premisas que fundamentan sus interpretaciones sobre un hecho, sin querer significar con esto, la imposición

63 Sentencia T-050/93. El mismo criterio fue reiterado en las sentencias SU-056/95 y T-437/04.

64 Sentencia T-048/93.

de la obligación de establecer dichos hechos mediante pruebas plenas, sino mediante medios que lleven razonablemente a la convicción sobre la realidad de los mismos, bajo el presupuesto de la buena fe. El caso tuvo origen en la tutela presentada contra un reconocido columnista que se refirió de manera crítica a la gestión adelantada por un funcionario de una entidad estatal. El funcionario implicado consideró que con ocasión de dicha publicación se vulneraron sus derechos a la honra y buen nombre y solicitó la rectificación de lo expresado mediante una carta que dirigió al periodista. El texto de la carta fue publicado por el diario, con la correspondiente réplica del columnista, pero el funcionario involucrado consideró que con esto no se aclaró debidamente el contenido de la publicación. La Corte concedió la tutela al constatar que algunos de los hechos en los cuales basó sus opiniones el periodista no eran ciertos. Para llegar a esta conclusión recordó la prevalencia de la libertad de expresión en la modalidad de opinión periodística cuando entra en conflicto con otros derechos fundamentales y la improcedencia de la tutela para solicitar la rectificación de opiniones, pero estableció que si una opinión involucra el análisis de hechos, entonces, el columnista debe razonablemente cerciorarse de la veracidad de los hechos en los cuales basa su opinión o juicio de valor. Con todo, la sentencia admite que este principio general de verificación encuentra una excepción razonable cuando el respectivo medio informativo sirve de vehículo para la difusión de informaciones que corresponden a la opinión de terceras personas, o cuando se indique que las informaciones divulgadas han sido suministradas por fuentes de información amparadas por la reserva.⁶⁵

La jurisprudencia constitucional también ofrece un desarrollo importante frente a la interpretación de los alcances de la disposición según la cual quien acuda a la acción de tutela para solicitar la protección del derecho fundamental a la rectificación, debe acreditar haber solicitado previamente al medio de comunicación que rectifique o aclare,⁶⁶ de manera que si previamente no se dio al medio la oportunidad de que corrigiera el error, la acción constitucional no está llamada a prosperar. Frente a esta regla general, el alto tribunal ha admitido excepciones, de acuerdo con las cuales en ciertas circunstancias muy

65 Cfr. sentencia SU-1721 de 2000.

66 El numeral 7 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, dispone que la acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares "cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas. En este caso se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma".

particulares se acepta la procedencia directa de la acción de tutela, sin el previo agotamiento de la solicitud de rectificación.⁶⁷

El primero de estos supuestos se origina cuando la rectificación se solicita ante particulares que han divulgado una información que se considera errónea o inexacta, pero que no ostentan la calidad de medios masivos de información. En aplicación de este criterio, la Corte concedió la acción de tutela interpuesta contra la Federación Nacional de Karts por parte de un expresidente, en tanto este último consideró que sus derechos al buen nombre y a la honra fueron vulnerados por la información que el Comité Ejecutivo de la Federación difundió a través del correo electrónico y que, posteriormente, fue divulgada por algunos medios de comunicación social, refiriéndose negativamente a su gestión y a su salida del cargo como presidente de dicha entidad. La decisión de segunda instancia negó la tutela al considerarla improcedente precisamente por no haberse solicitado ni a la Federación ni a los medios de comunicación la rectificación de la información. En sede de revisión, la Corte revocó la decisión del tribunal, porque en tanto la acción no se dirigió contra un medio de comunicación social, sino contra una federación privada, no era aplicable la exigencia de previa solicitud de rectificación como condición para el ejercicio de la acción judicial, ya que “la rectificación como requisito de procedibilidad de la acción de tutela, solo es necesaria cuando se pretenda la corrección de informaciones inexactas o erróneas que hayan sido publicadas por medios masivos de comunicación, mas no cuando dicha información provenga de particulares que no tengan esa condición”.⁶⁸ En otra oportunidad, en un caso en el cual una educadora interpuso tutela contra el autor de una caricatura que fue publicada en varias instituciones educativas y en un restaurante del municipio en el que ella residía, a través de la cual se hicieron alusiones a su vida privada, la Corte también aceptó la procedencia de la tutela sin que se hubiera pedido la rectificación previamente, puesto que quien publicó la caricatura no tenía la condición de medio masivo de información, sino que se trataba de un particular que divulgó un dibujo de su autoría.⁶⁹

El segundo evento en el cual, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte, no es necesario solicitar previamente la rectificación y

67 Así, en la sentencia T-603/92, la Corte aceptó la posibilidad de que la rectificación se solicitara durante el trámite de la tutela, aduciendo la prevalencia del derecho fundamental sobre las consideraciones formales. Se trata empero de una excepción muy singular al agotamiento del requisito de procedibilidad, que no parece haber sido seguida en decisiones ulteriores.

68 Cfr. sentencia T-921/02. En el mismo sentido, ver sentencias T-471/94, T-386/02, T-482/04, T-787/04, T-677/05.

69 Sentencia T-787/04.

procede directamente la acción de tutela, se configura cuando se acude al recurso judicial para lograr la protección de derechos fundamentales, que resultan afectados con la difusión de una información, que aun siendo verdadera, resulta lesiva y deviene en un ejercicio abusivo de la libertad de información, por la manera en que ha sido presentada o por implicar una afectación del derecho a la intimidad. En estos casos “aunque puede haber rectificación si el medio asume que tergiversó los hechos, la solicitud de la misma no puede erigirse en requisito indispensable para que proceda la tutela, pues ya hay un daño causado susceptible de seguir produciéndose si la actividad del medio no es detenida por la orden judicial”,⁷⁰ lo que hace que sea posible acudir directamente a la acción de tutela para que se ordene al medio que cese la vulneración, corrija hacia el futuro sus actuaciones y si es del caso para que se ordenen las indemnizaciones a que haya lugar.⁷¹

Varios son los casos en los cuales la Corte ha mantenido este criterio. Uno de estos, se originó en la publicación que hizo un diario de la noticia sobre la muerte violenta de un hombre, la cual acompañó de un inmenso titular que presentaba los hechos de manera que se daba entender que detrás de la muerte de esa persona había un comportamiento indebido e inmoral de la propia víctima, a la vez que se exhibían fotografías que por sí solas representaban afrenta a la dignidad del occiso y de su familia. A juicio de la Corte, en ese caso la rectificación no era una solución pertinente y, por eso, no podía entenderse dicha solicitud como requisito indispensable para proponer la tutela, pues esta procedía de todas maneras, en razón de que las violaciones a la intimidad de la familia del occiso no eran susceptibles de ser contrarrestadas con la sola rectificación. Con fundamento en lo anterior, se concedió la tutela y se ordenó al director del diario abstenerse de publicar en el futuro las fotografías en las que aparecía el cadáver y no continuar especulando sobre las causas de su muerte mientras estas no fueran establecidas por autoridad judicial competente.⁷² Lo mismo ocurrió con ocasión de la publicación que hizo un diario capitalino en mayo del 2001 de un artículo titulado “Espeluznante Historia de Satanismo - Le entregó su alma al diablo”, en el cual se hizo alusión a la muerte de un joven y se divulgó la información que la madre y la familia habían suministrado a los reporteros, quienes haciéndose pasar por funcionarios de la fiscalía general de la nación acudieron a la residencia de la familia para indagar sobre las circunstancias que rodearon la muerte

70 Sentencia T-259/94.

71 Cfr. sentencias T-512/92, T-611/92, T-259/94, T-1000/00, T-036/02, T-434/07, T-787/04.

72 Sentencia T-259/94.

del joven. La Corte reiteró la doctrina según la cual “cuando un tercero pone en conocimiento público lo que compete solo al resorte íntimo de una persona o de su familia sin autorización, se configura una lesión al derecho a la intimidad que no puede ser subsanada a través de la rectificación, ya que el daño en este caso no es posible de retrotraerse, pues ya se divulgó aquello que debía mantenerse en privado”⁷³ y, por lo tanto, no es necesaria la solicitud previa de rectificación como requisito de procedencia de la acción de tutela, ya que la vulneración se configuró aunque las informaciones fueran exactas y, por lo tanto, la rectificación carecería de utilidad. En la parte resolutive de la sentencia, además de conceder el amparo del derecho a la intimidad,⁷⁴ la Corte condenó en abstracto al medio al pago de los perjuicios ocasionados en razón de la publicación.⁷⁵

Otro de los aspectos atinentes al ejercicio del derecho a la rectificación en condiciones de equidad que ha sido desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional tiene que ver con la información publicada en un medio de comunicación a instancias o pagada por un particular. En estos casos, la Corte ha aceptado que en tanto el medio de comunicación únicamente sirve como medio para la difusión del mensaje, el contenido de este no lo compromete de ningún modo. Sin embargo, esto solo es así cuando la información es cierta, veraz y exacta, por lo que se impone al medio el deber de examinar, verificar y comprobar el contenido de los avisos, incluso si estos son de carácter publicitario. En consecuencia, si la información contenida en el aviso de prensa pagado por terceros desconoce los principios enunciados o se establece que el medio no adoptó las medidas pertinentes para examinar, verificar y comprobar el contenido de las informaciones, es procedente la solicitud de rectificación por quien se dice afectado por la publicación, aunque en todo caso se deberá acreditar debidamente la alegada vulneración de los derechos.⁷⁶

Igualmente, la Corte ha aceptado la procedencia excepcional de la tutela para obtener la rectificación de informaciones publicadas a

73 Sentencia T-036/02.

74 No se tutelaron los derechos a la honra y buen nombre que también fueron invocados, ya que no se solicitó previa y directamente la rectificación de la información publicada, condición formal para la procedencia de la acción de tutela frente a tales derechos.

75 La jurisprudencia ha establecido que para que en sede de tutela se produzca la condena *in genere* a la indemnización de perjuicios se requiere: i) que la indemnización sea necesaria para el goce del derecho; ii) que el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial; iii) que la violación sea manifiesta y provenga de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria. Ver sentencia T-095/94.

76 Sentencia T-411/95.

instancias de un particular, cuando por razón de la posición de supremacía social que ocupa quien difunde la información inicial, debido al cargo o a las funciones que desempeña, las afirmaciones publicadas pueden tener un impacto muy fuerte en la imagen y prestigio de la persona a la cual se refieren, aunado a la desigualdad que genera la diferencia del poder económico de ciertas personas para difundir sus mensajes a través de medios de comunicación. Así, en un caso en el que varias asociaciones médicas de especialistas ordenaron la publicación de avisos de prensa en los cuales se informó al público la desvinculación de algunos de sus galenos, se aceptó la procedencia de la tutela para solicitar que las asociaciones rectificaran, informando al público que los médicos habían dejado de pertenecer a las asociaciones por su renuncia voluntaria y que esto no se debió a ningún tipo de cuestionamiento en relación con el ejercicio de su actividad profesional. La Corte consideró que, en razón de la credibilidad y respeto con el que cuentan ese tipo de asociaciones profesionales, las afirmaciones podían tener una virtualidad muy grande de afectar el prestigio de los médicos, sin que estos tuvieran a su alcance ningún mecanismo de defensa eficaz, ante lo cual, por razón de la mayor credibilidad que ostenta la persona demandada, “únicamente el reconocimiento público del error cometido puede contrarrestar eficazmente el daño producido”.⁷⁷

A nuestro juicio, aunque en este caso de las asociaciones médicas, la finalidad protectora perseguida justifica la decisión, el criterio que obliga a los medios a corroborar la veracidad de los avisos pagados por terceros merece al menos dos objeciones. La primera de carácter práctico, pues evidentemente resulta imposible que los periódicos y diarios hagan un estudio exhaustivo que les permita verificar la exactitud de los contenidos que día a día miles de personas requieren que sean publicados por esa vía. Piénsese en el análisis que tendrían que hacer los funcionarios encargados de la recepción de la información que se debe incluir en el aviso, lo cual tendría enormes dificultades operativas para poder efectivamente verificar la certeza y exactitud de la información, al tiempo que abriría la puerta a que finalmente sea el medio quien termine ejerciendo un control y una selección previa de los contenidos que se pueden publicar y los que no, con lo cual no solo se le entrega una facultad de restringir la libre circulación de información sino que además se restringe totalmente la posibilidad de que todos aquellos que no tienen los recursos para fundar un medio puedan hacer uso de estos para comunicarse.

77 Sentencia T-697/96.

Por último, en cuanto al derecho a la rectificación en condiciones de equidad y los correctivos judiciales propuestos, resulta relevante señalar que, según la Corte, si bien los jueces pueden definir los criterios que han de guiar a una publicación a la hora de efectuar la rectificación o aclaración de una noticia, no están, sin embargo, autorizados para redactar directamente el texto de la mencionada rectificación.⁷⁸

III. La tensión del derecho a la libertad informativa con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos

En el derecho constitucional contemporáneo, los derechos fundamentales tienen usualmente estructura de principios —o estándares de actuación— y no de reglas,⁷⁹ por lo cual, la determinación del alcance práctico de una libertad supone no solo definir el ámbito de conducta protegida, y los límites internos que tiene el derecho, que serían en este caso la veracidad e imparcialidad de la información, sino que incluye, necesariamente, la definición de los criterios de ponderación que deben ser utilizados para resolver los eventuales conflictos con otros valores constitucionales. En efecto, dado que la libertad de información debe armonizarse con los restantes derechos y libertades fundamentales, resulta esencial, a fin de evitar restricciones arbitrarias, que se defina el mapa de limitaciones recíprocas, acorde a criterios objetivos, homogéneos y universales, coherentes con el sistema axiológico establecido en la Constitución.⁸⁰ Esto explica que la Corte Constitucional haya precisado que la libertad de información no encuentra únicamente las limitaciones internas que le impone el respeto por los principios de veracidad e imparcialidad, sino que debe también ponderarse con otros derechos o bienes constitucionales, con los cuales, debido a su complejidad colisiona constantemente, lo que ha tenido como resultado la limitación externa de aquella en nombre de estos. Resulta entonces importante hacer un breve recuento sobre algunos aspectos de dicha jurisprudencia. Por razones de espacio, luego de presentar brevemente las principales tensiones analizadas por la Corte, nuestro

78 Sentencia T-369/93.

79 Respecto de la terminología utilizada y, en particular, sobre la clasificación de las normas constitucionales según su estructura en reglas o principios, cfr. Robert Alexy (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. Ver igualmente, infra punto V a), en donde analizamos la problemática de la “ponderación”.

80 Sobre la necesidad de elaborar criterios universales y homogéneos de ponderación de los derechos fundamentales, pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-578/95 y C-475/97 de la Corte Constitucional colombiana.

análisis se limitará a uno de los conflictos clásicos que plantea la libertad de información: sus tensiones con los derechos a la intimidad y al buen nombre.

a. Breve reseña de las tensiones suscitadas por la libertad informativa

La Corte Constitucional ha abordado numerosas cuestiones que involucran tensiones entre el ejercicio de la libertad de información y otros derechos y bienes constitucionales. Así, por ejemplo, la Corporación se ha pronunciado, entre otros, sobre los alcances de la libertad de información en las relaciones de especial sujeción con el Estado;⁸¹ respecto a la libertad de información frente a la moralidad pública y, en particular, frente a los derechos de los menores⁸² sobre la libertad de información y el derecho a la propia imagen (T-090/96); sobre la libertad de información y el derecho a la vida;⁸³ sobre la libertad de información frente a los derechos pecuniarios y la libertad económica;⁸⁴ sobre la libertad de información en relación con los derechos de los enfermos;⁸⁵ sobre la tensión entre la libertad de información y el debido proceso;⁸⁶ sobre la relación entre el ejercicio de la libertad de información y los derechos políticos.⁸⁷ Finalmente, es importante señalar que la Corte ha establecido criterios para resolver los eventuales conflictos entre el orden público y la libertad de información.⁸⁸

En general, el carácter prevalente de la libertad de información ha sido confirmado para la mayoría de las tensiones esbozadas, con la excepción de los conflictos entre la libertad de información y los derechos de los niños, caso en el cual la prevalencia es otorgada a estos últimos. Estas limitaciones, derivadas de la protección de los derechos de los menores, encuentran respaldo en la Convención Americana de Derechos Humanos, en donde precisamente una de las restricciones admisibles está dada por la “protección moral de la infancia y la adolescencia”, que autoriza la regulación del acceso a espectáculos públicos para ellos.⁸⁹

81 Ver sentencias T-705/96 y T-706/96.

82 Ver sentencias C-019/93, T-321/93, T-479/93, T-293/94, T-505/00.

83 Ver sentencias T-525/92 y T-1319/01.

84 Ver sentencias T-368/98 y C-654/03.

85 Ver sentencia T-526/02.

86 Ver sentencias T-512/92, T-1223/03 y T-1198/04.

87 Sobre este tema ver infra punto (V) de este artículo y sentencias C-488/93, C-089/94 y C-1150/05.

88 Ver sentencias C-033/93, C-586/95, C-045/96 y T-235A/02.

89 El numeral 4 del artículo 13 de la Convención Americana establece: “Los

Con relación a la tensión que surge entre la libertad de información y el orden público, hay que empezar por decir que el Estado tiene el deber de preservar el orden público, porque sin orden público no hay goce de derechos. De aquí surge el siguiente interrogante: ¿hasta qué punto la búsqueda de preservar el orden público permite restringir la libertad de opinión y la libertad de información?

Un ejemplo de derecho comparado ayuda a entender la complejidad del tema. En Estados Unidos, la Corte Suprema permitió en los años sesenta la publicación de los llamados “Papeles el Pentágono” en plena guerra de Vietnam. Los documentos así denominados consistían en un informe obtenido por un periodista, de un funcionario del Pentágono y que mostraban que la guerra de Vietnam estaba montada sobre mentiras gubernamentales. El *New York Times* empezó a publicar el informe y el Gobierno pidió a la Corte que prohibiera la publicación porque ello afectaba el esfuerzo de guerra de los Estados Unidos. La Corte negó tal solicitud advirtiendo que no podría haber la censura y autorizó la publicación, precisando que si la información era inexacta podría demandarse la responsabilidad penal de quienes en ella intervinieron. Esa decisión parecía confirmar la tesis doctrinaria en Estados Unidos, según la cual, la prohibición de la censura sería una de las pocas prohibiciones absolutas en derecho constitucional. Habría muchas eventuales responsabilidades ulteriores pero se suponía que nunca se podría censurar. Sin embargo, en esos mismos años, una persona publicó en una revista el proceso para elaborar una bomba atómica. Cuando salió la segunda entrega del modelo de fabricación, nuevamente el Gobierno interpuso ante los tribunales norteamericanos una acción judicial en la que solicitaba que se prohibiera la publicación. Los jueces de instancia aceptaron el argumento del Gobierno de que en esos casos la censura era admisible y la Corte Suprema no revisó el caso, con lo cual se entendió que avalaba esa decisión.

En Colombia, la Corte Constitucional ha aceptado algunas restricciones a la libertad de prensa o de información, en aras de la defensa del orden público cuando quiera que se verifica una amenaza grave e inminente o para evitar la comisión de ilícitos. Sin embargo, la Corporación ha considerado que toda restricción debe respetar el núcleo esencial del derecho a la libertad informativa⁹⁰ y, en consecuencia, no

espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2°.

90 En general, la Corte Constitucional ha tendido a adoptar una teoría absoluta del núcleo esencial, al cual ha caracterizado como “el ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es

puede estar enderezada a evitar que se conozca una determinada información sino a regular las circunstancias de la publicación. Así por ejemplo, al evaluar la constitucionalidad de una disposición expedida en uso de las facultades excepcionales durante el Estado de Conmoción Interior, y según la cual, no era posible divulgar, por la radio o la televisión, entrevistas de miembros activos de organizaciones guerrilleras, terroristas o vinculadas al narcotráfico (art. 3º del Decreto 1812 de 1992), la Corte consideró que la norma debía ser entendida en el sentido de que “no se permite divulgar entrevistas de miembros activos de organizaciones guerrilleras, terroristas o vinculadas al narcotráfico”, pero sí se permite informar acerca del hecho noticioso como tal, despojado de toda apología del delito.⁹¹

En el mismo sentido la Corte declaró exequible una disposición legal que prohibía la utilización de lenguaje “cifrado o ininteligible” en la comunicación a través de teléfonos celulares o radioteléfonos. Para la Corte esta regulación resultaba adecuada en la medida en que no restringía el contenido de la información sino la manera como esta debía ser transmitida.⁹² El debate fue revivido pocos años después tras la expedición de un decreto de contenido similar dictado por el Ejecutivo en virtud de la declaratoria de Estado de Conmoción Interior (Decreto 1902 del 2 de noviembre de 1995), en donde la Corte reiteró la posibilidad de armonizar la tensión que surge, por un lado, entre el derecho a la libertad de información y la prohibición de censura y la preservación del orden público en aras del interés general, por el otro, a partir de la teoría del núcleo esencial de los derechos.⁹³

Posteriormente, el tema fue nuevamente abordado con ocasión de la tutela interpuesta por un ciudadano a quien las autoridades municipales le prohibieron el ejercicio de sus actividades de fotografía en el espacio público, aduciendo de manera general razones de seguridad y de necesidad de preservación del orden público. En aquella ocasión la Corte determinó que una limitación de la libertad de información a partir de consideraciones relacionadas con la salvaguarda del orden público, solamente puede materializarse cuando medie una norma de carácter específico que desarrolle la autorización general de restricción por estas razones, en forma “previa, clara y explícita”.⁹⁴

el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas”. Ver, entre otras, la sentencia C-033/93 y T-425/93.

91 Sentencia C-033/93.

92 Sentencia C-586/95.

93 Ver sentencia C-045/96.

94 Sentencia T-235A/02.

Asimismo, la Corte ha defendido el derecho a la información frente a los bienes eventualmente tutelados por la reserva de ciertas informaciones públicas. En efecto, la Corporación ha aceptado que la reserva de ciertos documentos públicos no es aplicable a los medios de comunicación, sino a los servidores oficiales encargados de mantener el sigilo. A juicio de la Corte, en principio, una vez el medio de comunicación ha conocido cierta información y que, en virtud de la ley, tiene carácter de reservada y cuya publicación pueda afectar el orden público, el medio tiene derecho a publicarla, siempre que respete los postulados de veracidad e imparcialidad.⁹⁵

b. El problema de la regulación de la forma de la información

Existen otros casos que no plantean una colisión de derechos, sino que se refieren a la forma en la que se puede regular un discurso. El tema ha sido abordado por la jurisprudencia nacional, con ocasión de los debates sobre si en la radio se puede o no decir groserías y se puede o no hacer uso de un lenguaje de alto contenido sexual o si prohibirlo es una forma de censura. En este punto se enfrentan dos posiciones, la de aquellos que afirman que un tipo de regulación como esta no es censura, porque se refiere a la forma y no al contenido del mensaje, y la de quienes, en todo caso, consideran que de esta manera se configuran formas de censura. Ambas posiciones remiten entonces a la distinción clásica entre contenido y forma del discurso. Se entiende que si el Estado selecciona unos contenidos y permite su difusión y restringe otros, su acción se presume inconstitucional porque es una típica censura, mientras que hay una mayor posibilidad constitucional de regular la forma de los discursos. En la medida en que se selecciona un contenido para permitir su difusión, eso se presume inconstitucional, pero en la medida en que se controla la forma y el modo del discurso, las posibilidades de regulación son más admisibles.

La pregunta que surge es obviamente la siguiente: ¿cuándo la regulación de las formas se traduce en una restricción desproporcionada del discurso o en una censura encubierta de contenidos? Un ejemplo de respuesta a este interrogante está en la sentencia C-010/00 de la Corte Constitucional, en donde se trabaja con mucho detalle la distinción entre la regulación de contenidos —en principio inadmisibles— y la regulación de la forma de los discursos, que tiene mayor sustento constitucional. En dicha sentencia, una de las normas demandadas establecía que los programas de radio deberían responder a las normas

95 Sentencia T-066/98.

universales del “decoro y el buen gusto” (art. 2, Ley 74 de 1966). La Corte, en un fallo dividido, estimó que las normas universales del decoro y el buen gusto no eran determinables y neutras en su contenido y, por lo tanto, se prestaban para arbitrariedades, porque, por ejemplo, podría parecer de muy mal gusto hablar mal del presidente o de cualquier alto funcionario, o también criticar a la Corte o a cualquier otro personaje de la vida nacional. El fallo estableció que es necesario distinguir entre las restricciones fundadas en el contenido de los mensajes o discursos y las restricciones que son neutrales o imparciales frente al contenido del mensaje. Las primeras discriminan entre los discursos, a fin de privilegiar ciertos mensajes y marginar otros, por lo que resultan medidas particularmente peligrosas y lesivas de la libertad de expresión y ameritan un control constitucional más riguroso. En cambio, las limitaciones que son neutrales e imparciales frente al mensaje son más admisibles, por cuanto no implican una dirección estatal del pensamiento y pueden encontrar justificación en la protección de otros bienes constitucionales, como la tranquilidad pública, que justifica que se prohíba toda manifestación ruidosa en zonas residenciales. Sin embargo, cualquier restricción a la libertad de expresión debería ser precisa, porque incluso cuando parecer ser puramente de forma, y por ende más admisible, puede implicar restricciones sobre los contenidos. Y en ese caso específico, la Corte concluyó que se trataba de una restricción de contenido pues les permitía a las autoridades definir qué es buen o mal gusto y qué es decoro. Por ello se declaró la inconstitucionalidad de tal precepto.

Un asunto similar, referido también al uso del lenguaje mordaz y de alto contenido sexual en radio fue objeto de pronunciamiento posterior por parte del Consejo de Estado. En este caso se trató de una acción popular iniciada por una fundación privada en contra del Ministerio de Comunicaciones, alegando la omisión en los deberes de vigilancia en que este había incurrido, por permitir que a través del programa de radio juvenil *El mañanero de la Mega* se transmitieran mensajes “que atentan contra la moral pública y violan todas las normas regulatorias de la radio en Colombia”. El Consejo de Estado, basado en un dictamen pericial según el cual había una alta influencia negativa del programa de radio en la formación de valores de los jóvenes y niños, consideró que se estaban vulnerando los derechos colectivos relacionados con la prestación eficiente del servicio público de radiodifusión y los derechos de los usuarios del mismo. La argumentación del Consejo de Estado no se refirió expresamente a las restricciones admisibles en cuanto a la forma y el contenido de los mensajes, sino que el tema se abordó haciendo alusión a las finalidades de interés social que deben cumplir los programas radiales de carácter recreativo y concluyó que los

comunicadores responsables del programa no estaban cumpliendo con la “promoción de los valores de la nacionalidad colombiana” y, por lo tanto, estaban atentando contra la calidad del servicio y los derechos de los usuarios del mismo. En la decisión, se ordenó al Ministerio de Comunicaciones cumplir con sus funciones de vigilancia y control, y a la cadena responsable del programa “adecuar el contenido del mismo a la normatividad que regula la materia, con el fin de que los usuarios reciban un servicio de radiodifusión de calidad tanto a nivel de temas como de lenguaje”.⁹⁶

Esa decisión del Consejo de Estado parece contradecir la doctrina de la Corte Constitucional, pues la defensa de la calidad podría comportar una restricción directa en los contenidos, que podría ser censura. Precisamente por tal razón, la Corte Constitucional había considerado en la sentencia T-104/96 que violaba el pluralismo y la libertad de expresión que un funcionario se arrogara el derecho a calificar una obra artística como indecente, a fin de prohibir su exhibición. Cabe recordar además que con argumentos similares a los de los demandantes en la acción popular, una madre de familia pretendió que se suspendieran las emisiones de novelas de la programación de los canales nacionales de televisión, alegando la afectación moral que estas producían en sus menores hijos. En aquella oportunidad, la Corte Constitucional estableció que no es posible que un juez modifique la programación de televisión, basado en el criterio personal de un ciudadano que considera que ciertos programas son lesivos para los menores de edad, pues hacerlo es una forma de censura. En estos casos, la alternativa es que la madre implemente las medidas que tiene a su alcance para impedir que sus hijos menores vean los programas que ella juzga inconvenientes. En aquella oportunidad los jueces también contaron con dictámenes periciales de varios profesionales y expertos en el tema, pero en ningún momento se acreditó que efectivamente los programas de televisión atacados estuvieran produciendo el daño que la madre de los menores alegaba.⁹⁷

Una postura similar fue sostenida en el año 2000 con ocasión de una tutela presentada contra la Comisión Nacional de Televisión en razón a que esta dio la orden de suspender las emisiones del programa “María C. Contigo” en consideración a su contenido, el cual calificó como no apto para una audiencia infantil. En este caso la Corte estableció que “la administración no puede entrar en los contenidos de la

96 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. German Rodríguez Villamizar. Sentencia del 29 de julio de 2004. Expediente 25000-23-24-000-2003-01003-01(AP).

97 Ver sentencia T-321/93.

programación de televisión o radio, ni de las publicaciones impresas, o en cualquier modalidad de comunicación o de expresión, para decidir si pueden o no difundirse”⁹⁸ y definió que se aplica la censura siempre que:

...los agentes estatales, so pretexto del ejercicio de sus funciones, verifican el contenido de lo que un medio de comunicación quiere informar, publicar, transmitir o expresar, con la finalidad de supeditar la divulgación de ese contenido a su permiso, autorización o previo examen, así no lo prohíban, o al recorte, adaptación, adición o reforma del material que se piensa difundir.⁹⁹

Todo lo anterior confirma el hecho de que al hablar de la libertad de información estamos ante un derecho particularmente importante, difícil y complejo. Ahora bien, uno de los problemas jurídicos más recurrentes y difíciles que plantea la libertad de información es su tensión con derechos personalísimos, como la intimidad o el buen nombre y la honra. La evolución de la jurisprudencia constitucional colombiana en la materia es significativa, tanto por sus aciertos como por sus dudas, por lo cual conviene resumirla brevemente.

c. Un ejemplo instructivo: la tensión entre libertad informativa, intimidad y buen nombre

El primer caso relevante que resolvió la Corte sobre las tensiones entre intimidad y derecho a la información se relacionó con el Hábeas Data, pues se originó en una tutela interpuesta por una persona que había incumplido una obligación financiera, que había sido declarada prescrita. Sin embargo, figuraba en los bancos de datos de la Asociación Bancaria, como deudor moroso, y sus solicitudes para ser retirado de esas listas fueron desatendidas. En la correspondiente decisión, la Corte tuteló el derecho del actor a la intimidad, y ordenó que su nombre fuera eliminado de esas bases de datos.¹⁰⁰ El tribunal, luego de señalar que la dignidad humana es el principio supremo de la Constitución colombiana, estableció una suerte de superioridad jerárquica de la intimidad sobre el derecho a la información, pues afirmó que “en casos de conflicto insoluble entre ambos, esta Sala no vacila en reconocer la prevalencia del derecho a la intimidad sobre el derecho a la información”, preeminencia que, según la sentencia, “es consecuencia necesaria de la consagración de la dignidad humana como principio fundamental

98 Sentencia T-505/00.

99 *Ibid.*

100 Sentencia T-414/92.

y valor esencial”, por cuanto la intimidad es un “elemento esencial de la personalidad y como tal tiene una conexión inescindible con la dignidad humana”.¹⁰¹

Posteriormente, la Corte modificó la anterior tesis sobre la circulación del dato financiero en bases de datos, pues consideró que esta no viola la intimidad ya que no se trata de una información que interese exclusivamente al deudor.¹⁰² Pero lo cierto es que la sentencia T-414/92 tendió a crear una línea jurisprudencial, según la cual, si se llegaba a afectar la intimidad, este derecho tendría prelación respecto del derecho a la información. Esa concepción, desarrollada inicialmente en el marco del hábeas data, y en relación con el dato financiero, fue rápidamente proyectada al manejo de la información por los medios de comunicación.

Así, pocas semanas después, la Corte conoció de una tutela interpuesta por el apoderado de un presunto narcotraficante, contra una serie de medios de comunicación que le adjudicaban a su cliente conductas criminales respecto de las cuales no había sido condenado.¹⁰³ Aparte de la reivindicación de los derechos al debido proceso y al buen nombre de las personas sindicadas o no condenadas, la sentencia referida tendió a reiterar la prevalencia de la intimidad frente al derecho a la información. A este respecto, indicó que

...los medios de comunicación no pueden invocar el derecho a la información para invadir la esfera inalienable de las situaciones y circunstancias que son del exclusivo interés de la persona y de sus allegados, pues ese reducto íntimo hace parte de la necesaria privacidad a la que todo individuo y toda unidad familiar tienen derecho.¹⁰⁴

101 *Ibid.*

102 Este giro de la jurisprudencia se originó en la sentencia SU-089/95. El cambio de doctrina sobre hábeas data en materia financiera no significó empero una desprotección constitucional del individuo frente a las bases de datos bancarias, pues la Corte mantuvo, invocando el derecho al buen nombre, la posibilidad de que las personas corrigieran los datos incompletos o inexactos. Además, según la sentencia, el cliente debe expresamente autorizar la circulación de la información financiera y, después de un tiempo, los datos de incumplimientos antiguos, caducan y deben ser retirados de la base de datos. Aunque la jurisprudencia mantiene entonces muchos mecanismos de defensa del individuo frente a ese terrible poder privado, que constituyen las bases de datos financieros, este cambio jurisprudencial es conceptualmente bastante discutible, pues no es claro que el amparo al buen nombre implique un derecho al olvido, ni se entiende por qué deben las personas autorizar la circulación de un dato que no es íntimo. Según nuestro parecer, la Corte debió mantener el análisis como un conflicto entre intimidad y derecho a la información; sin embargo, por limitaciones de espacio no podemos analizar en detalle esta problemática.

103 Sentencia T-512/92.

104 *Ibid.*

Según la sentencia, este derecho es “oponible a terceros considerados de manera individual y con mucha mayor razón a los medios masivos, ya que estos, por la misma función que cumplen, están en capacidad de hacer público lo que de suyo tiene el carácter de reservado por no ser de interés colectivo”.¹⁰⁵

Poco después, la Corte nuevamente reafirmó la prevalencia de la intimidad, en un caso relacionado con el seguimiento que hicieron los medios de comunicación del asesinato de un muy conocido cantante.¹⁰⁶ La viuda, en su nombre y en el de sus hijas, interpuso tutela contra varios periódicos, pues consideró que habían violado su intimidad, al revelar ciertos datos de la vida sentimental del artista. En esa decisión, y después de una vigorosa defensa del derecho a la intimidad, entendido como la garantía de que los eventos acaecidos en el ámbito privado de la actora y de su familia no pueden ser objeto de dominio público, la Corte confirió en el caso prelación a la protección a la intimidad sobre la libertad de información, fundándose nuevamente en la doctrina desarrollada en la citada sentencia T-414/92. Según la Corte, si bien la noticia interesaba a la comunidad, no podía la prensa invadir la órbita privada de las personas, ni ingresar al ámbito hogareño, salvo consentimiento expreso de los protagonistas, por lo cual, había existido una violación al derecho “que tiene la familia a tramitar los asuntos que solo a ella incumben, libre del asedio periodístico y del comentario público”. Y esta prevalencia de la intimidad se mantenía, a pesar de que se trataba de un conocido cantante, pues la restricción de la vida privada de las personas “con notoriedad pública, no puede ser absoluta, ya que ni ellas ni sus familias pueden renunciar ni los medios de comunicación están legitimados para exigirles que renuncien *in abstracto* a la garantía que les ofrece, en consideración a su dignidad, la Carta Política”.¹⁰⁷

Con criterios similares, la Corte Constitucional prohibió la circulación de un libro que divulgaba informaciones sobre la vida de una pareja divorciada, en el cual se habían presentado graves desavenencias entre los cónyuges, por cuanto consideró que la publicación era una intromisión en la vida privada familiar que, además, podía fuertemente afectar el libre desarrollo de los niños. Según la sentencia, “quien informa o se expresa tiene unos límites” y, por ende, “cuando esos límites son traspasados, deja de estar en el ejercicio de un derecho para ubicarse en el terreno inconstitucional de la transgresión de otros

105 *Ibid.*

106 Ver sentencia T-611/92.

107 *Ibid.*

derechos que está obligado a respetar”, por lo cual es válido prohibir “la circulación del escrito o impreso que probadamente atenta contra derechos fundamentales de personas en concreto, sin que ello pueda considerarse censura sino apenas el natural cumplimiento de los mandatos constitucionales en lo que atañe al adecuado equilibrio entre deberes y derechos”.¹⁰⁸

La prevalencia de ciertos derechos personalísimos, frente a la libertad de información, encuentra, a nuestro parecer, una expresión extrema en la sentencia T-696 de 1996. En esa ocasión, con motivo del juicio al Presidente de la República, Ernesto Samper Pizano, por presunta infiltración de dineros del narcotráfico en la campaña electoral, la Corte consideró que la televisión había violado la intimidad y la inviolabilidad de la correspondencia del abogado del Presidente. A juicio de la Sala de Tutela encargada de decidir el caso, la violación tenía como causa la divulgación del texto de una nota manuscrita, casualmente captada por una cámara de televisión que, en pleno debate en el recinto del Congreso, el abogado le había escrito al parlamentario que estaba encargado de adelantar la investigación contra el primer mandatario. La Sala de Tutela respectiva, invocando nuevamente la tantas veces mencionada regla de ponderación establecida en la citada sentencia T-414/92, según la cual, dado un conflicto irresoluble entre la intimidad y la libertad informativa, prevalece la primera, asimiló el escrito del abogado a una correspondencia personal, y concluyó que el derecho a la información no legitimaba esa injerencia en la privacidad del abogado.

Esta decisión es particularmente discutible, pues los medios estaban transmitiendo información sobre un personaje público; adquirida casualmente y sin ningún artilugio; en relación con un asunto público; de un hecho que había ocurrido en el Congreso, que es el recinto público por excelencia de la democracia. Además, el interés de los medios era legítimo, pues simplemente trataban de determinar si existían o no arreglos y componendas entre el Presidente y sus jueces, en un asunto de particular trascendencia para el país. Finalmente, no se trataba de una nota entre el abogado y su cliente sino entre el abogado y el investigador judicial, comunicación que no tiene ningún privilegio constitucional. Por ende, un escrito que una persona circula en esas condiciones, difícilmente puede ser asimilado a una forma privada de comunicación. La Corte tiene razón en que una comunicación íntima no deja de ser una “correspondencia” por el solo hecho de que se refiera a temas públicos, los cuales pueden tratarse, como dice la sentencia,

108 Sentencia 293/94.

“en la más confidencial de las formas”, por lo cual, en estos casos, es esencial tomar en cuenta si el remitente deseaba o no dar a la publicidad la información. Y es indudable que el abogado del Presidente no quería, en ese caso, que el escrito se conociera. Pero la sentencia minimiza el hecho de que el contenido del mensaje se refería directamente al juicio, y que el abogado redactó el escrito durante un debate en el Congreso, esto es, en un foro público por excelencia, con el pleno conocimiento de que existían cámaras que estaban filmando los hechos.

Las anteriores sentencias podrían llevar a concluir que la jurisprudencia colombiana ha tendido a conferir una prevalencia al derecho a la intimidad cuando entra en colisión con el derecho a la información, por lo cual ha admitido importantes restricciones a este último, con el fin de proteger la intimidad de las personas. Sin embargo, el asunto no es totalmente claro, por cuanto en otras ocasiones, la Corte ha desarrollado criterios un poco diversos, que conviene reseñar.

En efecto, en múltiples decisiones¹⁰⁹ la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la libertad de expresión goza de una especial prevalencia constitucional, en la medida en que es condición esencial para el disfrute de los restantes derechos fundamentales y presupuesto del proceso democrático. El aserto anterior implica que, en caso de conflicto, el derecho a la libertad de información debe tener una primacía frente a otros valores constitucionales.

En resumen, desde una perspectiva formal —atendiendo a las manifestaciones de principio que se efectúan en las sentencias—, para la Corte Constitucional la procura de la dignidad, a través de garantizar un ámbito de intimidad, y la defensa del sistema de gobierno democrático, mediante la protección de la libertad de información, constituyen conjuntamente propósitos constitucionales prioritarios. Sin embargo, en la práctica, al decidir casos concretos, la Corte tendió, al menos en sus primeros tres años de actividades, a dar preferencia al derecho a la intimidad.

Pese a lo anterior, en la jurisprudencia constitucional ulterior, la Corte ha pasado de proclamar formalmente la especial preferencia de la libertad de información a aplicar este criterio para la resolución de casos concretos. En efecto, a partir de mediados de la década de los 90, la Corporación fue inaugurando nuevos criterios en virtud de los cuales se reconoce, primero tímidamente y luego de manera vigorosa, la verdadera prelación de la libertad de información, como lo muestran las sentencias del llamado caso del libro *La Bruja* (SU-056/95) o

109 Ver, entre otras, las sentencias T-609/92, T-048/93, T-080/93, T-609/93, T-602/95, T-472/96, T-706/96, T-094/00, C-010/00, T-1202/00, T-679/05.

las relativas a la tarjeta del periodista.¹¹⁰ Así, la sentencia C-087/98 reconoció abiertamente el carácter prevalente de la libertad de informar, incluso minimizando los riesgos que la divulgación de informaciones puede implicar para otros bienes, derechos o intereses constitucionales, como los derechos a la intimidad o al honor.¹¹¹

En nuestro criterio, la decisión adoptada en esa sentencia es correcta, pues como también lo mostró la Corte Interamericana en la opinión consultiva OC-05, la exigencia de colegiatura obligatoria o de tarjeta profesional para ser periodista limita desproporcionadamente la libertad de expresión y de información, por lo cual es inconstitucional y contraria a la Convención Interamericana. Sin embargo, algunos apartes de la argumentación de la Corte en la sentencia C-087/98 tienden a basarse en una defensa absolutista de la libertad de expresión e información. Según esta argumentación, todos los riesgos que puede aparejar el ejercicio de las mencionadas libertades son anejos al funcionamiento de la democracia, por lo cual no parece posible, desde la democracia, establecer límites a dicho ejercicio. En este sentido, la sentencia afirma que, en una democracia, las libertades de expresión e información —que la sentencia trata de manera idéntica— no pueden ser restringidas por sus eventuales riesgos, pues “no tiene sentido, desde un punto de vista intrasistemático, preguntar si un régimen democrático puede mantenerse como tal, renunciando a postulados que le son inherentes”, ya que eso sería “algo así como proponer que la trigonometría (por definición la ciencia del triángulo), cambiara de objeto, manteniéndose como tal, en vista de las dificultades que el triángulo plantea”. Concluye entonces la sentencia afirmando que “entre el eventual daño social que pudiera seguirse de una información inadecuada, consecuencia de la libertad de informar, y la restricción general de esta para precaverlo, la sociedad democrática prefiere afrontar el riesgo del primero”.

La anterior argumentación puede ser admisible en relación con la expresión de opiniones, que en principio no debe tener restricciones, pero sin lugar a dudas es contraria a la doctrina desarrollada en las otras sentencias de la Corte Constitucional que hemos presentado, en donde precisamente ese tribunal ha admitido restricciones a la libertad informativa, a fin de asegurar no solo la “imparcialidad” y “veracidad”

110 Ver las fichas respectivas en la parte III de esta publicación, o en el disco compacto que acompaña esta obra.

111 El carácter preferente de la libertad de expresión también ha sido reconocido, entre otras, en las sentencias C-010/00, T-094/00, T-1319/01, C-489/02, C-650/03, T-213/04.

de la información, sino también para proteger otros valores constitucionales, como el derecho a la intimidad.

La jurisprudencia también ha aceptado de manera reiterada el modelo de protección dual,¹¹² según el cual se acepta una mayor reducción del ámbito de protección de los derechos al buen nombre y a la intimidad en relación con la divulgación de información cuando esta se refiere a personajes públicos, ya que se entiende que “su papel de figuras públicas los convierte en objeto del interés general, por lo cual es de esperar que tanto sus actividades públicas como su vida privada sean observadas de manera minuciosa por parte de la sociedad”.¹¹³ Esto hace que los personajes públicos, ya sean de la vida política o deportistas, cantantes o artistas, entre otros, acepten el mayor riesgo que tienen de ser afectados por críticas u opiniones adversas. Sin embargo, la primacía que en estos casos se otorga a la libertad de información no opera para cualquier tipo de información relacionada con la persona pública, pues se exige además que el contenido de esta obedezca a un verdadero y legítimo interés general, determinado por la trascendencia y el impacto social de la información, que hace que el interés deba ir más allá de una simple “curiosidad generalizada”.¹¹⁴ Este criterio de reducción del ámbito de protección del buen nombre y la intimidad tratándose de personajes públicos ha tenido numerosas aplicaciones en casos concretos resueltos por la Corte. Así, por ejemplo, cuando el presidente de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura brindó a la prensa información con relación a la formulación de pliego de cargos contra una magistrada por irregularidades en el ejercicio de sus funciones públicas, la Corte aceptó que era “razonable una disminución en la protección del derecho a la honra y al honor”¹¹⁵ por su condición de persona pública, en este caso como funcionaria de la Rama Judicial y tuvo en cuenta tal situación a la hora de decidir sobre la prosperidad de la acción de tutela incoada por la magistrada.

Igualmente, con ocasión de la revisión de la acción de tutela presentada por un reconocido cantante en contra de una programadora que inició la transmisión del primero de cuatro capítulos sobre su vida, donde se expusieron aspectos íntimos de la vida del cantante, de su comportamiento sexual, de su salud y de su vinculación con un homicidio, sin que para ello se hubiere contado con su autorización, la Corte para resolver el caso, además de considerar la veracidad e

112 Se sigue aquí la terminología empleada por la relatoría para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

113 Sentencia T-066/98.

114 Sentencia SU-1723/00.

115 Sentencia T-213/93.

imparcialidad de lo publicado, aplicó el principio de relevancia pública. De acuerdo con este principio, se requiere que la información se desenvuelva en el marco del interés general del asunto a tratar, y cobra vigencia, por un lado, la calidad de la persona y, por el otro, el contenido de la información. A partir de estas consideraciones, se concluyó que por tratarse de información en la que estaba involucrado un personaje público, que goza de amplio reconocimiento como cantante y al haber un interés legítimo de la sociedad en conocer la información ya que esta guardaba conexidad con la comisión de un delito, la libertad de información adquiriría preferencia y, por lo tanto, concluyó que no hubo vulneración de ninguno de los derechos alegados por el cantante.¹¹⁶

Pese a lo enunciado, esta inclinación a favor de la prevalencia de la libertad de información no puede concebirse en términos absolutos, porque en otras circunstancias, ni siquiera el hecho de que la divulgación esté referida a información que es claramente de interés público, como ocurre con la información relacionada con hechos delictivos, hace desaparecer el deber de los medios y del periodista de corroborar la veracidad de lo informado y de actuar con diligencia y prudencia para no afectar los derechos de terceros. Así, en reiteradas oportunidades se ha reafirmado el deber que existe en cabeza de los medios de actuar con suma prudencia cuando se informa acerca de hechos delictivos, ya que en estas circunstancias otros derechos fundamentales pueden verse seriamente comprometidos.¹¹⁷

En este punto vale la pena referirse brevemente a la manera como la jurisprudencia nacional ha definido los casos en que tras configurarse una afectación del buen nombre como consecuencia de la divulgación de una información por parte de un medio, se ha acudido a los tribunales para obtener la correspondiente indemnización de perjuicios. Nos situamos, entonces, en el campo de la responsabilidad civil de los medios y del periodista, la cual, aunque no *in extenso*, sí ha sido abordada en varias oportunidades por la Corte Suprema de Justicia al conocer del trámite del recurso de casación dentro de procesos de responsabilidad civil extracontractual. Dicha corporación ha sido constante en afirmar que “como quiera que toda noticia que incrimine a una persona o colectividad determinada o determinable, puede ser fuente de daños”, se impone para los medios de comunicación social el deber de extremar el cuidado en el manejo de esta clase de información. “Esta diligencia se alcanza cuando se actúa prudentemente

116 Sentencia SU-1723/00.

117 Ver, entre otras, las sentencias T-515/92, T-563/93, T-259/94, T-522/95, T-066/98, C-368/98, T-1225/03 y T-1198-04.

en el manejo de la fuente directa y oficial, como cuando a la noticia o información incriminatoria la ha precedido el esfuerzo periodístico profesional necesario y la verificación razonable indispensable para la confirmación de su veracidad y exactitud e igualmente cuando se funda en datos que en el mismo sentido suministre o haya suministrado la autoridad competente, basada en decisiones o actuaciones judiciales no sometidas a reserva legal".¹¹⁸ De manera que cuando la divulgación no guarda correspondencia con la fuente, se produce a sabiendas de la falsedad o confiando imprudentemente en su exactitud o se trata de una inexcusable interpretación distorsionada de la fuente, el medio incurre en responsabilidad civil por los daños morales y materiales causados en ejercicio de la libertad informativa.

De lo anterior se colige la necesidad de acreditar, en todo caso, la actuación culposa del medio o del periodista. Es decir, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos en donde la regla general para ordenar una indemnización como consecuencia de la divulgación de una información, es la demostración de la real malicia (*actual malice*) o intención de dañar por parte del medio, lo que en términos jurídicos se traduciría en la demostración del dolo, en Colombia, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil, no se requiere demostrar la mala intención del medio, pues basta con que el medio haya obrado con negligencia o imprudencia para que pueda ser conminado a indemnizar.

El caso emblemático en este tema es el originado en la demanda que contra la sociedad Cano Isaza & Cía, editora del diario *El Espectador*, interpuso el señor Francisco Penagos Sánchez, con ocasión de la publicación en dicho diario de una noticia en la cual fue señalado como partícipe de una masacre de campesinos ocurrida en el departamento del Meta, pese a que las autoridades judiciales expresaron que esta persona en ningún momento estuvo vinculada a la investigación penal en relación con la masacre. La Sala declaró civilmente responsable al medio al constatar que el contenido de la publicación afectó la honra y buen nombre del demandante, además de que se hicieron imputaciones falsas y carentes de todo respaldo, sumado a que no se demostró que el medio hubiera actuado con la debida diligencia o que hubiera tenido la intención de corroborar la veracidad de la información.¹¹⁹

En un caso similar resuelto con posterioridad,¹²⁰ la sala de casación civil declaró probada la responsabilidad civil de un noticiero de televi-

118 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de mayo de 1999, M. P. Pedro Lafont Pianetta. Radicación 5244.

119 *Ibid.*

120 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de

sión, por los daños ocasionados con la divulgación de una información que implicaba imputaciones delictuosas en cabeza del abogado Gabriel Enrique Torres, el cual fue señalado públicamente como el jefe de una banda de estafadores. Aunque el medio arguyó en su defensa que la información publicada le había sido suministrada por la Fiscalía General de la Nación, resultó evidente que el medio no tuvo reparo alguno en calificar al señor Torres como jefe de una organización criminal, a pesar de lo incipiente de la investigación en su contra y sin mediar un análisis crítico, por lo que a todas luces la noticia fue presentada de manera imprudente. En ese caso aunque no pudieron acreditarse los perjuicios materiales alegados, sí se aceptó una afectación de la integridad moral del señor Torres y su familia, por lo cual se condenó a los demandados, en este caso la sociedad dueña del noticiero y el periodista “a pagar solidariamente por concepto de perjuicios morales” la suma de \$10.000.000 a favor del señor Gabriel Enrique Torres Gaona, la suma de \$5.000.000 a favor de su esposa, y \$2.000.000 para cada uno de sus hijos.

La jurisprudencia colombiana también ha hecho suyas algunas consideraciones relacionadas con el contexto en el cual se puede ejercitar la libertad de expresión. Así, ha distinguido entre los distintos foros o espacios en donde las personas expresan sus ideas o hacen circular informaciones, a partir de lo cual se configuran reglamentaciones para la utilización de diversos medios dependiendo del espacio en el que se pretende el ejercicio de cada uno de ellos. La Corte ha aceptado que en los foros públicos, como las “aceras, caminos, plazas u otros lugares de uso público” se está expuesto a la observación libre por parte de quienes allí se encuentren, no siendo posible imponer restricciones en este ámbito y, por lo tanto, se admite allí el pleno ejercicio de la libre expresión, a través por ejemplo de la actividad fotográfica. En este sentido, ha dicho la Corte que:

...una cosa es que ciertas personas no gusten de ser fotografiadas sin su consentimiento, y otra muy diferente tratar de ignorar el hecho de que quien es fotografiado en la calle, previamente se ha expuesto a la observación pública de los demás transeúntes, por donde, la conducta que esté asumiendo una persona al momento de ser fotografiada es conocida tanto por la colectividad allí presente como por los que posteriormente vean el fruto del revelado.¹²¹

Los foros públicos tienen un plus de garantía en relación con quienes pueden hacer uso de ellos y “por tal motivo, prohibir o restringir

diciembre de 2002, M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Radicación 7692.

121 Ver, entre otras, la sentencia T-1233/01.

que se elabore un retrato, que se tome una fotografía o que se haga un filme, por ejemplo, en un ámbito de esa naturaleza debe responder a necesidades suficientemente claras y razonables”.¹²²

Por el contrario, en un foro privado, como una zona residencial, la Corte ha permitido mayores restricciones derivadas de lo que ha denominado “el derecho a no ser forzado a escuchar o a ver lo que no se desea escuchar o ver”. A partir de estas consideraciones, se declaró legítima una restricción al uso de altoparlantes para la difusión de ideas religiosas o de otra índole en un caso específico que resultaban molestas para los habitantes de una zona residencial y se estableció que era necesario contar con el consentimiento de los residentes del lugar para que dicho foro, privado por naturaleza, pudiera convertirse en un foro público.¹²³

Igualmente, en relación con el contexto específico en el que se desarrolla la libertad de expresión, la Corte ha desarrollado la tesis de que determinadas informaciones pueden divulgarse válidamente pero únicamente en contextos sociales específicos. Así por ejemplo, en el caso de la divulgación de listados de deudores morosos, se acepta que tal divulgación es legítima, pero siempre y cuando la información además de ser veraz e imparcial, se circunscriba a un ámbito específico en el que solamente los directamente interesados en la información tengan acceso a ella. De esta manera, se establece que hay informaciones que no pueden ser divulgadas al público en general, porque entonces resultarían afectados otros derechos fundamentales, pero mientras la divulgación se dirija a quienes efectivamente tengan un interés real en conocerla, esta sí resulta plenamente válida y permitida. La Corte ha aceptado entonces la publicación de listados de deudores morosos en áreas sociales dentro de unidades residenciales cerradas o en instituciones educativas, en el entendido de que asiste a los habitantes de la unidad residencial y a los miembros de la comunidad escolar, un legítimo interés de conocer los nombres de quienes han incumplido las obligaciones adquiridas con la colectividad, y la pretensión de la publicación de esos listados es meramente informativa. En aplicación de este criterio, la Corte confirmó la decisión que negó la tutela interpuesta por un padre de familia, al considerar que el jardín infantil en donde su hijo estudiaba había vulnerado sus derechos a la honra y buen nombre, por haber publicado un listado con los nombres de los

122 Sentencia T-235A/02.

123 Sentencia T-403/92.

padres que adeudaban cuotas de pago al jardín infantil entre los cuales él se encontraba.¹²⁴

Igualmente, a partir de consideraciones similares, en una sentencia de febrero del 2005, la Corte avaló la medida adoptada por un Conjunto Residencial de llevar un libro de registro para hacer anotaciones relativas al comportamiento de los menores residentes, sobre la base de que la información que quedara allí registrada fuera únicamente aquella relevante para los intereses de la comunidad, que en el caso concreto era aquella que guardara relación directa con la seguridad de los residentes o la tranquilidad del sector, y de que hubiera un manejo prudente de tal información, de manera que solo los órganos de administración y control, así como los directamente interesados, pudieran conocerla, “sin perjuicio del derecho que asiste a cualquier residente para informarse de manera general acerca de los acontecimientos de interés comunitario”.¹²⁵ De esta manera, la Corte introduce la idea de que, en aras de la protección de los derechos a la honra, el buen nombre y la intimidad, en ciertos casos es necesario tomar en cuenta el contexto o ámbito específico en el cual se da a conocer la información, ya que dicho contexto es un elemento a tener en cuenta a la hora de evaluar la admisibilidad de una restricción en la publicidad de la misma.

La evolución de la jurisprudencia constitucional colombiana muestra que, a pesar de sus logros, la Corte Constitucional parece haber tenido algunos titubeos en la elaboración de una doctrina consistente en la resolución de las tensiones entre libertad de información, intimidad y buen nombre. Las diferencias pueden deberse a la diversidad de los hechos de los casos, pero creemos haber mostrado que han existido también vacilaciones conceptuales. Estas dudas son empero naturales, no solo por la complejidad del tema, sino, además, porque, a nivel comparado, las soluciones constitucionales no son unívocas. Y, efectivamente consideramos que, en este punto, un ejercicio de “jurisprudencia comparada” resulta particularmente instructivo para ilustrar las tensiones y dificultades que plantea la libertad de información en una democracia.

IV. Una comparación instructiva: la jurisprudencia alemana y estadounidense sobre intimidad, honor y libertad de expresión

Sintetizada la jurisprudencia constitucional colombiana en materia de libertad informativa y sus tensiones con otros derechos fundamentales,

124 Sentencia T-977/99.

125 Sentencia T-108/05.

consideramos importante presentar una reseña de los criterios elaborados en otras latitudes sobre la misma cuestión. A nuestro juicio, en el campo de los derechos fundamentales, la perspectiva comparada es particularmente importante. En efecto, dada la similitud de los dilemas que surgen a raíz del ejercicio de estos derechos, la comparación de las decisiones de los distintos tribunales no solo sirve para ilustrar las diversas tensiones normativas sino para mostrar las soluciones alternativas que se han procurado y para abrir espacios de reflexión que contribuyan al desarrollo jurisprudencial y doctrinal en nuestros países.

Para elaborar este estudio, hemos seleccionado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán y de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Esta opción se debe no solo a la amplia tradición de los mencionados tribunales sino y, particularmente, a que cada uno de ellos representa un paradigma democrático relativamente diverso, lo que se traduce en la elaboración de criterios distintos para la solución de casos similares. En la parte que sigue de este documento se sintetizan algunos de los criterios elaborados por la jurisprudencia alemana y estadounidense, haciendo particular énfasis en sus diferencias y similitudes, para concluir con un breve estudio de la jurisprudencia colombiana en perspectiva comparada.

a. Algunas diferencias significativas

Una de las decisiones más importantes de la jurisprudencia alemana es el caso Lebach de 1973.¹²⁶ En el mencionado fallo, el tribunal constitucional alemán enfrentó el siguiente problema: una cadena televisiva pensaba efectuar la emisión de una película en la cual se informaba sobre el crimen de cuatro soldados ocurrido unos cuantos años antes. Una persona que había sido condenada como cómplice en ese crimen, y que iba a salir libre algunos meses después, consideró que esa película, en la cual se mencionaba su nombre y aparecía su fotografía,

126 Para un interesante análisis del fundamento argumentativo de este fallo, ver Robert Alexy (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 95 y ss., pp. 164 y ss. Ver, igualmente, Donald P. Kommers (1989). *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham, Duke University Press, pp. 414 y ss. Igualmente, para el seguimiento de la jurisprudencia alemana, nos hemos basado en las siguientes obras: Richter, Ingo/ Schuppert, Gunnar Folke (2006). *Casebook Verfassungsrecht*. Munich, 3 edición; Jörg Menzel (ed.) (2000). *Verfassungsrechtsprechung. Hundert Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive*. Tubinga. Dieter Hesselberger (2003). *Das Grundgesetz. Kommentar für die politische Bildung*. Bonn, 13 edición; Horst Sacker (1989). *Das Bundesverfassungsgericht*, 4 edición, Bonn; Jürgen Schwabe (2003). *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*. (Trad: Marcela Anzola Gil). Fundación Konrad Adenauer/ Ediciones Jurídicas Gustavo Bogotá, Ibáñez.

desconocía su intimidad y afectaba su proceso de resocialización, por lo cual interpuso el correspondiente recurso judicial. El tribunal prohibió entonces el programa de televisión, pues consideró que en este caso primaban los derechos de la persona, ya que se trataba de la repetición de una información de un delito grave, sobre el cual ya no existía un interés actual de información, y que la emisión efectivamente podría afectar la resocialización del condenado.

Igualmente, en el caso Mephisto de 1971, el tribunal alemán tuvo que analizar si violaba o no la intimidad que una casa editorial editara el libro de Klaus Mann, *Mephisto*, que se refiere a la carrera del entonces ya fallecido director teatral Gustav Gründgens, a quien el escritor consideraba el prototipo del traidor, por cuanto había abandonado todas sus convicciones liberales a fin de congraciarse con los jefes nazis. La sentencia Mephisto (BVerGE 30, 173) nació por la protesta del hijo adoptivo de Gründgens contra el libro, por cuanto ofrecía una falsa imagen de este y ofendía su honra, a pesar de que el libro no aparecía con el nombre de Gründgens, sino que los personajes habían sido transformados. Dentro del proceso ordinario que el hijo inició para impedir la publicación del libro, tanto el Tribunal de Hamburgo como el Tribunal Supremo Federal le concedieron la razón. Contra la decisión judicial presentó la editorial un recurso de queja por inconstitucionalidad (una tutela) ante el Tribunal Constitucional. Solamente tres de los seis magistrados que participaron en la decisión consideraron que la sentencia civil del Tribunal Supremo Federal había vulnerado la libertad artística. En vista de que no se pudo lograr una mayoría, entonces, quedó confirmada la sentencia atacada del Tribunal Supremo, que había prohibido el libro.¹²⁷

La sentencia es muy mencionada en el contexto de la jurisprudencia sobre libertad artística, precisamente porque indicó que la libertad del arte es distinta de la libertad de expresión y que si bien es amplia, no es ilimitada. Según importantes doctrinantes, dicha sentencia admitió la prohibición de la difusión del libro porque en este caso colisionaban la libertad de arte con la dignidad humana, y esta última es un valor supremo, que siempre debe primar.¹²⁸ Nótese que en este caso, Gründgens había fallecido y había sido un personaje público, ya que llegó a ser un actor supremamente conocido durante el Tercer Reich. Sin embargo, según la lectura doctrinaria de esta sentencia, no

127 Ver Donald P. Kommers, *op. cit.*, p. 428. Ver también Tade Matthias Spranger: BVerGE 30, 173 – Mephisto. Die Freiheit der Kunst und der postmortale Ehrenschatz, en Jörg Menzel (ed.), *op. cit.*, pp. 169- 174.

128 Ver, al respecto, los comentarios al caso en las obras citadas de Dieter Hesselberger y de Donald Kommers.

es posible que la Ley Fundamental, que hace de la dignidad su valor supremo, permita que una persona sea degradada o menospreciada, incluso después de fallecida, pues la dignidad no cesa con la muerte, por lo cual no era admisible que bajo el pretexto de una obra de arte, la memoria de una persona pudiera ser afectada.

En cambio, en Estados Unidos, los jueces, en casos similares, han llegado a conclusiones opuestas.¹²⁹ Para empezar, en general en ese país se presume que es inconstitucional toda intervención estatal, ya sea administrativa o judicial, que impida la publicación de cualquier información u opinión, por lo cual estas restricciones previas a la libertad de expresión están excluidas, salvo casos excepcionales relacionados con la seguridad nacional.¹³⁰ Es entonces casi imposible que en Estados Unidos un tribunal prohíba en forma previa una publicación para proteger el derecho a la intimidad o al honor de una persona. Estos conflictos se han resuelto entonces cuando la justicia civil o penal ha tenido que determinar, con posterioridad a la publicación, si hubo o no calumnias y difamaciones, a fin de establecer las correspondientes penas e indemnizaciones. E incluso en relación con las eventuales

129 Para una presentación de algunos de los casos más relevantes de la jurisprudencia estadounidense en relación con la libertad de expresión, ver Pablo Salvador Coderch (ed.) (1990). *El mercado de las ideas*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 253 y ss., pp. 309 y ss. Igualmente, ver Christopher Wolfe (1991). *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid, Civitas, pp. 249 y ss., 339 y ss. Geoffrey Stone et al. (1996). *Constitutional Law*, 3 edición. Boston, Little Brown and Company, pp. 1073 y ss. Y Lawrence Tribe (1998). *American Constitutional Law*, 2 edición. New York, The Foundation Press.

130 Ver el caso *Near v Minnesota* de 1931, en donde la Corte señaló que solo un riesgo inminente de grandes proporciones podría justificar una censura de esa naturaleza. Con un criterio similar, en el ya referido caso sobre los papeles del Pentágono de 1971, la Corte negó una petición del Gobierno de que se prohibiera la publicación por unos diarios de documentos sobre la guerra del Vietnam, que podrían comprometer los esfuerzos bélicos y diplomáticos de los Estados Unidos pues, según la opinión mayoritaria, el daño producido, si bien era probable, no era inminente. Esto no quiere decir, obviamente, que la Corte Suprema haya sido siempre una gloriosa defensora de la libertad de expresión, pues en muchas ocasiones admitió que amenazas muy hipotéticas justificaran graves restricciones a esta libertad. Así, en *Abrahams v United States* de 1919, con el voto disidente de Holmes y Brandeis, ese tribunal admitió que se condenara a varios años de prisión por conspiración a unos inmigrantes rusos, cuyo único delito fue distribuir unos panfletos en donde llamaban a una huelga general contra la participación de Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial, pues consideraban que era un intento por acabar la Revolución rusa. Igualmente, durante la época del macartismo, la Corte admitió, en *Dennis v United States* de 1951, con el valeroso voto disidente de Black y Douglas, que se condenara a varios años de prisión a los líderes del partido comunista, por cuanto estos defendían el derrocamiento del gobierno de los Estados Unidos. Lo más grave fue que el tribunal admitió la condena, a pesar de que no existía ninguna prueba de que los acusados hubieran realizado alguna actividad práctica encaminada a lograr sus objetivos.

sanciones posteriores, la jurisprudencia ha tendido a proteger al máximo la libertad de expresión, como lo veremos a continuación.

Por ejemplo, en el fallo Sidis de 1940, la Corte Suprema de Nueva York estudió el caso de una persona que había sido un niño prodigio en 1910, y había entonces adquirido notoriedad pública, pero quiso abandonar esa condición, por lo cual se retiró a un empleo poco conocido. En 1937, un periódico volvió a Sidis objeto de la mirada pública pues, sin su consentimiento, narró su historia y los detalles de su vida actual, un poco tortuosa, con lo cual Sidis perdió todos sus esfuerzos por volver al anonimato. El afectado demandó entonces al periódico por difamación, pero perdió el caso, porque la Corte Suprema de Nueva York consideró que el interés del público en los problemas de los personajes notorios era legítimo, por lo cual no se podía prohibir la publicación de esa información. El supuesto de la argumentación de ese tribunal era entonces que quien había sido un personaje público, quedaba entonces sujeto a que mucho tiempo después se revelaran detalles, incluso deshonrosos, de su vida privada, con lo cual no solo se establecía la imposibilidad de dejar de ser objeto de las miradas ajenas, sino que prácticamente se daba razón al exagerado aforismo según el cual, las personas públicas no tienen vida privada, como contrapartida a que las personas privadas no tienen vida pública.

Igualmente, en el caso *New York Times v. Sullivan* de 1964, la Corte Suprema Federal negó que un servidor público pudiera obtener una indemnización por afirmaciones que un medio de información hubiera hecho sobre su conducta oficial, incluso si estas eran inexactas, salvo si probaba, con claridad convincente (*convincing clarity*),¹³¹ que la publicación se efectuó con dolo o real mala intención (*actual malice*), esto es, agrega la sentencia, “con pleno conocimiento de que la información era falsa o con imprudente negligencia [*reckless disregard*] sobre su veracidad”. Es pues supremamente difícil para un funcionario público en Estados Unidos obtener una indemnización por una publicación relativa a sus funciones, pues la exigencia probatoria establecida por la Corte Suprema equivale, según muchos comentaristas, a una cuasi inmunidad de los medios en estos casos. Luego ese tribunal extendió esa protección de la libertad de expresión en relación con todas las figuras públicas,¹³² y estableció explícitamente que estas personas no podían

131 Esto significa una carga probatoria grande para el servidor público, pues si bien la Corte no impone el criterio extremo de los casos criminales (evidencia más allá de toda duda razonable), sí establece una exigencia más importante que en los casos civiles ordinarios, en donde basta la evidencia preponderante, esto es, que haya más elementos probatorios en favor de las tesis del actor que en contra de ellas.

132 Ver los casos de 1967, *Curtis Pub Co v Butts* y *Associated Press v Walker*.

tampoco obtener ninguna indemnización por burlas o sátiras que se hicieran en contra de ellas, incluso habiendo habido mala intención de parte de los caricaturistas. Así, Larry Flint, editor de la revista pornográfica *Hustler*, publicó una sátira contra Jerry Falwell, un reverendo nacionalmente conocido en los Estados Unidos.¹³³ La revista retrató al reverendo como un hipócrita alcohólico que había tenido relaciones sexuales con su madre, pero aclaraba que se trataba de una parodia. Falwell obtuvo en una corte estatal una indemnización por los daños emocionales que le causó la publicación, pero la Corte Suprema revocó la decisión y absolvió a Flint, pues consideró que la sátira, que por esencia es burlona y unilateral, es un elemento esencial del lenguaje político. Según la sentencia, si bien algunos podrían considerar malintencionada esa sátira, no por ello dejaba de estar garantizada constitucionalmente, pues, como lo había señalado esa Corte en el fallo Garrison de 1964, “la protección de la primera enmienda recae incluso sobre quienes hablan o escriben motivados por odio o por mala intención”.

La Corte Suprema incluso extendió las exigencias probatorias en *New York Times v. Sullivan*, de la real mala intención (*actual malice*) a las publicaciones sobre personas privadas, si se trataba de un asunto de “interés público o general”. Por ejemplo, en *Rosembloom v. Metromedio* de 1971, la Corte aplicó ese estándar a un caso en donde la persona no era un personaje conocido, ni un funcionario público, pues consideró que existía un interés justificado de la prensa en la información, el cual prevalecía sobre la intimidad o el honor del afectado.

Como vemos, si bien los casos alemanes y estadounidenses no son idénticos, son semejantes en aspectos centrales y, a pesar de ello, las soluciones son diferentes. El tribunal alemán prohíbe, en forma previa, un libro sobre un personaje voluntariamente público (como el actor Gründgens) o una emisión en televisión sobre alguien que se vio involucrado en asuntos delictivos sobre los cuales en general se admite que la sociedad tiene derecho a estar informada (en el caso Lebach), por cuanto concluye que ya no hay un interés real que justifique una divulgación informativa que lesiona a los afectados. En cambio en Estados Unidos no solo se admiten publicaciones y emisiones similares, pues toda acción gubernamental destinada a evitar, en forma previa, la emisión de una información o una opinión se presume inconstitucional, sino que para una figura pública resulta incluso muy difícil obtener indemnizaciones por difamación con posterioridad a las publicaciones,

133 Ver el caso *Hustler Magazine Inc v Falwell* de 1988, relatado en la película *Larry Flint*.

ya que las exigencias probatorias sobre mala intención son muy difíciles de cumplir.

La diferencia de criterios entre el Tribunal Constitucional alemán y la Corte Suprema de los Estados Unidos no es excepcional sino que parece expresar una diversa valoración de los elementos en conflicto por parte de estos tribunales. En Estados Unidos los jueces tienden a conferir una mayor importancia a la libertad de expresión, incluso a riesgo de afectar la intimidad y el honor de las personas. En cambio en Alemania, la práctica del tribunal constitucional parece responder a una tendencia contraria, esto es, a una maximización de la protección de la intimidad y la dignidad de las personas, incluso a riesgo de restringir la libertad de expresión y limitar el derecho a la información más allá de lo que un juez estadounidense consideraría admisible.

Estas diferencias son indudables pero no deben ser absolutizadas, pues existen convergencias importantes en la doctrina constitucional de estos países, como pasamos a explicarlo.

b. Las convergencias entre la jurisprudencia alemana y estadounidense

Es cierto que en Alemania la jurisprudencia confiere *prima facie* una protección preferente a la intimidad frente a la libertad de expresión. Sin embargo, esa prevalencia no es absoluta. En efecto, a pesar de que aparentemente establece que la dignidad —y la intimidad que le está asociada— siempre predominan cuando entran en conflicto con otros derechos o intereses constitucionales, lo cierto es que el tribunal constitucional alemán ha admitido que estos valores pueden ceder en determinados casos, que no son excepcionales. Para ello, el tribunal ha distinguido entre aquellas situaciones en donde se afecta a la intimidad de una persona por desprecio hacia ella, de aquellas otras en donde esta injerencia no es motivada “por una desconsideración o subestimación de la persona humana”,¹³⁴ sino por razones esenciales para la protección de otros derechos y del propio orden constitucional. Así, la sentencia Lebach aclara que frente a un crimen actual, existe un legítimo derecho de la opinión a conocer los hechos, por lo cual, en general, no puede el delincuente invocar su intimidad para impedir una publicación sobre los acontecimientos, ya que en una democracia debe haber una amplia libertad de prensa para que exista una opinión pública informada. Lo que en ese caso específico justificaba la prohibición de la emisión era no solo la ausencia de un verdadero interés general en la información, pues el delito había ocurrido varios años antes, sino,

134 Ver al respecto, Robert Alexy, *op. cit.*, pp. 106 y ss.

además, que la divulgación del programa podría tener efectos desproporcionados sobre la resocialización del condenado.

La jurisprudencia alemana ha distinguido además entre diversas esferas de la intimidad y la autonomía personales, de suerte que en ellas el grado de protección constitucional es diverso.¹³⁵ La esfera más íntima corresponde, en general, a los pensamientos o sentimientos más personales que un individuo solo ha expresado a través de medios muy confidenciales, como cartas o diarios estrictamente privados, y es, según el tribunal constitucional, un ámbito intangible de la dignidad humana. La garantía en este campo es casi absoluta, de suerte que solo situaciones o intereses excepcionalmente importantes justifican una intromisión. Luego encontramos la esfera privada en sentido amplio, que corresponde a la vida en ámbitos usualmente considerados reservados, como la casa o el ambiente familiar de las personas, en donde también hay una intensa protección constitucional, pero hay mayores posibilidades de injerencia ajena legítima. Y, finalmente, el tribunal habla de la esfera social o individual de las personas, que corresponde a las características propias de una persona en sus relaciones de trabajo o públicas, en donde la protección constitucional a la intimidad y a la autonomía es mucho menor, aun cuando no desaparece, pues no se puede decir que se puede informar sobre todo lo que una persona hace por fuera de su casa, sin violar su intimidad.

La existencia de diversas esferas de intimidad explica entonces que en los ámbitos más públicos y políticos, en donde se debaten asuntos que interesan al conjunto de la ciudadanía, la protección a la libertad de expresión y de información es mucho mayor y tiende a predominar sobre los intereses privados, como lo muestra la sentencia Luth.¹³⁶ Así, el señor Luth había pedido a los distribuidores y productores fílmicos alemanes que boicotearan una película de un director llamado Harlan, que había realizado obras antisemitas durante el régimen nazi. La justicia civil ordenó a Luth que se abstuviera de continuar con esos llamados, so pena de indemnizar los daños que pudiera ocasionar a los productores de la película, por lo cual Luth acudió al Tribunal Constitucional, el cual concluyó que la orden judicial había desconocido la libertad de expresión. Para el tribunal, la decisión de los jueces civiles era equivocada pues habían analizado el asunto como un conflicto

135 Ver Pablo Salvador Cordech, *op. cit.*, pp. 344 y ss. Robert Alexy, *Teoría de los derechos. op. cit.*, pp. 349 y ss. Eduardo Novoa Monreal, *op. cit.*, p. 47.

136 Por ello, este caso es considerado como uno de los antecedentes más importantes sobre el llamado efecto horizontal o frente a terceros de los derechos fundamentales, esto es, que tales derechos no solo regulan la relación entre las autoridades y los ciudadanos, sino que también se proyectan a las relaciones entre los propios particulares.

puramente privado entre Luth y Harlan, con lo cual desconocieron que Luth no estaba defendiendo un interés particular sino que, con su petición de boicot, estaba tratando de influir en la opinión pública en un asunto de interés general, como es la relación de Alemania con su pasado nazi. Por ello, concluye la sentencia, cuando está en juego la formación de la opinión pública en un asunto que interesa a la comunidad, los intereses económicos individuales deben ceder a fin de permitir una amplia discusión pública en la materia. Y en tal debate, señala explícitamente el tribunal, “quien se sienta herido por la declaración de otra persona, puede replicar públicamente. La opinión pública, al igual que la opinión personal, se forma únicamente a través del conflicto de opiniones libremente expresadas”.¹³⁷

En otras decisiones, el Tribunal Constitucional alemán ha ido aún más lejos en la protección del libre debate político, pues ha admitido que expresiones en apariencia injuriosas que un representante de un partido efectúa contra otro partido en muchos casos son perfectamente admisibles, pues constituyen en realidad opiniones y no afirmaciones fácticas. Así, en una campaña política para el parlamento europeo, un candidato socialista calificó a la Unión Social Cristiana (USC) de Baviera como el “NPD de Europa”. Ahora bien, el NPD es un partido alemán de extrema derecha, considerado como “neonazi”. La USC acudió entonces a la justicia civil, que prohibió al candidato socialista volver a utilizar esa expresión contra la USC, pero el Tribunal Constitucional, en la decisión *Slur* de 1982,¹³⁸ anuló la orden judicial por considerarla violatoria de la libertad de expresión. Según el tribunal, era claro que el candidato socialista estaba expresando en forma metafórica su punto de vista sobre la USC, por lo cual se trataba de una opinión que gozaba de protección constitucional. Además, agregó la sentencia, los jueces civiles no tuvieron en cuenta que las personas involucradas tenían carácter político, y “una persona que voluntariamente se expone a la crítica pública abandona parte de su esfera íntima protegida”, lo cual es aún más claro con los partidos políticos que están sujetos a “soportar incluso observaciones cáusticas consideradas con razón como injuriosas por cualquier partido democrático”.

Finalmente, en la sentencia “Soldaten sind Morder” (BVerGE 93, 266), de 1995, el tribunal se pronunció sobre varias tutelas instauradas por personas que habían hecho afirmaciones acerca de que los soldados eran asesinos. Los actores habían sido sancionados penalmente por

137 Citado por Donald Kommers, *op. cit.*, p. 375.

138 *Ibid.*, pp. 389 y ss.

el delito de ofensa al Ejército Federal y a los soldados en particular.¹³⁹ El tribunal consideró que ellos se referían a todos los soldados en general, es decir, a todos los soldados del mundo y que, por lo tanto, no se podía pensar que ofendían al Ejército alemán ni a sus soldados. Es decir, no ofendían a un grupo determinado. Según algunos comentaristas, las afirmaciones de la sentencia sobre el alcance y los límites de la libertad de opinión mostraban una nueva tendencia del tribunal, dirigida a proteger más la libertad de opinión y a reducir el campo de protección de la honra.

Como vemos, la jurisprudencia alemana no anula la libertad informativa en función de la defensa de la dignidad, la intimidad y el honor de las personas, a pesar de que en principio confiere un mayor peso a estos últimos valores, prevalencia que sin embargo disminuye notablemente en el debate político. En ese mismo orden de ideas, en Estados Unidos, la protección preferente de la libertad de expresión no ha implicado tampoco la destrucción de la intimidad y del honor de las personas. Así, la Corte Suprema ha señalado que no todas las expresiones gozan de la misma protección constitucional¹⁴⁰ ya que, por ejemplo, esta es máxima en relación con el debate político, menor en el caso del lenguaje comercial, en donde se admiten mayores restricciones, y no opera para determinados tipos de expresiones, como el lenguaje obsceno.¹⁴¹ Ahora bien, en relación con los problemas privados de personas privadas, la jurisprudencia estadounidense ha sido clara en señalar que no goza de protección constitucional una expresión difamatoria, esto es, la publicación de hechos relativos a una persona o grupo de personas, y que lesione su reputación y dignidad, ya sea porque se trate de hechos falsos —con lo cual se viola el derecho al honor—, o ya sea porque siendo verdaderos puedan constituir una intromisión a su intimidad.¹⁴² En estos casos, los tribunales han aceptado en muchos Estados —sin que la Corte Suprema se oponga por razones de constitucionalidad— las reglas sobre indemnización del *Common Law* que consagran prácticamente una responsabilidad objetiva, puesto que si

139 Ver apartes de esta sentencia en Jürgen Schwabe, *op. cit.*, pp. 148-155.

140 Ver del caso *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders* de 1985. Ver, igualmente, Tade Matthias Spranger, *Zu Bedeutung der Meinungsfreiheit für die strafgerichtliche Verurteilung wegen der Aussage "Soldaten sind Mörder"*, en Jörg Menzel (ed.), *op. cit.*, pp. 592-598.

141 Sobre las mayores posibilidades de regulación de las expresiones comerciales ver, por ejemplo, *Board of Trustees of State University of New York v Fox* de 1989. Sobre la polémica ausencia de protección constitucional al lenguaje obsceno, ver *Roth v United States* de 1957 y *Miller v California* de 1973.

142 Una buena presentación de esta problemática en el derecho español y en Estados Unidos en Pablo Salvador Corderch, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

el afectado muestra la naturaleza difamatoria de la publicación, corresponde a quien la publicó, si quiere escapar a la sanción, probar la veracidad de la información, o la inexistencia de invasión a la intimidad.¹⁴³

Igualmente, en el caso Gertz de 1974, la Corte modificó parcialmente su posición en relación con las personas privadas, y señaló que frente a ellas, incluso si el asunto es de interés público, la protección al honor y a la intimidad de la persona es mayor, por lo cual para obtener una indemnización el afectado no tiene que demostrar la clara mala intención (*actual malice*) de quien lo difamó, sino que le basta probar simple negligencia. Según la Corte, si bien el interés público puede justificar las informaciones sobre estos asuntos, las personas privadas son más vulnerables y tienen menor acceso a los medios para controvertir las declaraciones en su contra, todo lo cual justifica una mayor protección. Además, en relación con los personajes públicos, la jurisprudencia ha señalado que estos conservan, aun cuando limitados, sus derechos a la intimidad y al honor, que gozan de una cierta protección judicial. Así, la tesis del caso Sidis de la Corte Suprema de Nueva York, según la cual un personaje que había adquirido notoriedad pública quedaba condenado a estar bajo las miradas ajenas, incluso muchos años después, no es aceptada por otros tribunales de ese país. Por ejemplo, la Corte Suprema de Mississippi, en forma que parece más razonable, estableció, en el caso Newson v Henry de 1983, que una persona que ha sido figura pública puede, con el paso del tiempo, volver a ser un particular, al menos en relación con los hechos ocurridos una vez que ha abandonado el escenario público.¹⁴⁴

Finalmente, en varios casos, la Corte Suprema ha aceptado que se puede regular, en forma relativamente amplia, el contexto de tiempo, modo y lugar en el cual se puede ejercitar la libertad de expresión, siempre y cuando tales regulaciones de contexto o modales sean neutras frente al contenido de los discursos, ya que todos ellos son iguales ante la Constitución.¹⁴⁵ La Corte Suprema ha distinguido entonces

143 Ver, por ejemplo, el caso Dun v Bradstreet de 1985, en donde la Corte Suprema consideró que un reporte erróneo sobre la quiebra de una persona efectuado por una agencia de crédito a cinco de sus suscriptores no era un asunto de interés público, por lo cual podía ser considerado como una difamación.

144 Ver Pablo Salvador Cordech, *op. cit.*, p. 311.

145 Ver el caso Cohen v California de 1971, en donde la Corte plantea la igualdad entre todos los discursos. El caso Chicago Police Department v Mosley de 1972, es un buen ejemplo de una regulación de contexto que no es neutral frente al contenido, y que por ende es inconstitucional. La Corte anuló una norma municipal que prohibía, durante las horas de clase, toda manifestación cerca de las instalaciones escolares, salvo aquellas relacionadas con disputas laborales en los colegios. Según la Corte, esta reglamentación no era neutral pues establecía cuáles asuntos podían ser discutidos en las instalaciones oficiales.

entre distintos “foros” o espacios en donde las personas expresan sus ideas y hacen circular informaciones, ya que las posibilidades de reglamentación modal a la libertad de expresión son diversas según los ámbitos. Así, en los foros públicos, como las calles o los parques, el examen constitucional es más estricto, pues solo es admisible aquella intervención que no solo sea necesaria para la satisfacción de un interés estatal significativo sino que además deje abiertos otros canales para la expresión del discurso. En los foros semipúblicos, como las escuelas o las bibliotecas, las regulaciones pueden ser mayores, por lo cual el examen constitucional es menos intenso, y la Corte admite la constitucionalidad de restricciones que se encuentren razonablemente ligadas a la obtención de un interés estatal legítimo. Finalmente, en los foros privados, las regulaciones pueden ser muy amplias. Como vemos, esta distinción pretende, entre otras cosas, proteger la intimidad de las personas y de los hogares frente a las posibles injerencias de los discursos ajenos.¹⁴⁶

Como vemos, el honor y la intimidad de las personas no están entonces siempre subordinados a las exigencias de la libertad informativa y de expresión, pues si bien es muy difícil en Estados Unidos obtener una orden judicial para impedir una publicación difamatoria — como sí ha sucedido en Alemania —, lo cierto es que la amenaza de cuantiosas indemnizaciones juega en ese país un efecto disuasivo considerable. Además, las regulaciones del contexto en que se emite un discurso también tienen como finalidad esencial la protección de la intimidad. Por ejemplo, en el caso *Frisby v Schultz* de 1988, la Corte admitió que era constitucional que se prohibiera una manifestación de grupos antiabortistas en frente de la residencia de un médico que practicaba interrupciones de embarazo. Según la sentencia, si bien los andenes y las calles son “foros” públicos, la regulación era legítima para proteger la intimidad hogareña, ya que los manifestantes mantenían a su disposición otros medios de protesta. Esto significa que en el derecho estadounidense, de todos modos la privacidad, la intimidad y el honor gozan de una importante protección constitucional, por lo cual la libertad de expresión o el propio proceso político no pueden llegar a anularlos. Es más, en los años setenta, durante el inicio de la Corte Burger, el derecho a la privacidad, de creación jurisprudencial en el caso *Griswold* de 1964, adquiere una gran relevancia, pues es concebido no solo como la protección de la intimidad en estricto sentido, esto es el derecho de una persona a estar sola y libre de miradas ajenas, sino

146 La jurisprudencia sobre la regulación modal en los distintos foros es muy amplia. Ver, entre otras, las sentencias *Schneider v State* de 1939, *Beard v City of Alexandria* de 1951, *Flower v United States* de 1972.

incluso de la autonomía, esto es, de la capacidad del individuo para tomar las decisiones esenciales sobre su propia vida. Así, en nombre de la privacidad, la Corte protegió, en el caso *Eisenstadt v Baird* de 1972, el derecho a la autonomía reproductiva y, específicamente en el caso de la mujer, este criterio sirvió de sustento a la polémica decisión de *Roe v Wade* de 1973, en donde se consagró el derecho de la mujer a abortar en el primer trimestre de embarazo. Esta importancia creciente de la privacidad explica entonces que, según algunos analistas, a partir de esa década, y en especial en los años ochenta, los jueces hayan admitido mayores limitaciones a la libertad de información.¹⁴⁷

c. Modelos de solución constitucional de la tensión entre la intimidad y la libertad informativa

A pesar de sus diferencias, las jurisprudencias de Estados Unidos y Alemania se asemejan en que, en vez de mecánicamente hacer triunfar en todos los casos uno de los derechos en conflicto, los dos sistemas judiciales han buscado la mayor coexistencia entre la libertad informativa, el honor y la intimidad, para lo cual han establecido una serie de distinciones jurisprudenciales —como la estadounidense entre personas públicas y privadas, o entre los diversos “foros”, y la alemana entre las distintas esferas de protección a la intimidad— que permiten armonizar esos valores, o en caso de conflictos irresolubles, evitan que se sacrifique en forma desproporcionada alguno de ellos en función de la preservación del otro. Para tal efecto, ambos tribunales han recurrido, en general, a una metodología común, a saber, la ponderación, el sopesamiento o el balanceo entre estos valores en conflicto, la cual ha sido objeto de intensas reflexiones y debates a nivel de la teoría de la interpretación constitucional.¹⁴⁸ La idea central de esta forma de argumentación es que es necesario admitir la existencia de conflictos entre distintos derechos y principios constitucionales, pero que esas oposiciones no deben llevar a anular, a nivel abstracto, algunos de los derechos o de los principios, puesto que todos siguen siendo válidos e importantes para la preservación de la democracia, del pluralismo y la protección de la dignidad humana, por lo cual el llamado “contenido esencial” de los derechos concurrentes debe ser protegido.¹⁴⁹ El juez

147 Ver Stephan Russ Mohl (1995). “Entrega de información medial a control remoto”, en Josef Thesing y Wilhem Hofmeister (ed.). *Medios de comunicación, democracia y poder*. Buenos Aires, Ciedla, Konrad Adenauer, pp. 116 y ss.

148 La bibliografía es muy extensa. Ver, entre otros, Robert Alexy. *Derechos fundamentales*, loc. cit., y Ronald Dworkin (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel.

149 La idea de “contenido esencial” de los derechos fundamentales fue desa-

debe entonces intentar resolver el caso, en lo posible, satisfaciendo las exigencias normativas derivadas de los derechos en conflicto, en virtud del llamado principio de armonización concreta o concordancia práctica,¹⁵⁰ pero si ello no es posible, debe establecer, teniendo en cuenta las características del caso concreto, cuál derecho tiene precedencia sobre los otros. Por ejemplo, el tribunal puede concluir que en el caso específico confiere mayor peso a la intimidad que ha entrado en conflicto con la libertad informativa y, por ende, prohíbe una determinada emisión televisiva o la publicación de un libro. Sin embargo, y eso es esencial, esa decisión no implica que siempre habrá prioridad de la intimidad sobre la información, pues en otro caso, el tribunal puede llegar a la solución contraria si concluye que las circunstancias específicas confieren mayor peso al derecho a la información. Se trata entonces, según la terminología de ciertos autores y de los propios órganos judiciales, de una relación de preferencia condicionada, y no abstracta o absoluta,¹⁵¹ pues la decisión con base en uno de los principios no depende de su primacía en todos los eventos de conflicto, sino de su mayor peso relativo en el caso concreto.

Conforme a lo anterior, las diferencias entre la jurisprudencia alemana y estadounidense podrían ser sintetizadas así: estos tribunales no han establecido una jerarquía absoluta y para todos los casos entre las libertades en conflicto, sino que han desarrollado lo que la doctrina denomina una prevalencia *prima facie*, pero no una superioridad definitiva de un derecho sobre otros. Así, una preferencia *prima facie* del derecho A sobre el derecho B simplemente indica que, en caso de que estos valores entren en colisión, el juez debe decidir con base en el derecho A, salvo si las particularidades del caso confieren un mayor peso relativo a B. La prevalencias *prima facie* juegan, entonces, a nivel de la

rollada inicialmente por el Tribunal Constitucional alemán, lo cual es explicable, no solo por la importancia de la dignidad humana en ese ordenamiento constitucional, sino además porque la Ley Fundamental de Bonn señala expresamente en su artículo 19 que en ningún caso se puede desconocer la esencia de ningún derecho fundamental. A pesar de que es una noción que suscita polémicas, pues existen diversas concepciones sobre su sentido y alcance (ver, por ejemplo, Antonio Pérez Luño (1995). *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid, Tecnos, pp. 312 y ss.), lo cierto es que es una categoría de enorme éxito internacional, pues ha sido retomada por otras constituciones, como la española, y por otros tribunales, como la Corte Europea de Derechos Humanos o la Corte Constitucional colombiana. Ese prestigio tiene una explicación por la función que cumple esta noción, ya que en lo fundamental la protección del contenido esencial de los derechos permite la coexistencia de valores y principios potencialmente conflictivos

150 Ver Konrad Hesse (1992). *Escritos de derecho constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 45.

151 Robert Alexy. *Teoría de los derechos*, loc. cit.

argumentación en torno a derechos y valores, el mismo papel que juegan las presunciones en el plano probatorio, puesto que indican al juez que debe decidir el asunto de determinada manera, salvo si las particularidades específicas del caso lo conducen a otra conclusión. Estas supremacías iniciales establecen, entonces, cargas de argumentación y, de esa manera, esbozan un orden en las soluciones, pero no contienen determinaciones definitivas.¹⁵² Así, la preferencia que el tribunal constitucional alemán reconoce a la intimidad — como expresión de la dignidad humana — no implica que esta siempre prevalezca sobre la libertad informativa. Y, por su parte, el lugar dominante que ocupa la libertad de expresión en el constitucionalismo estadounidense no anula la protección a la privacidad de las personas.

A partir de lo anterior, podríamos concluir que a nivel constitucional no es posible establecer una jerarquía absoluta entre la libertad informativa, la intimidad y el buen nombre, cuando estos derechos entran en tensión, sino que es necesario resolver en concreto el conflicto. A lo sumo pueden establecerse prevalencias *prima facie*, con lo cual han tendido a desarrollarse tres alternativas diversas: i) el modelo estadounidense que confiere una prelación *prima facie* a la libertad de expresión; ii) la solución alemana que otorga, en principio, primacía a la dignidad y a la intimidad; iii) y una opción intermedia, basada en un equilibrio, sin preferencias previas, entre la libertad de expresión, el derecho a la información y la intimidad, por lo cual se desarrollan criterios de solución para cada caso, sin otorgar prelación a uno de los dos derechos en tensión.

Esta tipología permite reexaminar el caso colombiano, y concluir que en sus primeros años, la Corte Constitucional tendió a asumir una prevalencia *prima facie* de la intimidad, pero que en decisiones posteriores ha oscilado entre los tres modelos, y ha tenido dificultades para definir una dogmática verdaderamente adecuada, pues en determinados casos ha tendido a ignorar que la divulgación de informaciones tiene riesgos para la intimidad y el honor de las personas, como en la decisión C-087/98 sobre tarjeta profesional de los periodistas, mientras que en otras ocasiones ha restringido de manera inaceptable el derecho a la información de la sociedad sobre asuntos públicos de personajes públicos, como parece haber sucedido en la sentencia T-696/96, durante el juicio al Presidente Samper. Asimismo, en este marco de oscilaciones, algunas de las decisiones más recientes han mostrado una

152 Sobre la distinción entre prevalencia *prima facie* y prevalencia absoluta o definitiva, ver Robert Alexy (1993). "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en *Derecho y razón práctica*. México, Fontamara, p. 19. Ver igualmente su texto *Los derechos fundamentales*, loc. cit.

Corte más cercana del modelo intermedio favorable a la ponderación y al equilibrio entre los derechos a la luz de las circunstancias del caso concreto. Así, en sentencia T-1000/00 se sostuvo que:

...en el caso particular del derecho a la libertad de prensa, es necesario encontrar principios que permitan armonizar las tensiones que se suelen presentar en el acontecer social, con diversos derechos de la personalidad, tales como el derecho al buen nombre, el derecho a la honra o el derecho a la intimidad. No se puede aseverar, *prima facie*, que haya una superioridad jerárquica de unos derechos sobre otros, como tampoco se puede afirmar que, en todos los casos, un principio jurídico deba primar sobre el otro.

La misma posición fue sostenida en decisión posterior en la que la Corte se refirió a la imposibilidad de determinar en abstracto la prevalencia de la libertad de información sobre otros derechos — como la intimidad — para lo cual dispuso que en cada caso concreto el juez, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso y teniendo en cuenta una serie de criterios, determina la primacía de uno u otro derecho.¹⁵³ La misma postura fue mantenida después, al afirmar que “no es posible establecer *prima facie* la prevalencia o prioridad de un derecho sobre otro, pero sí es viable reconocer que a partir de su naturaleza relativa, cada uno de estos derechos [intimidad, prensa libre, libertad de opinión], se someten a límites, principios y cargas que impiden que su uso se torne en arbitrario y permita el desconocimiento de una garantía constitucional concomitante”.¹⁵⁴ Por lo tanto, aunque aún no se tenga plena claridad dogmática, la jurisprudencia parece ir avanzando por ese camino.

Un interrogante natural surge: esas dubitaciones de la Corte Constitucional colombiana ¿son simplemente un problema de aprendizaje de una corporación judicial relativamente nueva, pues quince años en

153 En la sentencia T-036/02, los criterios a considerar fueron los siguientes: 1) La posición que tiene dentro de la sociedad la persona cuya intimidad se protege. 2) La noción de interés general. Desde este punto de vista, el derecho a la información prevalece frente al derecho a la intimidad en la medida en que la información sea de interés general, y por lo tanto sea pertinente su publicación. 3) Las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales se produjeron los hechos objeto de decisión. Así, en cuanto a las circunstancias de modo, si una persona realiza a la vista pública actividades de su íntimo resorte, el ámbito de protección del derecho a la intimidad se reduce. De otra parte, de acuerdo con las circunstancias de tiempo, todo individuo tiene derecho a que se respeten sus momentos privados.

154 Sentencia T-787/04. En el mismo sentido, ver también la sentencia T-1198/04 en la cual se afirmó: “sin adoptar una posición acerca de la prevalencia *prima facie* de alguno de estos derechos [se refiere a la libertad de opinión frente al derecho al buen nombre y a la honra], el juez constitucional ha optado por ponderar, frente a cada situación, los derechos fundamentales en tensión, de forma que se armonicen o que se evite el sacrificio desproporcionado de alguno de ellos en función de la preservación de los otros”.

términos constitucionales son todavía un término breve? Esto, es, ¿se explican esas dificultades únicamente por la dificultad de armonizar esos derechos en conflicto, en un periodo de compleja transición normativa, debido a que la Constitución colombiana vigente es relativamente reciente, ya que data de 1991? ¿O existen otros elementos que inciden en esa evolución?

V. Primeras conclusiones: ponderación, libertad de expresión y concepciones de democracia

Dos factores parecen centrales para explicar la evolución de la jurisprudencia constitucional colombiana: uno metodológico, a saber, las dificultades que presenta la interpretación constitucional, y en especial, la ponderación, para elaborar una dogmática consistente sobre el alcance y los límites de los derechos fundamentales; y otro de filosofía política, ligado a las concepciones de democracia que subyacen a las construcciones dogmáticas sobre las relaciones entre libertad de información, intimidad y buen nombre. Procedemos pues a analizar ambos aspectos.

a. El problema metodológico: ponderación, consistencia argumentativa y dogmática sobre libertad de información

Gran parte de las modernas teorías de la interpretación constitucional se plantean como una tentativa por lograr la coexistencia plural de principios, potencialmente conflictivos, por lo cual buscan evitar que exista una supremacía absoluta de un valor, que llegue a anular la fuerza normativa de otros valores concurrentes, esto es, pretenden evitar la tiranía de un valor determinado.¹⁵⁵ En tal contexto, la ponderación aparece como una técnica inevitable para la resolución de conflictos entre derechos constitucionales, pues precisamente elude el absolutismo axiológico y protege el pluralismo, ya que no consagra jerarquías rígidas entre los derechos concurrentes sino prevalencias condicionadas, que dependen de las particularidades del caso concreto. La Corte Constitucional ha reconocido expresamente esa particular estructura normativa de los derechos fundamentales en numerosas sentencias. Ha dicho ese tribunal:

155 Ver, por ejemplo, Robert Alexy. *Teoría de los derechos*, op. cit., pp. 152 y ss. Igualmente, Gustavo Zagrebelsky (1995). *El derecho dúctil*. Madrid, Trotta, pp. 122 y ss.

A fin de promover la aplicación armónica e integral de los valores constitucionales, la mayoría de los derechos fundamentales se consagraron en disposiciones normativas que tienen una estructura lógica que admite ponderaciones. En efecto, más que normas que adopten expresamente las condiciones de hecho en las cuales es obligatoria su aplicación, la Carta consagra estándares de actuación que deben ser aplicados atendiendo a las condiciones que, circunstancialmente, pueden dar un mayor peso relativo a un derecho sobre otro. Ciertamente, al optar por un sistema de “pluralismo valorativo”, la Carta adoptó un modelo en el cual las normas iusfundamentales tienen una estructura lógica que exige acudir a la metodología de la ponderación para resolver los eventuales conflictos. En suma, la Constitución no consagró un sistema jerárquico entre sus normas, sino un modelo de preferencia relativa, condicionada a las circunstancias específicas de cada caso (sentencia C-475/97).

Ahora bien, el problema que surge con la ponderación, como lo han señalado algunos críticos, es que esta forma de razonamiento judicial puede conducir a una absoluta indeterminación en la decisión de los casos, que dependería entonces de la pura voluntad del juez, que optaría discrecionalmente por preferir uno de los derechos en tensión, lo cual es cuestionable en una democracia. Sin embargo, no solo no parece existir otra metodología mejor para solucionar los conflictos prácticos en donde se enfrentan derechos sino que, además, la ponderación no implica que la decisión judicial quede sometida al capricho y al arbitrio del funcionario de turno, por cuanto los tribunales constitucionales, en virtud del respeto al precedente, que no es más que una aplicación a la práctica judicial del principio de igualdad y del criterio kantiano de la universalidad, deberían decidir todos los casos semejantes de la misma forma. En efecto, “dicho en términos kantianos, el buen juez sería aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos, y que efectivamente lo hace”.¹⁵⁶ Por consiguiente, para lograr esa coherencia, los jueces tienen que precisar las razones por las cuales confieren precedencia en un determinado caso a un derecho, con lo cual construyen, poco a poco, criterios prácticos para resolver las tensiones y los conflictos entre los distintos derechos y los diversos principios. Así, esos criterios de precedencia en un caso concreto pueden ser vistos como el supuesto de hecho de una regla general que regula las relaciones entre los principios en tensión y que, una vez tomada la primera decisión difícil, entra a hacer parte del sistema jurídico y debe ser respetada en el futuro, con lo cual los demás casos se vuelven más previsibles. Los precedentes van configurando entonces un sistema de subreglas

156 Luis Prieto Sanchís (1991). “Notas sobre la interpretación constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 9, mayo-agosto, Madrid.

jurisprudenciales,¹⁵⁷ que permite delimitar con cada vez mayor rigor el alcance y contenido de los derechos fundamentales. Precisamente, la estructura de este libro está fundada en la idea de sistematizar esas subreglas jurisprudenciales.

Por ello, como dice Alexy, “la ponderación en el caso particular y la universalidad no son inconciliables”,¹⁵⁸ pues los jueces construyen un entramado de reglas de prevalencia, en caso de conflictos entre derechos. Es más, el ejercicio de jurisprudencia comparada parece mostrar que, a pesar de las divergencias naturales que subsisten entre los distintos sistemas nacionales, el señalamiento de las condiciones concretas de prevalencia ha ido consolidando una suerte de doctrina internacional para resolver los conflictos entre libertad informativa, intimidad y buen nombre. Esto no significa que no existan diferencias, sino que estas no constituyen oposiciones absolutas sino diversidades de matiz, en la búsqueda de la mejor coexistencia posible entre estos derechos, como lo muestra la comparación de la jurisprudencia de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos.

Así, en forma esquemática, podría decirse que la Convención Europea de Derechos Humanos tiende a asumir el modelo alemán, mientras que la Convención Interamericana adopta el modelo estadounidense. Esto se manifiesta en el hecho de que el artículo 13-2 del Pacto de San José, con excepción de la posibilidad de censurar los espectáculos públicos para salvaguardar la moral de los menores, excluye toda otra forma de restricción previa, pues señala que el ejercicio de la libertad de expresión y de información “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores”. En cambio, el artículo 10 de la Convención de Roma no solo no prohíbe expresamente la censura sino que tácitamente la admite, pues establece que la libertad de expresión podrá ser sometida

...a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

157 Sobre esta noción, ver la introducción metodológica de esta obra.

158 Ver Robert Alexy. *Derechos fundamentales*, loc. cit.

Esta diferencia ha sido expresamente destacada por la Corte Interamericana¹⁵⁹ y por la Comisión Interamericana¹⁶⁰ como un elemento hermenéutico muy significativo, pues pone en evidencia el lugar preferente de la libertad de expresión en el sistema interamericano, en el cual parece inadmisibles que un juez prohíba la publicación de un libro o un artículo para proteger el honor o la intimidad de otra persona. Así, en el caso Martorell, la Comisión Interamericana analizó la siguiente situación: el señor Martorell publicó un libro en la Argentina titulado *Impunidad diplomática*, sobre las circunstancias que condujeron a la partida del exembajador argentino en Chile. El libro debía ser comercializado también en Chile pero, a partir de una solicitud de unas personas que se sentían injuriadas con el texto, los jueces chilenos prohibieron su divulgación, en decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de ese país. El señor Martorell acudió entonces ante la Comisión Interamericana, que concluyó que Chile había violado la libertad de expresión al establecer una censura previa.

Asimismo, la Corte Interamericana en varias oportunidades se ha pronunciado en relación con situaciones en las que se ha restringido injustamente la libertad de expresión.¹⁶¹ En el primero de los casos sometido a su jurisdicción, se analizó la existencia de un sistema de censura previa que permitía prohibir la exhibición de una película, respecto de lo cual la Corte consideró que la existencia de normas de rango constitucional o legal que establecen formas de censura previa viola la libertad de pensamiento y de expresión, y genera responsabilidad internacional del Estado, en tanto la existencia de esa norma condiciona

159 Ver Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-5/85, sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas, especialmente el párrafo 50, en donde ese tribunal señala que “la comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (art. 10) y del Pacto (art. 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al *mínimum* las restricciones a la libre circulación de las ideas”.

160 Ver Comisión Interamericana, Caso Martorell v. Chile, Caso 11.230 de 1997, en especial el párrafo 56, en donde la Comisión precisa que la prohibición de la censura “existe únicamente en la Convención Americana. La Convención Europea y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos no contienen disposiciones similares. Constituye una indicación de la importancia asignada por quienes redactaron la Convención a la necesidad de expresar y recibir cualquier tipo de información, pensamientos, opiniones e ideas, el hecho de que no se prevea ninguna otra excepción a esta norma”.

161 Ver Corte Interamericana, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, sentencia del 5 de febrero de 2001; Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, sentencia del 6 de febrero de 2001; Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia del 2 de julio de 2004; Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sentencia del 31 de agosto de 2004, y Caso Palamara Iribarne vs. Chile, sentencia del 22 de noviembre de 2005.

el comportamiento de los poderes públicos, independientemente de su jerarquía o de qué poder u órgano estatal se trate.¹⁶² Igualmente, en la sentencia más reciente, proferida dentro del caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, la Corte recordó que la prohibición de censura previa implica la prohibición de cualquier acto que impida la distribución de un libro, no solo referido a una persona en concreto sino también aquel que se refiere a las instituciones del Estado, pues en estos casos hay un umbral distinto de protección precisamente por el carácter público de los concernidos con la información y la importancia que para el control de la actividad pública podrían tener los cuestionamientos expresados. El Estado chileno fue condenado por violación de la libertad de pensamiento y expresión, luego de que se incautaran los ejemplares y soportes electrostáticos de un libro escrito por un oficial retirado de la armada titulado *Ética y servicios de inteligencia*, al tiempo que se iniciaron investigaciones administrativas y penales por los delitos de desobediencia, incumplimiento de deberes militares y desacato en contra del autor del libro. Contrario a lo anterior, en el ámbito europeo, en principio, pueden ser admisibles ciertas restricciones previas, por lo cual la Corte Europea no considera que la censura sea en sí misma una violación de la Convención de Roma.

Sin embargo, a pesar de esas diferencias, existen notables convergencias en las doctrinas elaboradas por estos dos tribunales de derechos humanos. Así, la Corte Europea de Derechos Humanos, si bien no excluye *per se* la censura previa, ha tendido a aceptar la pertinencia de las soluciones y de los criterios adelantados por la jurisprudencia estadounidense, por lo cual ha protegido vigorosamente la libertad de expresión, sobre todo en el campo político. La decisión más significativa es la sentencia de 1986 sobre el asunto Lingens,¹⁶³ un periodista que había sido condenado en Austria por haber difamado al canciller Kreisky, a quien había criticado en forma muy fuerte por su comportamiento favorable a dirigentes políticos que tenían un pasado muy ligado al nazismo. La Corte de Estrasburgo favoreció a Lingens y estableció que Austria debía indemnizarlo. El fallo comenzó por precisar que los hombres políticos —como un canciller—, si bien no están desprovistos del derecho a la honra, están sujetos a una posibilidad mayor de crítica que los particulares, debido a la importancia que tiene la libertad de

162 Cfr. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) *vs.* Chile, sentencia del 5 de febrero de 2001.

163 Ver Fallo Lingens del 8 de julio de 1986, No. 103. Para una presentación general y sugestiva de estos casos y de la metodología interpretativa de la Corte Europea, ver François Ost. “Originalité des méthodes d’interprétation de la Cour européenne des droits de l’homme”, en Mireille Delmas-Marty. *Raisonnement la raison d’Etat*. Paris, PUF.

prensa en una democracia, a fin de que la opinión pública pueda “conocer y juzgar las ideas y actitudes de sus dirigentes”. Por ello, señaló la Corte, la necesidad de proteger el honor de los políticos debe ser “ponderada con los intereses que derivan de la libre discusión de las cuestiones políticas”. El contenido de la información y el contexto en el cual esta se expone adquieren entonces particular trascendencia dentro de esta ponderación, ya que permiten determinar los pesos relativos de los derechos en conflicto. En este caso, la balanza se inclina en favor de la libertad informativa, pues se trata de una crítica a un canciller, por asuntos propios de su cargo, y en un ambiente electoral. El tribunal señaló además que era necesario distinguir entre la formulación de opiniones y la afirmación de hechos relativos a una persona, ya que las primeras no pueden ser demostradas. La prueba de la verdad es entonces irrazonable en el caso de opiniones. Por consiguiente, la exigencia de la ley austríaca de que el periodista debe probar la verdad como causal de justificación de una expresión en apariencia injuriosa puede ser válida en relación con la afirmación de hechos, pero es irrealizable cuando se trata de opiniones. Por ende, concluye el tribunal, como nadie cuestionó la veracidad de los hechos en los cuales Lingens basaba sus críticas, ni su buena fe, en el fondo se lo sancionó por emitir una opinión sobre la conducta del canciller, con lo cual se violó la libertad de opinión garantizada por el Convenio de Roma.

Como vemos, los criterios centrales de la jurisprudencia comparada para resolver las tensiones entre la libertad informativa, la intimidad y el buen nombre son la diferencia que existe entre emitir opiniones y afirmar hechos, la distinción entre distintas esferas de intimidad de las personas, el carácter público o no de la persona afectada, la existencia o no de un interés general en la divulgación de la información, el grado de afectación de la intimidad en relación con la importancia que puede tener la información para un libre debate democrático sobre asuntos colectivos, el carácter injurioso o no de la información revelada, el contexto o “foro” en el cual es manifestada la opinión o es revelado un hecho y, finalmente, los tipos de discursos, pues merecen mayor protección aquellos que se refieren a los debates esenciales de la vida colectiva. Ahora bien, poco a poco, la Corte Constitucional ha ido incorporando a su jurisprudencia gran parte de esas fecundas distinciones y, particularmente desde el año 2000, la jurisprudencia ha hecho menciones importantes a la doctrina interamericana en materia de límites a la libertad de expresión.¹⁶⁴

164 En la sentencia C-010 de 2000, los cargos de inconstitucionalidad formulados contra varios artículos de la Ley 74 de 1966 fueron analizados precisamente a la luz de las disposiciones de la Convención Americana, y en la sen-

La anterior precisión metodológica muestra que la ponderación parece necesaria para permitir la coexistencia de los derechos fundamentales y no es incompatible con la seguridad jurídica. Pero requiere la progresiva elaboración, por los jueces constitucionales, de una red de precedentes que vaya solucionando las tensiones normativas entre los derechos, pues no es posible determinar en abstracto, y para todos los casos, cuál de esos valores triunfa cuando existe un conflicto, ya que es necesario tomar en cuenta distintos aspectos para llegar a una decisión correcta. La elaboración de una doctrina constitucional sobre el alcance de derechos tan complejos como la libertad informativa, requiere entonces de ajustes progresivos, que toman un cierto tiempo, y pueden implicar dubitaciones. Y lo menos que se puede decir es que la Corte Constitucional de Colombia ha avanzado notablemente pues, en estos pocos años, ha incorporado creativamente a su jurisprudencia, y ha adaptado a la realidad colombiana, las mejores construcciones conceptuales del derecho comparado.¹⁶⁵

Con todo, un interrogante subsiste: si poco a poco ha tendido a consolidarse esa suerte de doctrina internacional sobre el alcance de la libertad de expresión, con los matices señalados entre los tres modelos de prevalencia *prima facie*, ¿por qué pareciera que la Corte Constitucional de Colombia mantiene dudas en la elaboración doctrinaria sobre la materia, en vez de comprometerse con alguna de esas construcciones conceptuales? Según nuestro criterio, un factor muy importante es que la opción por estos modelos de decisión supone, como lo veremos a continuación, una cierta noción de democracia. Y todo indica que ninguno de los conceptos implícitos en las construcciones alemana y

tencia T-679/05, la Corte analizó la posible vulneración del derecho a la buena imagen de una empresa de vigilancia privada tomando en consideración, además de las normas constitucionales, la Declaración de principios sobre la libertad de expresión aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108º periodo ordinario de sesiones.

165 Así, por ejemplo, en la sentencia T-784/04, la Corte, acogiendo la doctrina del Tribunal Alemán, propone una clasificación de distintos grados de intimidad: “la intimidad personal, familiar, social y gremial”. La primera hace referencia “a la salvaguarda del derecho de ser dejado solo y de poder guardar silencio, es decir, de no imponerle a un determinado sujeto, salvo su propia voluntad, el hecho de ser divulgados, publicados o fiscalizados aspectos íntimos de su vida”. La segunda esfera protege “el secreto y a la privacidad en el núcleo familiar”. La tercera, involucra “las relaciones del individuo en un entorno social determinado, tales como, las sujeciones atinentes a los vínculos labores o públicos derivados de la interrelación de las personas con sus congéneres en ese preciso núcleo social”. Finalmente, la “intimidad gremial se relaciona estrechamente con las libertades económicas e involucra la posibilidad de reservarse —conforme a derecho— la explotación de cierta información, siendo, sin lugar a dudas, uno de sus más importantes exponentes, el derecho a la propiedad intelectual”.

estadounidense parece totalmente adecuado a las realidades contemporáneas y, en especial, a la situación colombiana.

b. Las concepciones subyacentes: alcance de la libertad de información y conceptos de democracia

Las diferencias entre el Tribunal Constitucional alemán y la Corte Suprema de Estados Unidos en la resolución de los conflictos entre libertad de información e intimidad no deben ser atribuidas al capricho hermenéutico de los dos tribunales, sino a la existencia de distintas concepciones sobre la democracia y el sentido del constitucionalismo en los dos países.

En Estados Unidos la democracia es más una forma de Gobierno íntimamente ligada a la libertad de expresión, a tal punto que en ese país la democracia ha sido muchas veces concebida como un Gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, según la conocida definición de Lincoln en su discurso de Gettysburg en 1863,¹⁶⁶ en donde los asuntos colectivos deben entonces ser debatidos por la opinión pública y ante la opinión pública. Es pues en gran medida un Gobierno de la opinión pública, por lo cual el constitucionalismo es ante todo una garantía del proceso democrático. De allí la importancia que los estadounidenses le otorgan al debate público, al libre mercado o intercambio de las ideas, como lo expresara el juez Oliver Holmes, ya que, según sus célebres palabras, “el mejor criterio de verdad es el poder que el pensamiento puede tener de ser aceptado en la libre competencia del mercado”,¹⁶⁷ por lo cual toda restricción a la libertad de expresión tiene que ser absolutamente excepcional, esto es, únicamente en los casos en que exista un riesgo inminente de un peligro mayor.¹⁶⁸ Esto es claro en el propio texto de la Constitución de Filadelfia, que establece en la primera enmienda una protección muy fuerte a la libertad de expresión,

166 Ver Samuel Elliot Morrison (1965). *The Oxford History of the American People*. New York, Mentor Book, tomo 2, p. 469.

167 Se trata de su voto disidente en el caso *Abrahams v United States* de 1919. Este criterio sobre la importancia del libre flujo de las ideas en la democracia y en la búsqueda de la verdad, minoritario en ese fallo, se convirtió en doctrina esencial de la jurisprudencia del tribunal supremo en décadas posteriores, en especial durante la Corte Warren. Por eso ese pasaje es frecuentemente citado, incluso en las decisiones más recientes. Ver, por ejemplo, la amplia referencia que se hace en el caso *Hustler Magazine Inc vs Falwell* de 1988.

168 Ver el caso *Shenck vs United States* de 1919, en donde Holmes formula la doctrina del “*clear and present danger*”, según la cual una restricción a la libertad de expresión solo es constitucionalmente admisible si “las palabras son de tal naturaleza y usadas en tales circunstancias que ellas sean capaces de crear un peligro claro e inminente de aquellos males sustantivos que el Congreso tiene el derecho de prevenir”.

que ha sido por ello considerada por la Corte Suprema como una de las libertades fundamentales y preferentes del orden constitucional.¹⁶⁹ La Corte Suprema ha incluso señalado que, como cierto grado de abuso es inseparable del uso de cualquier cosa, la democracia debe admitir la existencia de un cierto exceso en la libertad de expresión y de prensa, pues cualquier intento por evitar las extralimitaciones se traduciría en una grave restricción al libre flujo de ideas, opiniones y afirmaciones, que es esencial al proceso democrático y a la búsqueda de la verdad.¹⁷⁰ En cambio, las nociones de intimidad, privacidad y dignidad humana no han ocupado históricamente un lugar tan importante en el derecho público estadounidense, a tal punto que la Constitución ni siquiera las menciona de manera explícita sino que simplemente garantiza que no se podrá privar a una persona de su libertad sin el debido proceso legal (Enmiendas IV y XIV) y protege a los ciudadanos contra registros arbitrarios (Enmienda V). Por ello, la Corte Suprema se ha visto obligada a crear jurisprudencialmente los derechos a la intimidad y a la privacidad, como derechos no enumerados pero que se desprenderían tácitamente de la zona de penumbra de la protección de las personas contra registros arbitrarios.¹⁷¹

En Alemania la situación es diversa. La Constitución de Bonn es producto de la reacción contra el nazismo, el cual no solo había

169 Esta noción de “libertades preferentes” se desarrolla a partir del fallo *Carolene de 1938*, en donde la Corte desarrolla un doble estándar para el estudio de la constitucionalidad de las leyes, con el fin de permitir la intervención social del Estado en materia económica pero sin que ello implique el abandono de la protección de las libertades personales no patrimoniales. Esta tendencia se consolida en el caso *Jones v Opelika de 1942*, en donde la Corte señala expresamente que las libertades de cultos y de expresión ocupan un lugar “preferente” en relación con los derechos patrimoniales y las libertades económicas. Por ello la jurisprudencia de ese país establece un test “débil” para el análisis de las medidas económicas, pues señala que en estos casos solo se puede declarar inconstitucional una ley que persiga un fin prohibido o constituya un medio manifiestamente irrazonable para alcanzar un objetivo en sí mismo legítimo. En cambio, en el caso de las libertades preferentes, el control constitucional debe ser estricto, por lo cual, en general solo se puede limitar la libertad de expresión si la restricción es necesaria para alcanzar un fin estatal que debe ser imperioso.

170 Ver en especial los casos citados “*New York Times v Sullivan*” y “*Hustler Magazine v Falwell*”.

171 Ver el caso *Griswold v Connecticut de 1964*, en donde la Corte Suprema anula una ley de ese Estado que prohibía el uso de anticonceptivos incluso por parte de personas casadas. Según esa sentencia, si bien la constitución no consagra en forma expresa un derecho a la privacidad o a la intimidad, este derecho se encuentra implícito en la zona de penumbra de otros derechos expresamente señalados, en especial la protección de la cuarta enmienda contra registros irrazonables. Según el tribunal, la única forma de aplicar la ley de Connecticut era permitiendo registros incluso en la alcoba marital, lo cual era totalmente irrazonable.

cometido atrocidades extremas contra la dignidad humana sino que, además, había llegado al poder por medios democráticos, pues Hitler había ganado las elecciones de 1933, y luego había utilizado el artículo 48 de la Constitución de Weimar sobre estados de excepción para transformar un régimen democrático en un Estado totalitario. Por ello, la actual Constitución alemana tiene frente al texto de Filadelfia dos características distintivas que conviene destacar. De un lado, confiere un papel central a la dignidad humana y a los derechos fundamentales de las personas, que son entonces la base del ordenamiento jurídico alemán. Así, no por casualidad la Constitución de Bonn establece en su primera frase que “la dignidad de la persona humana es inviolable”, cláusula que, según el Tribunal Constitucional alemán, “expresa el más alto valor de la Ley Fundamental, que confiere la sustancia y el espíritu a todo el documento”.¹⁷² De otro lado, e íntimamente ligado a lo anterior, la Constitución establece lo que la doctrina ha denominado una “democracia militante”, esto es, un régimen en donde se prohíbe la utilización de los procedimientos constitucionales para destruir los valores fundacionales del propio orden constitucional, a saber, la dignidad humana y los derechos de la persona. Por ello, no solo la Carta de Bonn señala que la cláusula de la dignidad humana y la fuerza vinculante de los derechos fundamentales son normas pétreas, esto es, que no pueden ser reformadas ni siquiera por el propio procedimiento de reforma constitucional,¹⁷³ sino que además ordena, en su artículo 21, la prohibición de los partidos y movimientos políticos contrarios al “orden democrático libre”.

Esto ha llevado a importantes sentencias del Tribunal Constitucional alemán que han desarrollado esa noción de democracia militante. Así, en los años cincuenta, dicho tribunal constitucional decretó la disolución de los partidos comunista y neonazi, así como la confiscación de sus propiedades.¹⁷⁴ Esas sentencias reiteran que la Ley Fundamental constituye un orden objetivo de valores, concepto que va a distinguir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal.

De otro lado, en la sentencia denominada “Radicales en el servicio público” (BVerGE 39, 334),¹⁷⁵ dictada en 1975, el Tribunal decidió

172 Citado por Donald P. Kommers, *op. cit.*, p. 305.

173 En efecto, el artículo 79 que consagra el procedimiento de reforma constitucional excluye cualquier modificación al artículo 1º que consagra la inviolabilidad de la dignidad humana y la fuerza vinculante de los derechos fundamentales.

174 Las sentencias alemanas sobre prohibición de partidos son: BVerGE 2, 1 – SRP (el neonazi) BVerGE 5, 85 – KPD. Ver al respecto, Thilo Rensmann: BVerGE 2, 1 – SRP; BVerGE 5, 85 – KPD. Die Demokratie zeigt sich wehrhaft – Parteiverbotsverfahren vor dem BVerG, en Jörg Menzel (ed.). *op. cit.*, pp. 56-64. Ver igualmente Donald P. Kommers, *op. cit.*, pp. 223 y ss.

175 Ver sobre esta sentencia, Tade Matthias Spranger: BVerGE 39, 334 ff. – Ex-

que uno de los fundamentos de la carrera administrativa es que el funcionario tiene una obligación especial de lealtad frente al Estado y la Constitución. Ese deber significa que los funcionarios de carrera deben distanciarse claramente de los grupos y de los esfuerzos que algunos emprenden para atacar el Estado, sus órganos constitucionales y el orden constitucional. Por lo tanto, los funcionarios públicos de carrera deben ofrecer la garantía de defender el orden democrático liberal, con independencia de si ocupan el cargo en forma vitalicia, temporal o en periodo de prueba.

Lo que se predica de los empleados públicos de carrera vale también para todos los demás empleados del Estado, aunque no en un nivel tan exigente. Sin embargo, ellos también deben ser leales al Estado y al orden constitucional.

Para juzgar la personalidad de un ciudadano que desea ingresar a la carrera puede ser de importancia observar si él hace parte o ingresa a un partido político que persigue fines contrarios a la Constitución, independientemente de si su inconstitucionalidad ha sido declarada por el Tribunal Constitucional. La sentencia fue dictada dentro del juicio de una norma de un *Land* que establecía que los abogados practicantes (los judicantes) debían ofrecer garantías de su lealtad al Estado democrático liberal. Un candidato había sido miembro de las “Células rojas de derecho” y, por eso, no le habían permitido ingresar a la práctica. Por eso, se preguntó si la norma era constitucional. Después de haber dicho todo lo anterior, el Tribunal estableció que el Estado debía ofrecerle otras posibilidades de práctica a los abogados en formación que no reunían el requisito de la lealtad al Estado para garantizarles su derecho a elegir una profesión.

La sentencia produjo mucha controversia y ha sido muy criticada. Se duda que tenga todavía vigencia. Entre otras cosas, porque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó una sentencia en que declaró desproporcionada la desvinculación del servicio de una profesora de bachillerato por su pertenencia al Partido Comunista Alemán (ver *Vogt vs. Alemania*, 1995), pero muestra los desarrollos jurisprudenciales alemanes sobre los límites que la “democracia militante” impone a la libertad de expresión.

En síntesis, en Estados Unidos la democracia es, desde el punto de vista constitucional, primariamente un proceso de gobierno por los ciudadanos y por el pueblo, por lo cual el control constitucional pretende ante todo asegurar la continuidad misma del proceso democrático. Así, según Ely, uno de los autores que más ha defendido esa visión

tremisten. Zur Einstellung von politisch Radikalen in dem Öffentlichen Dienst, en Jörg Menzel, (Hrsg.), *op. cit.*, pp. 254-259.

procedimental del texto de Filadelfia, “la Constitución originariamente estaba dedicada principalmente —es más, debería decir en forma abrumadora— a preocupaciones de procedimientos y estructuras, y no a la identificación y preservación de valores sustantivos específicos”.¹⁷⁶ No es pues extraño que en 1787 primero se hubiera adoptado el texto orgánico de la Constitución, en donde se definía la forma de gobierno y los mecanismos de participación política, y solo posteriormente, y por presión de los opositores al texto, se hubieran incorporado las primeras diez enmiendas, en donde se establecen los derechos de la persona, en los cuales la libertad de expresión ocupa un lugar preponderante, pues es la que mejor se articula con la visión de la democracia como un Gobierno del pueblo por medio de la opinión pública.¹⁷⁷ En cambio, en Alemania, la democracia es a nivel constitucional un orden político fundado en la dignidad de la persona, a tal punto que el propio tribunal constitucional ha defendido una visión axiológica de la Constitución. En efecto, desde el fallo Luth de 1958, ese tribunal ha señalado, de manera reiterada, que el capítulo sobre derechos fundamentales contiene un “orden objetivo de valores” que se realiza en la vida política, ya que los derechos fundamentales no son únicamente derechos subjetivos, sino principios objetivos del ordenamiento jurídico que se aplican en todos los ámbitos del derecho y, por ende, irradian las relaciones privadas. Es más, el tribunal ha incluso establecido jerarquías entre esos valores, dando el lugar dominante, como principio último, a la dignidad humana. Por ello, como dicen Ackerman y Rosencranz, podríamos calificar ese régimen como una especie de “fundamentalismo constitucionalista”, pues el pueblo está subordinado a los valores constitucionales y, en especial, a las cláusulas que consagran la supremacía de la dignidad humana y la fuerza vinculante de los derechos fundamentales, que no puede modificar.¹⁷⁸

Esta centralidad de la dignidad humana y de los derechos fundamentales, que prevalece incluso sobre el propio proceso político democrático, explica entonces que el tribunal constitucional alemán tienda

176 John Hart Ely (1982). *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge, Harvard University Press, p. 92.

177 Es más, casi que se puede decir que la libertad de expresión era uno de los pocos derechos que prácticamente se encontraba reconocido en la parte orgánica del texto originario de Filadelfia, cuando el artículo III, sección tercera establece que la traición “consistirá únicamente en tomar armas contra los Estados Unidos o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda o socorro”. En efecto, esta norma implica que la crítica al Gobierno no puede nunca ser considerada traición. Ver John Hart Ely, *op. cit.*, pp. 92 y ss.

178 Ver Bruce Ackerman y Carlos Rosencranz (1991). “Tres concepciones de la democracia constitucional”, en VV.AA. *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, No. 29, pp. 15 y ss.

a proteger el honor y la intimidad cuando entran en conflicto con la libertad de expresión, ya que, según ese tribunal, para que exista realmente la dignidad de la persona debe haber un “ámbito esencial absolutamente protegido de la vida privada”, el cual no puede ceder ante ningún otro derecho o interés colectivo.¹⁷⁹ En cambio, la importancia de la opinión y del flujo de ideas, como requisitos de una democracia abierta y efectiva, explican que la opción hermenéutica en Estados Unidos haya tendido a ser la opuesta, esto es, la protección de la mayor libertad de expresión, incluso a riesgo de legitimar algunos abusos contra la intimidad y el honor de las personas.

c. Los límites del “libre mercado de ideas”: la equidad en el flujo informativo

La anterior presentación de los conceptos de democracia subyacentes a la jurisprudencia alemana y estadounidense permite reinterpretar la evolución de la doctrina desarrollada por la Corte Constitucional colombiana.

En un inicio, la jurisprudencia colombiana tiende a asumir la prevalencia *prima facie* del derecho a la intimidad, pues constata la desprotección de las personas ante los medios de información, que son hoy un verdadero poder privado. En efecto, desde sus primeras decisiones, la Corte insistió en la preponderancia social que tienen los medios de comunicación, debido a su “inmensa capacidad de penetración en las distintas capas de la sociedad, al excepcional dominio que ejercen sobre el conglomerado por la posesión y el manejo de las informaciones y a su influjo en la configuración de opiniones y creencias” (sentencia T-611/92). Empero, en ciertos casos, la Corte ha encontrado problemático el principio de la prevalencia de la intimidad, en vista de la necesidad de asegurar una vigorosa deliberación democrática. Esta situación hizo que la Corte confiriera una gran trascendencia a la libertad de información, en especial en asuntos en donde se ven involucrados intereses generales. Sin embargo, incluso en este tipo de casos, la jurisprudencia colombiana parece reacia a asumir plenamente el modelo estadounidense del “libre mercado de las ideas”.

En nuestro criterio, la resistencia de la jurisprudencia colombiana a aceptar la defensa de un *libre mercado de ideas* como único y más valioso derrotero de la libertad de prensa parte de una crítica a las insuficiencias de esta metáfora. En efecto, si bien es cierto que la defensa plena de la libertad en el flujo informativo es extremadamente útil para mostrar la primera tarea que compete a la justicia constitucional en este campo —que consiste en reducir al mínimo las restricciones a la circulación

179 Citado por Robert Alexy, *Teoría de los derechos*, op. cit., p. 107.

de las informaciones, a pesar de las evidentes tensiones de la libertad de expresión con otros derechos y valores constitucionales—, lo cierto es que es insuficiente para garantizar, en su verdadera extensión, el ejercicio de este derecho.

En efecto, en el mundo contemporáneo, la imagen tantas veces citada del juez Oliver Holmes es una visión puramente liberal e individualista de la libertad de expresión, que si bien es válida en ciertos aspectos, es insuficiente, pues está en cierta medida atrapada en dos mitos complementarios: de un lado, por decirlo con las palabras del profesor Fiss, estas concepciones están excesivamente condicionadas por la imagen de que la libertad de expresión busca amparar al “orador en la esquina de la calle” que desea protestar o expresar sus opiniones, frente a la mirada vigilante del agente de policía.¹⁸⁰

El segundo mito que acompaña estas visiones es una visión idílica de los medios, fundada en una nostalgia del periodismo independiente del siglo XIX, ilustrado en personajes como Nariño publicando *La Bagatela*, para difundir ideas libertarias.

Estas imágenes del orador en la esquina de la calle o de Nariño publicando *La Bagatela*, son complementarias, pues conciben la libertad de prensa ante todo como una expresión individual, que no requiere particulares recursos materiales y, por ello, la principal amenaza a la libertad de expresión es el policía, que encarna al Estado, y que puede reprimir la manifestación libre de pensamientos o informaciones. Según estas visiones, si una persona no está de acuerdo con la manera como un medio presenta un asunto, entonces puede recurrir a otros medios o fundar un nuevo periódico libremente para oponerse a la manera como se divulga la información. Igualmente, según esta perspectiva, si los medios existentes silencian ciertos asuntos, entonces la salida es fácil: pueden las personas fundar nuevos medios para divulgar sus asuntos. Por ello dichas visiones liberales conciben al Estado ante todo como un potencial censorador.

Las anteriores objeciones liberales a la regulación estatal de la prensa tienen algún sustento en los riesgos que dichas regulaciones oficiales pueden significar para la libertad de expresión. Pero nos parecen insuficientes, debido a las características de la realidad contemporánea de la comunicación. Hoy la consecución y divulgación de información requiere de recursos materiales considerables, por lo cual, suele ser realizada por grandes medios, que no solo suelen estar asociados a grupos económicos determinados sino que además están sometidos, al menos en parte, a los imperativos del mercado. Y esto tiene al menos tres consecuencias graves.

180 Owen Fiss. *La ironía*, op. cit., p. 24.

De un lado, la búsqueda de audiencia y pauta publicitaria ha tendido a degradar la calidad de la información política suministrada por los medios, pues los programas serios suelen ser costosos de producir y tienden a no ser muy populares. Es cierto que eso no ocurre en todos los medios pues algunos logran mantener programas de gran calidad. Pero existen evidencias empíricas de la degradación de la calidad informativa, en especial en el cubrimiento de las campañas electorales, en donde la imagen tiende a desplazar el análisis de los contenidos de programas de los partidos, como lo muestra el siguiente dato: en Estados Unidos, en 1968, los informativos televisivos permitían que un candidato se expresara ininterrumpidamente unos 50 segundos, que era un tiempo muy breve, pero que permite articular una idea; en 1988 ese tiempo se redujo a 9 segundos.¹⁸¹ Con esas limitaciones de tiempo televisivo, la presentación de ideas tiende a ser sustituida por la divulgación de imágenes y eslóganes.

Igualmente, en la presentación de la información sobre las campañas, el porcentaje mayor de tiempo es dedicado a lo que los analistas estadounidenses llaman información tipo “carrera de caballos”, esto es, a datos coyunturales sobre quién encabeza las preferencias ciudadanas y como está organizada la campaña, mientras que las noticias sustantivas sobre el contenido programático de los candidatos son relegadas a un segundo plano.¹⁸²

Esta baja calidad de la información política ha sido también constatada en Colombia. Un estudio realizado por la veeduría ciudadana a la campaña presidencial de 1998 permitió constatar que en televisión, los “asuntos internos de las campañas”, como la posición en encuestas o los actos políticos realizados por el candidato, que es una categoría semejante a la de “carrera de caballos” de los analistas estadounidenses, representaron el 56 % de la información electoral, mientras que los temas sustantivos tenían mucho menor cubrimiento.¹⁸³

181 Ver Cass Sunstein (1999). *The partial constitution*. Cambridge, Harvard University Press, p. 216.

182 *Ibid.*, p. 216. Por ejemplo, en la campaña electoral de 1988 en Estados Unidos, de 450 minutos televisivos de cubrimiento electoral, 308 fueron dedicados información tipo carrera de caballos, lo cual representó un 70 % del total del cubrimiento. Esos porcentajes han tendido a mantenerse, aunque con algunas variaciones, en elecciones posteriores. Por ejemplo, un estudio de la campaña electoral de 2000, concluyó que más del 60 % del tiempo televisivo de las cadenas privadas fue dedicado a información tipo “carrera de caballos”. Ver The Hess Report por Stephen Hess, *USA Today* (10/22/00).

183 Ver María Eugenia García, Jorge Iván Bonilla. *Veeduría Ciudadana a las agendas informativas en la campaña presidencial. Informe de investigación*, No. 8. Bogotá, mimeo, julio de 1998, p. 33. Una versión resumida de todos estos informes se encuentra en el artículo de Jorge Iván Bonilla *et al.* (1998). “Medios de comunicación y elecciones”, en Ana María Bejarano y Andrés Dávila (ed.). *Elecciones*

De otro lado, la presencia de grandes medios de comunicación, muchas veces asociados a intereses económicos o políticos, impide que todas las ideas e informaciones tengan la misma posibilidad de circular libremente. Ciertos medios, por sus conexiones sociales, privilegian, en cantidad y calidad informativa, a ciertos candidatos y posiciones políticas. Esto ha sido constatado ampliamente a nivel comparado, por medio de investigaciones académicas independientes. Por ejemplo, un estudio reciente sobre la campaña presidencial de 2004 en Estados Unidos mostró el claro alineamiento de la cadena televisiva Fox con la campaña de Bush, al punto de que el porcentaje de evaluaciones positivas en sus programas sobre Bush fue del 53 % contra 21% de Kerry, mientras que la mayor parte de los otros medios favorecía más bien a Kerry.¹⁸⁴ Otros estudios en otros países han constatado problemas semejantes de sesgo informativo de los medios de información televisivos, con metodologías a veces muy sofisticadas.¹⁸⁵

En Colombia, el estudio ya citado de la veeduría ciudadana de 1998 sobre el cubrimiento de la campaña presidencial de ese año llegó a conclusiones semejantes, pues si bien algunos noticieros intentaron (y lograron) ser equitativos e imparciales, los desequilibrios informativos de otros noticieros fueron evidentes. Por ejemplo, en la segunda vuelta, en donde ambos candidatos tenían una fuerza electoral semejante y, por ende, no se podía alegar que se le estaba dando mayor cubrimiento a los candidatos más representativos, ciertos noticieros, como *24 Horas*, privilegiaron claramente en tiempo el cubrimiento de la campaña de Pastrana, mientras que el noticiero *En Vivo 9 y 30* se dedicó claramente a la campaña de Serpa.¹⁸⁶

y democracia en Colombia 1997-1998. Bogotá, Fundación Social, Universidad de los Andes y Veeduría Ciudadana a la elección presidencial.

184 Ver *Media Monitor*, vol XXVIII, núm. 6, 2004.

185 Por ejemplo, un seguimiento de las elecciones de Suráfrica de 1987 y 1989 mostró que los desequilibrios informativos podían ser no solo de tiempo de cubrimiento o del contenido positivo o negativo de la información divulgada sobre un candidato pues incluso la forma de presentación de las imágenes puede ser sesgada. Ver María Elizabeth Grave (1996). "The South African Broadcasting's coverage of the 1987 and 1989 elections. The matter of visual bias", en *Journal of Broadcasting and Electronic Media*, No. 40-1. Ese estudio mostró que en esas elecciones, el partido en el poder recibió un manejo de imagen evidentemente más positivo que los otros grupos políticos.

186 Ver Bonilla Jorge Iván *et al.*, *op. cit.*, en donde presenta en detalle los cuadros de cubrimiento televisivo de esas campañas. En promedio, *En Vivo 9 y 30* dedicó el doble del tiempo a la campaña de Serpa que a la de Pastrana, mientras que *24 Horas* hizo lo contrario. Como lo reconocen esos autores, esa medida cuantitativa es insuficiente, pues no toma en consideración la orientación de la noticia; pero es obviamente un dato supremamente significativo.

Pero incluso cuando se trata de prensa independiente y no existe una asociación entre los medios y grupos económicos o políticos determinados, en todo caso la lógica del mercado impone unos sesgos informativos claros. La razón es obvia: dichos medios deben subsistir económicamente, por lo que se ven obligados a presentar una información que sea atractiva a los grupos sociales o a los deseos de ciertos consumidores potenciales, a fin de lograr pauta publicitaria o niveles de audiencia importantes; pero de esa manera se silencian temas esenciales, que no son rentables económicamente, con lo cual el consumidor de informaciones y de publicidad desplaza al ciudadano. Pero la democracia no es la defensa de la soberanía del consumidor sino la expresión de la soberanía de los ciudadanos, que son dos cosas distintas.¹⁸⁷ La soberanía del consumidor es la absolutización de sus preferencias privadas, que no solo están fuertemente condicionadas por la publicidad y la capacidad económica, sino que, además, no han pasado por el tamiz de la deliberación colectiva; la soberanía ciudadana está, por el contrario, asociada a la deliberación pública, igualitaria e informada, de las personas sobre los asuntos colectivos.

Los dos problemas anteriores a su vez se combinan y refuerzan; un estudio reciente sobre el cubrimiento televisivo del conflicto armado, mostró una combinación preocupante de unilateralidad y pobreza de la información, pues en el 62 % de las noticias, no había fuente de información apropiada: así, en el 16% de los casos no se explicitaba cuál era la fuente y en el 46% solo se usaba una fuente.¹⁸⁸ Con esas cifras, ¿estamos realmente los colombianos recibiendo una información veraz e imparcial sobre el conflicto armado, que es tal vez nuestro principal problema común?

Finalmente, y directamente asociado a lo anterior, la estructura contemporánea de las comunicaciones muestra que quien quiera hacer escuchar sus mensajes requiere recursos económicos, a veces considerables. Hoy, difícilmente, un Antonio Nariño podría publicar exitosamente su *Bagatela* si no obtiene apoyos de grupos económicos o presenta un diario que sea atractivo al público. De esa manera, ciertas voces son silenciadas, por carecer de recursos económicos, y ciertos temas son abandonados, por no ser rentables económicamente.

Como vemos, las desigualdades económicas y políticas se traducen inevitablemente en desigualdades de poder comunicativo, si no existe una regulación compensadora del Estado. La metáfora del libre mercado de las ideas y la visión liberal individualista no toman entonces

187 Ver Cass Sunstein, *op. cit.*, pp. 220 y ss.

188 Germán Rey y Jorge Iván Bonilla (2005). *La televisión del conflicto*. Bogotá, Proyecto Antonio Nariño, pp. 26.

en consideración esas evidentes asimetrías de poder que existen en el mercado de la información.

Pero incluso si fuera más igualitario, tampoco ese mercado informativo debería estar desregulado, pues la pura lógica económica tiene este resultado: únicamente circularían aquellas informaciones e ideas que son rentables económicamente, pero como bien dice Sunstein, “es difícil creer que la libertad de expresión se vea promovida por un régimen en donde a una persona se le permite hablar solo si otras personas desean pagar lo suficiente para permitirle ser escuchada”.¹⁸⁹

En esas condiciones, la ausencia total de regulación estatal sobre los medios no es deseable en el mundo contemporáneo, pues lejos de favorecer la labor de contrapoder de la prensa y la existencia de un debate democrático vigoroso, tiende a producir una información política sesgada y banalizada. Y, por ende, no hay ciudadanos informados, capaces de conocer las distintas perspectivas políticas, lo cual afecta gravemente el vigor y la equidad de la democracia. La berlusconización (por darle algún calificativo a ese fenómeno) de la democracia italiana, es tal vez el mejor ejemplo de esos riesgos. En ese país, Berlusconi, gracias a su dominio de poderosos medios de comunicación, logró también una considerable influencia política, que a su vez ha utilizado en beneficio privado, como lo han mostrado numerosos escándalos de corrupción.

Todo esto muestra que el derecho a la información es algo más que la libertad desregulada de los medios. Es cierto que sin libertad de expresión y sin derecho a la información no existe realmente democracia. Y sin libertad de prensa no hay tampoco libertad de expresión. Por ello, la censura estatal a los medios de información es censurable. Pero de ahí no se sigue que mientras menos regulados estén los medios de comunicación, mejor será para la libertad de expresión y para la democracia.

Las regulaciones estatales destinadas a buscar seriedad y equidad informativa en temas de interés público en general, y en particular en el cubrimiento electoral, no deben entonces ser vistas como amenazas de censura sino como posibles desarrollos del derecho a la información, en la medida en que permiten mayor calidad informativa y que se escuchen voces que hoy se encuentran silenciadas por el asimétrico mercado de la información en Colombia y en el mundo contemporáneo. Dichas regulaciones se encuentran obviamente aún más justificadas en la radio y televisión, que usan el espectro electromagnético, que es un recuso público limitado. Es más, en numerosos países, que

189 Cass Sunstein, *op. cit.*, pp. 212.

asumen una suerte de régimen dual en materia de prensa, la radio y televisión suelen estar bastante reguladas, a fin de asegurar equidad y pluralismo informativo en el uso del espectro electromagnético, mientras que la prensa escrita suele estar mucho menos regulada, pues se asume que en estos casos, las personas pueden fundar libremente periódicos o revistas.

Sin embargo, que consideremos que en una democracia constitucional la regulación de la prensa para asegurar mayor equidad y pluralismo informativos sea admisible, e incluso necesaria, no significa, en manera alguna, que confiemos ingenuamente en ella, pues no solo en muchas ocasiones dichas regulaciones pueden ser ineficaces para alcanzar los propósitos que buscan sino que incluso pueden llegar a ser contraproducentes. Por ejemplo, en Estados Unidos, la entidad federal encargada de la regulación de la radio (la Federal Communications Comisión o FCC) había establecido la doctrina llamada de la equidad en las emisiones (*Broadcasting Fairness*), según la cual, los operadores debían cubrir asuntos de interés público, asegurando un equilibrio razonable entre las distintas visiones del problema. Esa doctrina fue atacada por varias emisoras que consideraban que equivalía a una forma de censura, por cuanto permitía a los funcionarios de la FCC señalar los contenidos que debían ser emitidos por las emisoras. La Corte Suprema de Justicia, en la sentencia *Red Lion* de 1969, la declaró ajustada a la Constitución, pero la discusión no ha cesado. En especial, algunos analistas han cuestionado el efecto contraproducente que podría haber tenido dicha doctrina, pues el deber de ser equitativos habría inhibido a muchos operadores de radio de abordar ciertos temas polémicos, precisamente por el temor de ser atacados por falta de equidad. Y, por ello, en 1987 la propia FCC abandonó esa doctrina, por los efectos inhibitorios que podría tener, decisión que ha sido respaldada por algunos analistas, pero criticada por otros estudiosos.¹⁹⁰

Por ende, así como no creemos que se deba idealizar la ausencia de regulación del mercado informativo, tampoco creemos que se deba idealizar la regulación estatal de este campo, que tiene evidentes riesgos y limitaciones. Es más, en muchos casos, medidas indirectas, como las subvenciones a medios comunitarios para diversificar la oferta de información pueden ser más eficaces.¹⁹¹ El problema constitucional consiste en estos casos en examinar si efectivamente una determinada

190 Para una presentación de este debate y una defensa de la doctrina del *Broadcasting Fairness*, ver Owen Fiss. *La ironía*, op. cit., pp. 78 y ss.

191 Para la discusión de medidas prácticas alternativas para promover mayor equidad informativa sin afectar la libertad de expresión, ver Cass Sunstein, op. cit., pp. 213 y ss.

regulación promueve o no el pluralismo y la equidad informativas sin afectar la libertad de expresión.

En consecuencia, en una sociedad democrática, el derecho constitucional no solo tiene como tarea minimizar las restricciones estatales a la circulación de las informaciones (modelo de libre mercado de ideas) sino que también debe intentar corregir las asimetrías de poder y buscar una mayor equidad en la participación de las distintas informaciones en el debate público, pero sin que las propias regulaciones estatales se traduzcan en formas sutiles de censura que afecten la libertad de prensa y de expresión. Es lo que podríamos llamar el desafío de lograr un mercado al mismo tiempo libre y equitativo de las ideas.

Ahora bien, algunas de las decisiones de la Corte Constitucional sobre el tema parecen tomar en consideración esas críticas al “libre mercado de las ideas” y, en consecuencia, pretenden abrir una vía propia, bastante interesante, según la cual el flujo informativo debe estar permeado —e incluso algunas “regulado”— en virtud del valor de la equidad. En estos términos puede explicarse la defensa de algunos derechos personalísimos del sujeto indefenso sometido al poder de los medios o el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la construcción de un *mercado equitativo de las ideas*.

Un ejemplo muy ilustrativo de esta tendencia, es la citada sentencia T-066 de 1998, que trata de la divulgación por la Revista *Semana* de un informe de inteligencia militar que sindicaba a varios alcaldes de ser auxiliares de la guerrilla. En esta providencia, la Corte logra una interesante combinación de los criterios del caso Sullivan de Estados Unidos, con la protección del buen nombre frente al excesivo poder que tienen los medios de comunicación en las sociedades contemporáneas. De la jurisprudencia estadounidense, la Corte toma la idea de que libertad de prensa es un elemento fundamental para la existencia de la democracia, por lo cual concluye que “en los conflictos entre el derecho a la información y los derechos a la intimidad, la honra y el buen nombre, en casos relacionados con personas y hechos de importancia pública, prevalece *prima facie* el derecho a la información”.

Sin embargo, la sentencia se distancia frente al modelo estadounidense del “libre mercado de las ideas”, por cuanto considera que en la actualidad, existe una enorme concentración de la propiedad en los medios de comunicación, por lo cual “muchas opiniones no puedan ser expresadas, en desmedro del pluralismo, un requisito básico de la democracia”. Esto implica además un riesgo para las personas del común, que se encuentran inermes frente a ese desmedido poder de los medios, por lo cual la Corte admite una mayor intervención judicial que en el modelo estadounidense, sobre todo en relación a la protección de la imparcialidad de los medios. La Corte reformula entonces

los criterios del caso Sullivan, y concluye que si bien no se puede exigir a un medio probar la verdad de las afirmaciones en asuntos de interés general, que involucren personajes públicos, sin embargo es válido reclamarle equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes, de tal manera que “la condición de veracidad se cumple si el medio demuestra que obró diligentemente en la búsqueda de la verdad y que fue imparcial en el momento de producir la noticia”. Con tal criterio, la Corte concluyó que la Revista *Semana* había vulnerado el derecho al buen nombre de los alcaldes, pues no había confrontado, de manera equitativa, la información proveniente de los servicios de inteligencia militar. En consecuencia, la sentencia ordenó al medio efectuar la correspondiente rectificación. Esto muestra que, según la Corte, es deber del derecho constitucional contribuir a una mayor igualdad en el tratamiento de las informaciones.

d. Las jurisprudencias alemana y de los Estados Unidos y el problema de la equidad informativa

Esta jurisprudencia colombiana, que defiende explícitamente la importancia que constitucionalmente tiene la búsqueda de una mayor equidad en el flujo informativo, puede ser comparada con algunas decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que precisamente llegan a resultados contrarios. Con algunas excepciones, como la citada sentencia *Red Lion* de 1969, la tendencia de la Corte Suprema de ese país ha sido sostener que la ley ni los jueces pueden buscar una mayor equidad en el mercado de las ideas, por cuanto esa intervención implica una inaceptable restricción a la libertad de expresión.

En efecto, en Estados Unidos, después del escándalo Watergate, el Congreso de Estados Unidos expidió, en 1974, una ley para controlar la influencia indebida del dinero en los procesos electorales. La ley establecía unos límites a las contribuciones a las campañas, consagraba unos topes a los gastos electorales de los candidatos y de las campañas, preveía algunos subsidios estatales para las elecciones presidenciales, y obligaba a que los partidos revelaran y reportaran el origen de sus fondos. Esa ley fue atacada por numerosos ciudadanos que consideraron que violaba las libertades de expresión y asociación. En la sentencia *Buckley v. Valeo* de 1976, la Corte Suprema¹⁹² consideró que la mayor parte de la ley se ajustaba a la Constitución pero, con criterios muy controvertidos por la doctrina, anuló los límites que se habían consagrado a los gastos electorales. A pesar de que esa regulación era

192 Para una presentación y crítica de esa decisión, ver Laurence Tribe, *op. cit.*, pp. 1132 y ss.

neutral, desde el punto de vista del contenido del discurso, pues se aplicaba a todas las campañas, la sentencia consideró que los topes en las expensas electorales implicaban una restricción a la cantidad y calidad del discurso político, ya que reducían considerablemente las posibilidades de difundir el mensaje, tratar diversos temas y alcanzar distintas audiencias, puesto que, en las actuales sociedades de masas, la divulgación de un discurso implica siempre costos en dinero. Los topes a los gastos electorales restringían entonces, según la sentencia, la discusión política, que constituye el núcleo de la libertad de expresión, sin que existieran razones imperiosas que justificaran esa limitación, por lo cual era inconstitucional. La Corte Suprema consideró que no era claro que esa medida sirviera para combatir la corrupción; y de otro lado, según la sentencia, no es un objetivo constitucional válido que la ley pretenda igualar la influencia relativa en el proceso electoral de individuos y grupos con distinto poder económico, pues la libertad de expresión no permite que el Estado debilite la capacidad de discurso de algunos, impidiéndoles utilizar sus recursos económicos para diseminar sus mensajes. Según la Corte Suprema, el principio según el cual el “Gobierno puede restringir el discurso de algunos miembros de la sociedad para favorecer la voz relativa de otros es totalmente extraño a la primera enmienda”, que garantiza la libertad de expresión, y pretende asegurar “la más amplia difusión de información de parte de diferentes y opuestas fuentes”. En consecuencia, la capacidad de participar en la discusión pública no puede ser limitada legalmente según la situación financiera de las personas.

Igualmente, en la sentencia Tornillo de 1974, la Corte Suprema de Estados Unidos declaró la inconstitucionalidad de una ley de la Florida que establecía un “derecho de réplica”, en virtud del cual, los diarios debían conceder a los candidatos un espacio igual para responder a las críticas que le fueran formuladas. La Corte consideró que esa medida violaba la libertad de prensa, pues obligaba a un diario a publicar un material que el editor del medio no consideraba pertinente incluir. La Corte no consideró entonces válida la finalidad de la ley, según la cual, esta pretendía defender a las personas frente al poder oligopólico de los medios, por lo cual el Estado debía favorecer el acceso de las minorías a los medios de comunicación, por cuanto es irreal pensar que un candidato criticado por un diario tenga, en la sociedad contemporánea, la capacidad de crear un nuevo periódico para defenderse de las acusaciones que le son formuladas. La ley de Florida, según sus defensores, pretendía entonces asegurar unas elecciones más justas y equilibradas, con una ciudadanía mejor informada. Según la Corte, esa finalidad no es válida ya que, de todos modos la ley limita la libertad de expresión, pues ordena al diario realizar algo que no desea, y si bien

es deseable tener una prensa que, además de ser libre, sea responsable y pluralista, sin embargo esa responsabilidad “no es ordenada por la Constitución y como tantas otras virtudes, no puede ser regulada legislativamente”.

Las decisiones precitadas son muy discutibles, pues la argumentación se basa en una visión puramente liberal frente al mercado de las ideas políticas, muy semejante a la sostenida por esa corporación en las primeras décadas de este siglo frente al mercado económico, en el caso *Lochner*¹⁹³ y su progenie. El Estado debería únicamente abstenerse de interferir en la circulación de los mensajes, sin intentar corregir desigualdades en el poder de las personas. Pero esa concepción no parece aceptable, pues desconoce que la posibilidad de influir en esos debates es muy distinta, entre quienes tienen un gran poder económico y quienes carecen de él. ¿O podría razonablemente pensarse que un grupo de latinos o de negros pobres, que viven en un suburbio de una ciudad estadounidense, tienen la posibilidad de organizar una campaña electoral y difundir un mensaje electoral de la misma manera como lo hizo el multimillonario Ross Perot? Y que no se diga que este mercado es abierto y que todos pueden participar en él pues, como bien lo destaca Tribe, al criticar esa perspectiva de la jurisprudencia estadounidense, el debate político y los procesos electorales tienen mucho de “juego suma cero”, ya que la amplificación y fuerza de ciertos discursos implica obligatoriamente un silenciamiento de las voces de sus rivales.¹⁹⁴ En esas condiciones, la prohibición de que la ley limite los gastos electorales o que consagre un derecho de réplica para ciertos candidatos implica que inevitablemente la Corte Suprema de Estados Unidos, con el argumento del respeto al libre mercado de las ideas, termina fortaleciendo el dominio político e ideológico de quienes tienen poder económico y pueden influir directamente en los medios. Esas decisiones silencian entonces las voces de los sectores pobres y de las minorías políticas. Lejos de fomentar la diversidad de discursos, esa jurisprudencia restringe el espectro real de discursos políticos posibles, pues el poder del dinero termina por monopolizar el escenario político, que es entonces copado por ciertos mensajes únicamente.

193 Como se recordará, en la sentencia *Lochner v New York* de 1905, la Corte Suprema de Estados Unidos anuló una ley del Estado de Nueva York que limitaba la jornada de trabajo a diez horas diarias, por cuanto consideró que esa norma desconocía la libertad contractual. Con este tipo de decisiones, ese tribunal obstaculizó la adopción de medidas legislativas tendientes a equilibrar el mercado laboral, así como la sentencia *Buckley* limitó enormemente las posibilidades de equilibrar el peso de los distintos mensajes en el debate político.

194 Laurence Tribe, *op. cit.*, pp. 1141 y ss.

Es cierto que en otras decisiones, la Corte Suprema ha admitido una mayor injerencia del legislador, en la búsqueda de una mayor equidad informativa, al menos en los casos de radio y televisión, debido a que el espectro electromagnético es un recurso limitado y, por ende, la ley puede evitar que este sea copado por determinados actores. En particular, en la sentencia *CBS v FCC* de 1981, que es considerada una continuación de la sentencia *Red Lion Broadcasting Co v FCC* de 1969, la Corte Suprema declaró la constitucionalidad de una ley, que establecía para los candidatos a cargos federales, un derecho a un “acceso equitativo” a estaciones de radio y televisión. La Corte consideró que esa regulación era válida, pues el derecho de acceso que preveía era limitado, por lo cual no afectaba intensamente la libertad editorial de los medios, y en cambio perseguía propósitos importantes: que los candidatos presenten sus puntos de vista y la ciudadanía reciba la información necesaria para que se adelante el proceso democrático. Esta sentencia muestra entonces una Corte Suprema más sensible a los problemas de equidad informativa, en cuanto admite una mayor intervención de la ley, al menos en el acceso al espectro electromagnético; sin embargo, el alcance de esa decisión no debe ser exagerado, pues no solo este derecho al “acceso equitativo” de los candidatos no es tan igualitario, ya que los candidatos debían pagar por las emisiones, con lo cual siguen discriminadas las voces de los sectores políticos más pobres, sino que, además, según los analistas, este reconocimiento de un derecho de acceso a los medios es marginal,¹⁹⁵ de suerte que en la jurisprudencia de Estados Unidos sigue predominando una visión liberal de la protección a la libertad de expresión, esto es, que lo esencial es mantener el “libre mercado de las ideas”.

Por el contrario, la jurisprudencia constitucional alemana ha sido más sensible a los problemas de las inequidades informativas. En particular, un tema recurrente en la jurisprudencia alemana es el referido a la propiedad y regulación de la radio y la televisión, a fin de evitar que esos medios queden sometidos a grupos económicos particulares de la sociedad. En varias oportunidades, el Tribunal Constitucional ha analizado el tema.¹⁹⁶ Las primeras sentencias (de 1961 y 1974) se ocuparon

195 Las propias sentencias precisan que no existe ningún derecho general de acceso a los medios y, según algunos comentaristas, si bien estas sentencias implican un cambio doctrinal importante, en la práctica han tenido efectos muy limitados. Ver Laurence Tribe, *op. cit.*, pp. 1003 y ss.

196 Ver al respecto, Ralf Müller-Terpiz: *BverGE 83, 238-6. “Rundfunkurteil. Der Erste Senat stärkt die Stellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks”*, en Jörg Menzel (ed.), *op. cit.*, pp. 456-461. Ver, igualmente, Reinhart Ricker (1999). “El régimen legal de radiodifusión en la República Federal de Alemania”, en Josef Thesing y Frank Priess (ed.). *Globalización, democracia y medios de comunicación*. Fundación Konrad Adenauer/ Ciedla, Buenos Aires, pp. 437-444. En lo

principalmente de la organización estatal de este servicio, mientras que la tercera decisión, de 1981, estudió el problema jurídico de la privatización de los servicios de radio y Televisión. El Tribunal le prohibió entonces al legislador que abandonara el tema de la radio y la televisión al libre juego de las fuerzas del mercado, pues consideró que, a diferencia de lo que puede ocurrir con la prensa escrita, en este campo la competencia económica no asegura una información completa y una adecuada formación de opinión, que son exigidas por la Constitución. Posteriormente, en 1986, el Tribunal señaló que las radiodifusoras privadas no tenían la obligación de la diversidad, pero siempre y cuando las empresas de radio y televisión de derecho público cumplieran adecuadamente con su tarea de brindar la “cobertura básica” (*Grundversorgung*) informativa. Un año después, en el quinto pronunciamiento sobre el tema, el Tribunal precisó el concepto de cobertura básica: este no significa únicamente cobertura mínima, no se reduce solamente a ofrecer programas de información y formación, sino que debe ofrecer una información muy amplia para toda la población que abarque la presentación de la multiplicidad de opiniones existente.

La última sentencia, la sexta (BverGE 83, 238), de 1991, fue dictada a raíz de una demanda de control abstracto sobre la ley de radiodifusión de un *Land* —que perseguía fortalecer el papel de la radio y la televisión pública, con lo cual se oponía a lo hecho en otros *Länder*, que perseguían más bien fortalecer la iniciativa privada en estos medios—. Dice Müller-Terpiz sobre la sentencia del Tribunal:

a) En primer lugar, el tribunal resumió y precisó su jurisprudencia sobre la libertad de radio y televisión: esta libertad es una libertad de servicio (*dienende Freiheit*). Una interpretación del art. 5 I 2 de la Ley Fundamental (sobre libertad de prensa, de radio y de cinematografía) que se restrinja a impedir la influencia del Estado en este campo no responde al carácter de servicio de la libertad de radiodifusión. Lo que se requiere es un orden positivo que asegure que la radiodifusión no quede ni en manos del Estado ni en manos de grupos sociales, y que responda y reproduzca la multiplicidad de temas y de opiniones que desempeñan un papel en la sociedad. La Ley Fundamental no determina un modelo de radiodifusión. Ese modelo debe ser definido por el Legislador. Pero la Ley Fundamental exige que se garantice que la información que se suministre sea libre y amplia.

b) Si el legislador se decide por un modelo dual, debe tomar medidas para que el modelo, visto en su conjunto, responda a la exigencia constitucional de asegurar un equilibrio de la pluralidad de opiniones. Por eso no es aceptable en el sistema dual que las programadoras privadas sean liberadas del deber del equilibrio en las opiniones.

que sigue, nos basamos esencialmente en esos textos.

[...]

En resumen, se puede decir que el tribunal continúa con su jurisprudencia sobre la libertad de radiodifusión: esta libertad continúa siendo caracterizada como libertad de servicio, cuyo fin no es garantizar el desarrollo de la personalidad, sino que persigue garantizar la formación libre de la opinión privada y pública. Por eso también los programas de radio y la TV privadas deben cumplir los criterios de equilibrio y multiplicidad. Y como el Tribunal considera que en este campo se presentan deficiencias estructurales (por la financiación a través de la publicidad o el gusto de las masas), las entidades públicas de radio y TV tienen que prestar la cobertura básica.

En suma, lo importante no es el modelo de prestación del servicio que se desarrolle, sino que se garantice la libertad y la pluralidad en el servicio de información. En la práctica, ello ha conducido al Tribunal Constitucional alemán a limitar el margen de configuración legislativa para evitar que se reduzca el campo de la radio y la TV públicas, quienes son realmente las protagonistas del pluralismo igualitario y quienes deben asegurar la cobertura básica de la información.

Como vemos, en una democracia constitucional, no solo se presentan conflictos entre la libertad de información y otros valores constitucionales, sino que existen tensiones entre un entendimiento puramente liberal de ese derecho —como el prohijado por la jurisprudencia estadounidense— y una perspectiva más igualitaria del mismo, que es desarrollada por la jurisprudencia alemana, al menos en el ámbito del uso del espectro electromagnético. La jurisprudencia colombiana parece aproximarse más de la concepción alemana.

En efecto, una revisión de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana muestra que su trabajo se ha manifestado en dos campos distintos: en el primero, ese tribunal se ha ocupado de solucionar los frecuentes conflictos que se presentan entre la libertad de expresión y otros derechos fundamentales o fines del Estado. La segunda área de reflexión sobre la libertad de expresión ha girado, en cambio, en torno a la necesidad de garantizar que los medios de comunicación operen en condiciones de libertad e igualdad, relativamente resistentes a las presiones que pueden ejercer sobre ellos las mayoría políticas o los conglomerados económicos.

Lo anterior parece significar que, para la Corte Constitucional colombiana, la garantía de la libertad de información tiene una dimensión orgánica o estructural distinta de la dimensión puramente individual o subjetiva. Esta segunda faceta, implica la definición de los factores estructurales, operativos y funcionales, destinados a garantizar la igualdad de oportunidades, el pluralismo y la verdadera libertad en el mercado público de las ideas. En efecto, la consagración

normativa de los derechos subjetivos a la libertad de expresión e información tendrá solo un valor limitado, si, simultáneamente, existe una regulación estructural que permite la operación de un mercado monopólico que, en la práctica, dificulta el acceso igualitario al proceso comunicativo o impide que las visiones plurales del mundo puedan expresarse pública y libremente, en condiciones de igualdad. Conviene pues que examinemos, un poco más en detalle, la labor del tribunal constitucional colombiano en este campo.

VI. La jurisprudencia constitucional colombiana y la búsqueda de una mayor equidad informativa

El presente aparte se ocupa de los pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana acerca de las condiciones que debe cumplir el entorno en el que se desenvuelven los medios de comunicación, para garantizar que estos puedan realizar sus actividades libremente. Al respecto es importante anotar que, si bien en sus sentencias la Corte ha reiterado la importancia de la libertad de prensa para la existencia del régimen democrático y para el desarrollo libre de las personas —razón por la cual es importante protegerla tanto de las interferencias de las mayorías políticas como de los grupos económicos—, en realidad sus pronunciamientos se han centrado fundamentalmente en la televisión. Una razón explica esa opción y es que la misma Constitución hace un énfasis especial en la regulación del uso del espectro electromagnético para los servicios de televisión. En efecto, la Constitución señala que se debe garantizar el pluralismo informativo en el uso del espectro electromagnético (CP, art. 75). Igualmente, determina que todos los ciudadanos tienen el derecho de recibir una información veraz e imparcial (CP, art. 20). Por ello, presentaremos brevemente unas reflexiones sobre las decisiones de la Corte relativas a la televisión, para luego examinar algunos aspectos de la reciente sentencia sobre la Ley Estatutaria de Garantías Electorales.

a. La protección de la equidad en la televisión

La Corte ha defendido mayores restricciones a aspectos ligados a la libertad informativa en aras de buscar una mayor equidad en el debate público, en especial en lo que tiene que ver con el funcionamiento de los servicios de televisión. Tras el reconocimiento del enorme impacto de la televisión en las sociedades contemporáneas, se ha establecido también la necesidad de que se establezcan mayores regulaciones que contribuyan a que a través de este medio se favorezca la formación de una opinión pública libre y el pluralismo informativo. Ejemplo de

ellos es el establecimiento del requisito según el cual los operadores del servicio de televisión deben ser personas jurídicas que se constituyan y funcionen como sociedades de capital abierto e integrado, inscritos en la bolsa de valores.¹⁹⁷ En la base de la justificación para esta especial cualificación de los titulares de la libertad a fundar medios masivos de comunicación que utilizan el espectro electromagnético, están las consideraciones acerca de favorecer la democratización en el acceso a la propiedad y prevenir cualquier práctica monopolística que pretenda implantarse en el servicio de televisión, “en tanto el capital de estas personas jurídicas sea abierto, esto es, constituido desde un comienzo, con base en ofertas dirigidas al público en general, se logra que cualquier persona pueda, ‘efectivamente’, fundar y gestionar medios televisivos, lo que de otro modo sería imposible salvo para contadas personas”.¹⁹⁸ Asimismo, la Corte se ha referido a la necesidad de diseñar mecanismos para la adecuada participación ciudadana en la fiscalización y control de la prestación del servicio de televisión,¹⁹⁹ y declaró la constitucionalidad de la prohibición de la prorrogabilidad de los contratos de concesión para operadores de televisión pública, precisamente con argumentos según los cuales esta medida favorecía la democratización del acceso al espectro electromagnético.²⁰⁰ También, en aras de contribuir a la formación de una opinión pública libre y favorecer el pluralismo informativo, la Corte consideró legítimas las restricciones impuestas a los operadores privados de televisión referida a la imposición de la destinación de espacios a la programación cultural y educativa o la obligación de que los operadores de televisión por suscripción garanticen a sus suscriptores la recepción gratuita de los canales de televisión abierta nacionales, regionales y locales.²⁰¹

La relación entre los medios, y en especial la televisión, y los procesos electorales, ha sido también objeto de pronunciamientos jurisprudenciales. Conviene recordar que la Ley 130 de 1994, “estatutaria sobre los partidos y movimientos políticos”, prescribió, en su artículo 27, que “[l]os concesionarios de los noticieros y los espacios de opinión en televisión, durante la campaña electoral, deberán garantizar el pluralismo, el equilibrio informativo y la imparcialidad”.

197 Sentencias C-093/96 y C-350/97.

198 *Ibid.*

199 Cfr. sentencia C-350/97.

200 Aunque la decisión fue muy dividida, y puede ser objeto de numerosas críticas respecto a si en realidad esta era la finalidad realmente perseguida con la decisión, en la base de la fundamentación se encuentran argumentos de este tipo.

201 Sentencia C-654/03.

La sentencia T-484 de 1994 versó sobre cómo se materializa el principio del equilibrio informativo establecido en dicha ley. El proceso trató sobre la exigencia de un candidato presidencial —Antonio Navarro de la Alianza Democrática M-19— de ser invitado a participar en un debate televisado que habían programado dos noticieros de televisión entre los candidatos presidenciales de los partidos liberal y conservador —Ernesto Samper y Andrés Pastrana—. Los mencionados noticieros habían extendido a los distintos postulantes la propuesta de realizar un debate por televisión entre aquellos candidatos que —de acuerdo con los datos que arrojava una encuesta— contaran con una intención de voto igual o superior al 10%. De manera simultánea, el actor se había puesto en contacto con los candidatos Samper y Pastrana con miras a organizar un debate televisado entre ellos. Ellos habían aceptado, pero después decidieron realizar el debate sin Navarro, contando con el concurso de los dos noticieros que habían propuesto realizar la discusión.

En vista de que no había sido invitado para participar en el debate planeado, Navarro instauró una acción de tutela, en la cual afirmaba que ese hecho vulneraba tanto su derecho general a la igualdad como su derecho de acceder en igualdad de condiciones al uso del espectro electromagnético, así como su derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y el derecho de los colombianos de recibir información sobre todas las propuestas políticas de los candidatos presidenciales.

La Corte señaló que la Constitución determina que quien difunde información tiene el deber de hacerlo en forma veraz e imparcial, pero, añadió, la veracidad e imparcialidad solamente se refieren a los hechos y no a las opiniones, pues “el juicio o la valoración que él haga de los hechos, pertenece a su libertad de opinión, a su libertad de expresar sus opiniones, bajo su responsabilidad”. A continuación, expresó que la censura estaba prohibida en el país, y que el imponerle a un periodista la emisión de determinadas informaciones u opiniones constituía una especie de censura, de violación a la libertad de expresión. Al respecto afirmó:

La prohibición de la censura, y la libertad de prensa, se violan cuando se impone al periodista la obligación de publicar una información u opinión, del mismo modo que cuando se le impide su difusión. Que la prensa sea libre no admite interpretación diferente a la que se basa en la real libertad del periodista. Es él quien, bajo su responsabilidad, debe decidir qué publica, y cuándo y cómo lo publica.

En relación con el caso concreto, la Corte aclaró que para las elecciones presidenciales se habían presentado 18 candidatos, y que el interés de los ciudadanos se había concentrado solamente en unos pocos. Por ello, consideró que era

...absolutamente comprensible que los organizadores de los debates por televisión limitaran la participación en ellos a los candidatos que tuvieran a su favor al menos el 10% en las encuesta de opinión. Ello se ajusta al propósito de darle al público precisamente lo que él quiere, y no imponerle algo que es contrario a sus inclinaciones.

La Corte afirmó también que la obligación de los medios de mantener el equilibrio informativo indica solamente “que el periodista decida con ecuanimidad, mesura y sensatez qué informa y cómo y cuándo informa”, razón por la cual no se podía considerar que los noticieros demandados habían vulnerado este deber al seleccionar para el debate a los candidatos que más simpatías despertaban en la población. Por lo tanto, la solicitud de amparo fue denegada, con la aclaración de que no se había vulnerado ningún derecho fundamental del actor y de que “ni él, ni ninguno otro de los candidatos, tenía derecho a disponer a su arbitrio de los noticieros o espacios de opinión que el Estado concede a los particulares, o a imponerles unas determinadas obligaciones en cuanto a la manera de ejercer sus funciones”.

También la Corte se ha manifestado sobre el papel que pueden desempeñar los medios en los procesos electorales. Así, en su sentencia C-488 de 1993, el Tribunal declaró que era inconstitucional una prohibición contenida en el inciso 2 del artículo 23 de la Ley 58 de 1985, que señalaba que “durante los 30 días anteriores a una elección, ningún medio de comunicación social podrá difundir encuestas de opinión que muestren el grado de apoyo ciudadano a los candidatos o prevean el resultado de una elección”. En su fallo, la Corte concluyó que la disposición demandada constituía un acto de censura, vulneratorio del derecho de información de los ciudadanos y de la libertad de expresión. El Tribunal destacó que era de interés general el conocer cuál era la posición de la ciudadanía acerca de los candidatos y de sus propuestas. De ahí que resultara “lógica la obligación el Estado de permitir que los profesionales del periodismo informen a la opinión pública sobre el conocimiento que tengan del comportamiento político de los electores”.²⁰²

202 Esta sentencia de la Corte Constitucional significó un cambio en la jurisprudencia constitucional sobre este punto, pues la misma norma ya había sido declarada como constitucional por la Corte Suprema de Justicia, cuando esta era la encargada de resolver sobre las demandas de inconstitucionalidad, en el marco de la Carta Política de 1886. En aquella ocasión, la Corte Suprema de Justicia había declarado que la norma perseguía el “beneficio colectivo” y se había establecido “teniendo en cuenta un interés superior de la comunidad, cual es el libre ejercicio del derecho del sufragio, que puede verse desestimulado o condicionado por los resultados reales o presuntos de un sondeo, que muestre la opinión predominante sobre los candidatos que participen en una elección, entorpeciendo así el libre juego democrático” (ver la sentencia 58 de julio 24 de

La misma posición adoptó la Corte en su sentencia C-089 de 1994, con respecto a una norma del proyecto de ley estatutaria sobre los partidos políticos que contemplaba la misma prohibición. Sin embargo, en esta ocasión la Corte precisó su jurisprudencia al declarar la constitucionalidad de una norma del mismo proyecto que prohibía la divulgación de encuestas durante el día de las elecciones, entre las cuales se encuentran también las realizadas en boca de urna —las llamadas *exit poll*—. En la providencia, el Tribunal declaró

...que la divulgación de encuestas y proyecciones sobre el comportamiento electoral el día de las elecciones puede interferir el desarrollo normal y espontáneo del respectivo certamen y dar lugar a equívocos o informaciones que desorienten o desalienten a los votantes. El día de las elecciones, en el que los ciudadanos ejercen secretamente su derecho al sufragio (CP, art. 258) y se define el rumbo democrático del país, deberán acallarse todas las voces que no sean la voz del pueblo.²⁰³

Recientemente, en la sentencia C-1153/05 sobre la ley de garantías electorales, la Corte admitió que la ley podía extenderse a la semana anterior a las elecciones la prohibición de la divulgación de las encuestas, pues consideró, sin justificaciones especiales, que ese término era razonable.

Cabe destacar que en la citada sentencia C-089 de 1994, el Tribunal se pronunció sobre una serie de normas contenidas en el proyecto de ley estatutaria sobre los partidos políticos, que regulaban el uso de los medios de comunicación durante los procesos electorales. De esta manera, se determinó que la misma Constitución autorizaba a la ley para establecer que el Consejo Nacional Electoral debe fijar con antelación a cada elección la suma máxima de dinero que puede ser invertida en la campaña por los candidatos a los distintos cargos de elección popular; se declaró que era constitucional la norma que determinaba que los partidos solamente podrían hacer propaganda electoral a través de los medios durante los tres meses anteriores a la fecha de las elecciones, puesto que ello permitía mayores condiciones de igualdad entre los candidatos; se estableció la inconstitucionalidad de una norma que prohibía la llamada propaganda negativa, por cuanto introducía

1986, M. P. Jairo Duque Pérez).

203 Es importante aclarar que la misma sentencia C-488 de 1993 había dejado abierta la puerta para establecer alguna restricción temporal para la publicación de los resultados de las encuestas, con el fin de establecer “un razonable margen de reflexión, para que el elector pueda serenamente, y sin la presión externa de los medios de comunicación [...] reflexionar sobre la decisión que haya de tomar en las urnas”. Por eso, en la sentencia se señalaba que la Corte consideraba prudente “que con una antelación de unos pocos días se establezcan por el legislador restricciones en la materia...”

limitaciones a la libertad de expresión y al derecho de difundir libremente las ideas y programas; se determinó la constitucionalidad del artículo que prescribía que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica tenían derecho a acceder gratuitamente a los medios de comunicación social del Estado, tanto en forma permanente —para que divulguen su ideario político— como dentro de los 30 días anteriores a las elecciones —para que los candidatos expongan sus tesis—; se manifestó que era ajustado a la Constitución que, en relación con el acceso permanente de los partidos a los medios, se estableciera que para la distribución del 60 % de los espacios de televisión habría de tenerse en cuenta la representación de los partidos en la Cámara de Representantes, puesto que ello introducía “un índice seguro para establecer la dimensión real de cada formación política desde el punto de vista electoral”; se concluyó que armonizaba con la Constitución la norma que prescribía que los recursos que integran el fondo para el funcionamiento de los partidos se distribuirían en un 50% en condiciones de igualdad y en el restante 50% en proporción a los escaños logrados por los partidos en las últimas elecciones, etc.

Las anteriores sentencias de la Corte Constitucional sobre las condiciones estructurales del ejercicio igualitario de la libertad informativa ameritan unas breves reflexiones. Así, es evidente que —a diferencia de la Corte Suprema de Estados Unidos— la jurisprudencia colombiana reconoce expresamente la importancia constitucional de que se regule el mercado de las ideas, para lograr una mayor equidad en el flujo de las ideas e informaciones. Por ello, la Corte ha admitido disposiciones legales —como los toques a los gastos electorales—, que fueron anuladas en los Estados Unidos. Igualmente, por tal razón, la Corte también ha admitido que el legislador pueda establecer requisitos para democratizar el acceso a la televisión y a otros medios. También la Corte ha intentado preservar alguna autonomía a la Comisión Nacional de Televisión, a fin de evitar que este importante medio de información sea sometido a un control de los grandes grupos políticos, por lo cual ha anulado algunas tentativas de las mayorías en el Congreso por incidir más directamente en la conformación de esa entidad.²⁰⁴

204 Así, en la sentencia C-497/95 dijo la Corte: “La autonomía de la Comisión Nacional de Televisión no es, pues, un simple rasgo fisonómico de una entidad pública descentralizada. En dicha autonomía se cifra un verdadero derecho social a que la televisión no sea controlada por ningún grupo político o económico y, por el contrario, se conserve siempre como un bien social, de modo que su inmenso poder sea el instrumento, sustrato y soporte de las libertades públicas, la democracia, el pluralismo y las culturas”. Sobre el tema ver también la sentencia C-310/96.

La Corte ha intentado, entonces, avanzar en la formación de una mayor equidad informativa, ya sea avalando las decisiones legislativas orientadas en esa dirección, ya sea invalidando aquellas determinaciones que pretendían instrumentalizar políticamente algunos medios, por lo cual, la orientación general de la jurisprudencia colombiana en este campo nos parece interesante.

Sin embargo, en otros aspectos, los resultados son más ambiguos: así, sus desarrollos jurisprudenciales en el campo electoral, suscitan algunos interrogantes, que conviene examinar más sistemáticamente, ya que la interacción entre medios de comunicación y política es en esta esfera muy importante. En efecto, en cierta medida, se puede decir que es a través de las elecciones que la opinión pública incide directamente en las estructuras de poder.

Los distintos pronunciamientos de la Corte sobre la actividad de los medios en los procesos electorales y sobre su utilización en los periodos de elecciones han contribuido, entre otras cosas, a ir precisando reglas acerca del comportamiento de los medios en los procesos electorales —como se deriva de la sentencia T-484 de 1994—, y a crear condiciones de mayor libertad para la información sobre las campañas electorales y la realización de las mismas —tal como se observa en los fallos sobre las encuestas electorales y la propaganda negativa—.

Como se observa, la Corte ha considerado que no riñe con la Constitución el que los índices sobre la fuerza electoral —o preelectoral— de los candidatos o partidos sean utilizados como criterio para la invitación a debates electorales, y para la distribución tanto de los espacios permanentes de los partidos en los medios de comunicación social del Estado como de los recursos estatales para la financiación del funcionamiento ordinario de los partidos. En todos estos casos, la Corte ha concluido que es razonable atender a este criterio, en vista de que los recursos son limitados y de que los mencionados índices señalan cuál es el grado de aceptación ciudadana de un partido y, por lo tanto, cuál es el interés público en conocer las propuestas del mismo y en financiar sus actividades.

La decisión de la Corte es razonable e incluso armoniza con sentencias de otros tribunales constitucionales de otros países, que han reconocido que es válido tomar en consideración la fuerza de los candidatos para efectos de determinar los deberes de los medios de cubrir equitativamente las campañas. Por ejemplo, en la sentencia denominada “FDP-Sendezeit” (tiempos de emisión de propaganda electoral del Partido Liberal) (BVerGE 14, 121), dictada en 1962, el Tribunal Constitucional Alemán abordó un tema semejante y decidió que, para efectos de las elecciones en un *Land*, era constitucional que se asignaran a los partidos diferentes tiempos de emisión de propaganda política a través de la

televisión y la radio, de acuerdo con la importancia de los partidos. Así, en televisión, la Unión Demócrata Cristiana tendría 65 minutos, el Partido Socialdemócrata 55 y el Partido Liberal 25, mientras que en la radio los tres partidos tendrían el mismo tiempo de 25 minutos. El partido Liberal consideró que esa distribución vulneraba el principio de igualdad.

El Tribunal advirtió que el espacio de emisión para distribuir —libremente— era limitado. Añadió que, en ese momento, solamente había programadoras de derecho público, razón por la cual había que respetar la igualdad de oportunidades entre los partidos. Pero ello no significaba necesariamente que todos los partidos tuvieran el mismo tiempo de propaganda, pues existían razones importantes que permitían hacer diferenciaciones.

Anota entonces el tribunal alemán que las elecciones no deben conducir únicamente a que el Parlamento refleje las diferentes opiniones de los ciudadanos, sino también a que surja un Parlamento en condiciones de formar un Gobierno con capacidad para actuar. Este argumento justifica también que se dé un trato distinto a los partidos en la campaña electoral, pues la aparición de numerosos partidos nuevos amenaza la capacidad de funcionamiento del Parlamento y el Gobierno. Pero, además, la televisión y la radio desempeñan un papel fundamental en la formación de la opinión pública. Si ello es así, debe esperarse que estos medios de comunicación informen en forma objetiva sobre las diferencias de peso entre los distintos partidos políticos.

Los argumentos anteriores conducen a la conclusión de que existen argumentos importantes para justificar que, en una cierta medida, se haga una diferenciación en las emisiones de propaganda electoral concedidas a los partidos. Ello se debe hacer de acuerdo con la importancia de cada partido, la cual se puede medir, entre otros factores, a través de los resultados de las elecciones anteriores. Claro está que este indicador no es suficiente, pues no delata los cambios que se presentan en el curso de la legislatura. Por eso, también habrá que atender otros factores, tales como su antigüedad, su continuidad, el número de sus miembros, la amplitud de su organización, su representación en el Parlamento y su participación en el Gobierno federal y del *Land*.

Así, pues, existen razones que justifican establecer diferencias en el tiempo de emisión de propaganda política, de acuerdo con la importancia de los distintos partidos. Pero ello no implica que esas diferenciaciones no tengan unos límites estrechos que persiguen impedir que se cuestione el principio de la libre competencia entre los partidos. Esos límites deben apreciarse en cada situación concreta.

En el caso concreto se observa que la distribución diferenciada de los tiempos de emisión de la propaganda política no vulnera los mencionados límites. Se puede observar que en las elecciones anteriores

solamente los tres partidos indicados obtuvieron escaños en el Parlamento. La entidad de radio y televisión ofrece 170 minutos de emisión de propaganda electoral en cada uno de esos medios de comunicación. En cada caso, 145 están destinados a los tres partidos que llegaron al Parlamento y los otros 25 se reservaron para los demás partidos que participarán en las elecciones. La distribución puramente proporcional de las emisiones entre los tres partidos de acuerdo con el reparto de los escaños en el Parlamento arrojaría que a la Democracia Cristiana le correspondería el 52 %, a la Socialdemocracia el 40,5 % y al Partido Liberal el 7,5 %. Sin embargo, respectivamente, ellos reciben en radio 41, 36 y 23 %, y en televisión 45, 38 y 17 %.

Por eso, el tribunal considera que la distribución de emisiones de propaganda política ofrecida por la entidad de radio y TV se ajusta al principio de la igualdad de los partidos en la competencia electoral, puesto que las diferenciaciones responden a la diferencia de peso de los partidos. Por eso se niega la tutela.

La sentencia T-484 de 1994 tiene entonces un sustento apropiado y puede ser objeto de interrogantes acerca de si en la práctica realmente promueve una adecuada igualdad de condiciones en la actividad política. En efecto, como lo señalamos anteriormente, empíricamente se ha mostrado la falta de equilibrio informativo y de imparcialidad por parte de algunos noticieros televisivos. En los procesos electorales de 1998, muchos le apostaron a un candidato y enfocaron hacia él la mayor parte de su información electoral. El interrogante que esta situación arroja es si en estos casos la Comisión Nacional de Televisión está facultada, y a la vez obligada, para intervenir, con el objeto de ponerle remedio al trato desigual de los candidatos. Igualmente, surge la pregunta de si, ante el silencio y la inactividad de la Comisión — como ocurrió en las elecciones de 1998, en las cuales, a pesar de que ella fue bien consciente de los abusos de algunos noticieros, no tomó ninguna medida —, los ciudadanos que se consideren afectados en sus derechos fundamentales pueden acudir al juez de tutela para solicitarle que haga respetar el principio de la imparcialidad y el equilibrio informativo.

Tanto la intervención de la Comisión como la del juez de tutela supondrían que estas autoridades tendrían la posibilidad de interferir en el campo de la libertad de información, en aras de garantizar el derecho de los ciudadanos de contar con una información veraz e imparcial.

Finalmente, es importante mencionar que la autorización de la propaganda electoral por televisión ha conducido a su uso extendido por parte de algunos candidatos presidenciales, lo que ha incrementado de manera extraordinaria los costos de las campañas políticas — con los riesgos que ello acarrea — y ha generado críticas acerca de

las condiciones de desigualdad en que se realizan las mismas, lo cual se vincula al problema del régimen de financiación de las campañas, dentro del cual se ha propuesto varias veces prohibir la propaganda electoral a través de la televisión.²⁰⁵ Pero el examen detallado de este punto desborda las pretensiones de este estudio preliminar.

b. La sentencia sobre la ley de garantías

Es dentro de este contexto que se debe analizar la reciente sentencia C-1153 de 2005, que revisó la ley de garantías electorales asociada a la reelección presidencial, y que declaró en especial la constitucionalidad del artículo 25 de ese cuerpo normativo, que reitera el principio de equidad informativa, pero establece unos sistemas de seguimiento del mismo. Esa norma suscitó una importante polémica, pues algunos medios y varios columnistas cuestionaron severamente esa regulación, al considerar que equivalía a un forma sutil de censura. Esa disposición establece que los operadores de radio y televisión tienen el deber de respetar el pluralismo y el equilibrio informativo en el cubrimiento de las elecciones, lo cual no es una novedad pues, como ya lo explicamos, un mandato equivalente estaba contenido en el artículo 27 de la Ley 130 de 1994, “estatutaria sobre los partidos y movimientos políticos”. La novedad de la ley de garantías es que prevé un mecanismo para desarrollar ese principio de equidad informativa, ya que señala que si los operadores de radio y televisión no respetan el principio, entonces el Consejo Nacional Electoral, junto con el medio respectivo y con la Comisión Nacional de Televisión y el Ministerio, podrían acordar ciertas medidas para establecer dicho equilibrio. Según los representantes de los medios y varios columnistas, ese mandato es riesgoso y posibilita la censura, pues permite al Estado imponer determinados contenidos a los programas de radio y televisión, con el argumento de que hubo un desequilibrio informativo.²⁰⁶

Por las razones señaladas en los puntos anteriores de este artículo, no creemos que el principio de equilibrio informativo sea en sí mismo una forma de censura y que en el fondo lo que la Corte hizo fue reiterar su línea jurisprudencial en esta materia; sin embargo, es indudable que

205 Ver sobre este tema a Fernando Cepeda Ulloa (1997). *Financiación de campañas políticas*. Bogotá, Ariel. Eduardo Pizarro (1994). “El financiamiento de las campañas electorales en Colombia”, en Delia Ferreira Rubio (comp.). *Financiamiento de partidos políticos*. Buenos Aires, Ciedla; y diversos artículos publicados en la *Revista de Derecho Público*, No. 9, publicada por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, que en 1998 trató sobre el tema: “Reforma política: financiación de las campañas y de los partidos”.

206 Un ejemplo de esas visiones es la columna de María Isabel Rueda en la edición 1240 del 3 de febrero de 2006 de la *Revista Semana*.

la ley es defectuosa, pues dicha norma no asegura automáticamente mayor calidad informativa, sino que únicamente promueve el equilibrio, con lo cual podría conducir a una suerte de nivelación por lo bajo en la información política. Todos los candidatos serían equilibradamente cubiertos por los medios, pero equilibradamente banalizados.

Más problemático aún, la norma no precisa en qué consiste el equilibrio informativo, ni cómo debe evaluarse el cumplimiento del equilibrio, ni cuáles son los mecanismos concretos para restablecerlo en caso de que fuera vulnerado. Esto es problemático ya que el mandato de equilibrio informativo no es de fácil concreción y aplicación, al menos por las siguientes tres razones: de un lado, pueden existir discrepancias importantes sobre su significado y alcance; de otro lado, la promoción del equilibrio informativo y del pluralismo puede colisionar con otros principios y valores constitucionales, por lo que es necesaria una cuidadosa labor de armonización; y, finalmente, incluso si se superan los anteriores problemas, no es fácil establecer un procedimiento para asegurar el cumplimiento del deber de equilibrio informativo que sea compatible con la libertad de los medios. Veámoslo:

De un lado, existen diferencias importantes sobre cómo entender el alcance del equilibrio informativo que debe existir en el cubrimiento de los candidatos. Así, algunos consideran que solo debe tomarse en cuenta la dimensión cuantitativa, esto es, el tiempo o espacio dedicado por un medio a los distintos candidatos, pues solo ese aspecto puede ser evaluado con cierto rigor y objetividad. En cambio, otros analistas consideran que es necesario tomar también en consideración el contenido positivo o negativo del cubrimiento llevado a cabo por los distintos medios, pues un operador de televisión puede dedicar el mismo tiempo a dos campañas pero informar positivamente de la primera y negativamente de la segunda. Además, como se señaló anteriormente, en los medios audiovisuales, también el manejo de imagen puede introducir sesgos informativos considerables. El interrogante que surge es obviamente cuál o cuáles aspectos deben tomarse en cuenta para determinar si un medio respeta o no el equilibrio informativo.

Pero incluso si se toma la dimensión supuestamente más sencilla, que es la cuantitativa, el asunto sigue suscitando importantes controversias, pues no es claro si el equilibrio informativo implica que los medios deben dedicar el mismo tiempo o espacio para cubrir a los distintos candidatos (regla de estricta igualdad); o si, por el contrario, es posible que existan cubrimientos mayores de los candidatos más representativos (regla de equidad ponderada). Y existen buenos argumentos a favor de uno u otro entendimiento, como lo muestra el debate que se ha dado sobre un tema distinto pero semejante, que es la regla que debe gobernar el otorgamiento de los espacios gratuitos

en los medios televisivos oficiales, en donde algunos países —como Francia— han optado por la igualdad estricta, mientras que otras democracias —como España o el Reino Unido— han preferido la regla de la equidad ponderada.²⁰⁷

Así, los defensores de la regla de estricta igualdad argumentan que es de fácil aplicación y medición y no favorece a las fuerzas políticas dominantes, con lo cual permite el surgimiento de fuerzas alternativas, lo cual renueva la democracia. Sin embargo, según sus críticos, dicha regla puede ser inequitativa en la medida en que no permite un cubrimiento mayor de aquellos candidatos que suscitan los mayores apoyos populares, con lo cual se desconocen las preferencias ciudadanas. Además, una regla de esa naturaleza, sobre todo en contextos políticos fragmentados, con candidatos numerosos, puede saturar a los ciudadanos, que recibirían información igual pero de un número excesivo de candidatos, con lo cual el cubrimiento electoral se puede banalizar.

Los beneficios y riesgos de la regla de equidad ponderada son obviamente los inversos. Esto es, esta regla racionaliza la información y toma en cuenta las preferencias ciudadanas, pero su formulación y aplicación es más compleja y contribuye a la perpetuación del *status quo*.

El segundo problema del mandato de equidad informativa es que entra en tensión con otros principios trascendentales en una democracia, como son: i) la protección de libertad de los medios y ii) la importancia de estimular que los medios cubran vigorosamente asuntos de interés público. En efecto, en ocasiones, el deber de mantener el equilibrio informativo no solo condiciona y limita la libertad de los medios, sino que puede incluso tener efectos inhibitorios sobre su voluntad de cubrir temas de clara relevancia pública. Así, un medio puede desear informar acerca de un desarrollo concreto de una campaña, en donde ha ocurrido un incidente específico, que es de interés para toda la ciudadanía, pero podría sentirse inhibido de hacerlo, si siente que tendría entonces que dedicar un tiempo equitativo semejante a otras campañas, cuando estas no han producido noticias semejantes.²⁰⁸

207 Para una presentación de la reglamentación general sobre medios y elecciones, ver www.aceproject.org/main/espanol/me/index.htm. Esta información, muy detallada y sistemática, es suministrada por la asociación de varias entidades especializada en el tema electoral. Allí se explican estas distintas fórmulas para adjudicación de tiempos televisivos a los diversos candidatos; igualmente se presentan distintos mecanismos para lograr mayor equidad informativa y los problemas que pueden suscitar.

208 Por citar un ejemplo reciente; supongamos que los medios hubieran decidido no cubrir ampliamente las reacciones del candidato Pardo a las infundadas acusaciones gubernamentales de que estaba en acuerdos con las FARC, por temor a incurrir en un desequilibrio informativo a favor de este candidato, que los obligara a brindar tiempos semejantes al cubrimiento de otros candidatos, que no hubieran generado noticias relevantes.

Debido a lo anterior, los países que establecen mandatos de equidad en esta materia prevén excepciones, a fin de preservar la libertad editorial de los medios y eliminar el posible efecto inhibitorio que podría tener este principio en el cubrimiento de ciertos temas. Así, en Estados Unidos,²⁰⁹ la ley de telecomunicaciones vigente desde 1934 establece que si un concesionario permite el uso de su estación a un candidato, debe entonces ofrecer un espacio igual a los otros candidatos que así lo reclamen, pero señala cuatro excepciones a ese deber, que consisten en la emisión de i) noticias, ii) entrevistas, iii) documentales o iv) cubrimientos en vivo, que de buena fe el medio considere que tienen un valor noticioso.

Un ejemplo de aplicación de estas excepciones es el siguiente: en 1992, la cadena ABC concedió una larga entrevista a Ross Perot, por lo cual, otra candidata independiente, Leonora Fulani, exigió a dicha cadena un cubrimiento igual, en desarrollo del mandato de igual cubrimiento. La cadena se opuso, pues consideró que se trataba de una entrevista noticiosa de buena fe y la entidad reguladora federal (la FCC) avaló su decisión, la cual fue impugnada por la señora Fulani antes los jueces, quienes apoyaron a la cadena y a la FCC. Para sustentar que se trataba de una entrevista que de buena fe el medio había considerado que tenía un valor noticioso, el tribunal tuvo en cuenta que: i) se trataba de una programación regular de la emisora, que ii) la entrevista dependió de la emisora y que iii) era razonable suponer que la decisión de entrevistar a Perot derivaba de un criterio periodístico de buena fe y no del interés de promover su campaña, ya que no existía ninguna evidencia de un particular favoritismo de la cadena por Perot.²¹⁰

Finalmente, la tercera dificultad consiste en establecer procedimientos e instituciones apropiados para controlar el cumplimiento del mandato de equilibrio informativo, pues obviamente existen riesgos de que los eventuales controles que se establezcan puedan derivar en injustificadas censuras. Por ello, la práctica más recomendada es atribuir dicha vigilancia a organismos independientes de los poderes políticos, y en especial del Gobierno, pudiendo en todo caso los medios afectados acudir antes los jueces. Además, la doctrina usual es que, como lo demuestra el caso de Perot, reseñado en el párrafo anterior, tanto las autoridades de control como los órganos judiciales, suelen

209 Para una presentación general de este régimen, ver Ann Plamondon (1998). "The recent past of equal access: American, British and Italian campaigns", en *Communication and the Law*, vol. 20.

210 Ver caso *Lenora B. Fulani v. Federal Communications Commission*. United States Court of Appeals for the Second Circuit 49 F.3d 904, fallo del 15 de marzo de 1995. Disponible en: www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/communications/fulani.html

ser muy respetuosos del criterio periodístico, presumiéndose en cierta medida su buena fe, por lo que solo intervendrían en caso de que hubiera evidencias muy claras del sesgo de un medio a favor de un determinado candidato.

Ahora bien, la regulación establecida por el artículo 25 de la Ley de Garantías Electorales no resuelve ninguno de esos interrogantes: en primer lugar, no es claro si la cantidad y calidad de información sobre los candidatos debe ser estrictamente igualitaria o si es posible tomar en cuenta su fuerza electoral; tampoco es claro si dicha norma posibilita que las autoridades estatales ordenen a los medios a cubrir ciertos aspectos, e incluso los sancionen en caso de desacato; o si dicho artículo únicamente establece un principio cuyo incumplimiento puede ser señalado por el Consejo Nacional Electoral, pero que este, ni la Comisión Nacional de Televisión ni el Ministerio de Comunicaciones, pueden imponer controles sino únicamente pueden concertar eventuales soluciones con los medios. Y la sentencia de la Corte no ayuda mucho en este aspecto, pues algunos de sus pasajes son muy ambiguos. Por ejemplo, a veces parece defender una visión cuantitativa del equilibrio informativo, cuando habla de la “distribución equitativa del tiempo en televisión”, mientras que en otros pasajes habla de un balance que no debe darse “exclusivamente en términos cuantitativos sino cualitativos”. Los autos posteriores de la Corte tampoco aclaran realmente esos aspectos.

Esos defectos de la ley son serios, pues el debido proceso y la protección de la libertad de expresión exigen que dichos criterios estén cuidadosamente desarrollados en la ley y sean conocidos previamente por los medios. Sin embargo, esas deficiencias indudables de la ley no invalidan la importancia del principio de equilibrio informativo. La discusión debería entonces orientarse a superar dichas deficiencias, en vez de defender una autorregulación de los medios que, según nuestro criterio, en muchas ocasiones ha sido más mítica que real.

VII. Conclusiones generales: los logros y los desafíos

El examen de la jurisprudencia constitucional colombiana sobre libertad de información muestra no solo la enorme complejidad jurídica de este derecho sino también su importancia y sus vínculos inevitables con discusiones filosóficas sobre el sentido de la democracia. Uno de los grandes retos para la reflexión y la práctica constitucionales es entonces desarrollar una dogmática constitucional adecuada sobre este derecho, que favorezca el desarrollo democrático en este comienzo de siglo. En tal contexto, según nuestro parecer, el desafío consiste en construir categorías constitucionales que permitan compatibilizar estas

tres grandes nociones de democracia, que subyacen a muchos de los debates que suscita la libertad de prensa: i) la concepción alemana de la democracia como garantía de la dignidad humana, ii) la visión estadounidense de la democracia como proceso político sustentado en el “libre mercado de las ideas”, y iii) una visión, si se quiere, deliberativa y republicana, que insiste en la importancia de la equidad en el flujo informativo, como requisito para la formación de una opinión pública ilustrada.

Ahora bien, estos distintos conceptos de democracia constitucional no son excluyentes, aunque mantengan evidentes tensiones. Así, las nociones alemana y estadounidense son compatibles, pues en Estados Unidos, a pesar de la clara opción por el libre flujo de ideas e informaciones, la democracia no es únicamente un proceso político, en donde una opinión pública todopoderosa puede invadir todos los espacios, incluso los más íntimos, ya que se reconoce que esa omnipotencia de la mirada ajena anula la autonomía individual. En efecto, todo indica que la libertad no germina en una sociedad que pretenda la transparencia de los individuos y el fin de todos los secretos, pues la persona requiere de ámbitos íntimos en donde pueda, en la penumbra, sin la presión constante de las miradas ajenas, construir proyectos propios de vida. Por su parte, el constitucionalismo alemán tampoco ha establecido una prevalencia absoluta de la intimidad sobre el derecho a la información, ya que también ha comprendido que, sin una discusión abierta y vigorosa sobre los asuntos colectivos, no podemos garantizar aun vigilancia ciudadana sobre los gobiernos, ni una genuina autonomía colectiva, las cuales presuponen la existencia de una opinión pública libre e informada. Precisamente esa convergencia, a pesar de sus diversidades, entre la jurisprudencia alemana y estadounidense, permite repensar la democracia, a través de una articulación entre la autonomía individual y la autodeterminación colectiva, mediante lo que uno de nosotros denominó, en un texto anterior, “el juego de espejos entre la transparencia pública y la penumbra hogareña”.²¹¹ Así, la intimidad protege la autodeterminación personal, en la esfera privada, mientras que la publicidad posibilita el proceso democrático.

La transparencia y la opacidad son entonces complementarias: la democracia y la protección de la dignidad humana exigen tanto la luz en la esfera pública, como las sombras en la vida íntima, ya que solo de esa manera podemos proteger la autonomía, la autenticidad y la libertad de las personas. La aspiración democrática es entonces que los ciudadanos sean verdaderamente soberanos, y que puedan entonces ver

211 Ver Rodrigo Uprimny (1998). “La uni-diversalidad de los derechos humanos. Conflictos de derechos, conceptos de democracia e interpretación jurídica”, en *Pensamiento Jurídico*. Bogotá, Universidad Nacional, No. 9, pp. 101 y ss.

permanentemente a los gobernantes sin ser vistos por ellos. En cambio, el totalitarismo es precisamente la eliminación de esas distinciones, que termina por conllevar una inversión de los anteriores principios. El secreto se instala en las estructuras de poder, mientras que los individuos son sometidos a la permanente mirada de los otros y de la autoridad. El gobernante logra ver sin ser visto, mientras que el gobernado es visto sin poder ver, con lo cual se destruye al mismo tiempo la esfera de lo público y la esfera de lo privado, la autodeterminación colectiva y la autonomía individual.

Las tentativas de la jurisprudencia constitucional por armonizar la luminosidad de la esfera pública con la penumbra de lo privado parece entonces tener como sustrato una concepción de democracia más integral: la democracia constitucional, que no es entonces únicamente la expresión de la soberanía popular, como lo sugería Rousseau, ni un simple mecanismo de garantía de los derechos individuales, como lo querían los liberales clásicos, sino que es una compleja articulación entre soberanía popular y autonomía individual, entre la libertad de participación de los antiguos y la libertad de independencia de los modernos. En ese sentido puede tener razón Habermas cuando concibe a las constituciones democráticas como “una interpretación y elaboración de un sistema de derechos en los cuales la autonomía privada y pública se encuentran internamente vinculadas”.²¹²

Sin embargo, como es obvio, para que la autonomía privada y pública verdaderamente logren vincularse, es necesario construir también una equidad básica en el manejo informativo, pues de no ser así, algunos discursos dominarían el panorama político y el proceso de formación de la opinión pública, en desmedro de una democracia auténtica, que supone precisamente una igual participación de todas las personas en la decisión de los asuntos colectivos. En efecto, el excesivo peso del dinero o del poder en la dinámica de los medios de información genera obvias desigualdades en los procesos de comunicación, pues favorece ciertas voces mientras que silencia a otras. Pero es más; esta situación puede conducir incluso a una reducción muy considerable de las posibilidades de crítica y fiscalización de la prensa libre, sobre todo en esta época, en donde tiende a predominar la imagen sobre el texto. Los riesgos de “mediatización” de la política no son despreciables; y esta “mediatización” parece tener como contrapartida una banalización del poder fiscalizador de la opinión pública y de la prensa.

El temor de los gobernantes autoritarios a las potencialidades democráticas que tiene la libertad de información y expresión como

212 Jürgen Habermas (1995). *Between facts and norms. Contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge, MIT Press, p. 280.

mecanismo de control a la arbitrariedad es bien ilustrado por la conocida afirmación de Napoleón Bonaparte, quien habría dicho: “yo no me atrevería a gobernar por tres meses con libertad de prensa”.²¹³ Pero la banalización que pueden sufrir los medios de comunicación —y por ende la libertad de expresión— en las sociedades contemporáneas, debido al predominio de la imagen sobre el texto y a la influencia indebida de la riqueza y del poder político en el manejo informativo, encuentra también un ejemplo paradigmático en la respuesta de otro líder político, Ronald Reagan, conocido por su manejo magistral de los medios. Una vez se le preguntó a este político que cómo había podido llegar a ser presidente siendo actor. Su respuesta es reveladora: “¿Cómo —dijo Reagan— podría haber llegado a ser presidente sin haber sido actor antes?”²¹⁴

Esto ilustra que el modelo del “flujo equitativo de las ideas” viene a ser un complemento necesario de la visión clásica sobre la libertad de información, pues solo tomando en cuenta también esa dimensión podremos construir una democracia que sea capaz no solo de proteger al individuo de los atropellos de los poderosos, sino que también posibilite a todos los ciudadanos deliberar, de manera igualitaria, sobre los problemas de nuestro tiempo. El desafío para la teoría constitucional es pues enorme, pues debemos construir una doctrina sobre la libertad de información, que tome en cuenta e integre esas distintas dimensiones de la democracia, lo cual dista de ser fácil, ya que las tensiones normativas son evidentes. Así es obvio que las regulaciones para asegurar una mayor equidad informativa implican, en general, restricciones a la libertad absoluta en la difusión de las ideas. Pero, tal vez más importante y difícil aún, será la puesta en marcha de instituciones constitucionales, que sean capaces de realizar, en la práctica, una verdadera libertad y equidad informativas, puesto que, hasta ahora, los resultados son bastante frustrantes. Un ejemplo, entre muchos otros, es Inglaterra, en donde se expidió una ley en 1973, con el fin de prevenir la excesiva concentración de los medios, la cual establece que es necesario que el secretario de Estado para el Comercio y la Industria autorice toda venta de un periódico a otro, si la circulación conjunta de ambos medios supera los 500.000 ejemplares. Pero esas medidas no han logrado controlar la concentración de la prensa. Así, en 1995, los cuatro grandes conglomerados periodísticos controlaban más del 85 % de la circulación.²¹⁵

213 Citado por Manuel José Cepeda (1992). *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá, Temis, p. 214.

214 Citado por María von Harpe (1995). “La influencia de los medios masivos de comunicación en la política americana”, en Josef Thesing y Wilhem Hofmeister, *Medios de comunicación, democracia y poder*. Buenos Aires, Ciedla, p. 94.

215 Ver A. W. Bradley y K. D. Ewing (1998). *Constitutional Law and Administrative*

En el caso colombiano, estos desafíos son todavía más dramáticos. En efecto, en países que conocen situaciones de violencia como la que atraviesa nuestro país, el verdadero triunfo de la libertad de prensa no se alcanza, simplemente, con la defensa jurídica del derecho a informar y a estar informado, o con la existencia de condiciones normativas suficientes para promover el mercado equitativo de la ideas. En este país, en los últimos años, han sido asesinados numerosos periodistas profesionales y un número incalculable de personas que se han atrevido a pensar diferente y a decir lo que piensan. No importa cuán sofisticadas resulten las garantías jurídicas y los criterios judiciales de ponderación, o cuán adecuadas las normas destinadas a garantizar la equidad en el flujo informativo. Mientras sigan asesinando a quienes tienen la misión de informar la verdad o a quien se atreve a pensar diferente, no podrá sostenerse que en Colombia, se garantiza, verdaderamente, el derecho fundamental a la libertad de expresión.

Bibliografía

- Ackerman, Bruce y Rosencranz, Carlos (1991). "Tres concepciones de la democracia constitucional", en VV.AA. *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, No. 29.
- Alexy, Robert (1993). "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en *Derecho y razón práctica*. México, Fontamara.
- Alexy, Robert (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Barron, Jerrome *et al.* (1992) *Constitutional Law. Principles and policy*. Charlottesville, The Michie Company, pp. 832 y ss.
- Bonham, James y Rehg, William (eds.) (1997). *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*. Cambridge, MIT Press.
- Bonilla, Jorge Iván *et al.* (1998). "Medios de comunicación y elecciones", en Bejarano, Ana María y Dávila, Andrés (eds.). *Elecciones y democracia en Colombia 1997-1998*. Bogotá, Fundación Social, Universidad de los Andes y Veeduría Ciudadana a la elección presidencial.
- Botero, Catalina, Jaramillo, Juan y Uprimny, Rodrigo (2000). "Libertad de información, democracia y control judicial: la jurisprudencia constitucional colombiana en perspectiva comparada", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano del Konrad-Adenauer-Stiftung A.C.-CIEDLA*, pp. 437-510.
- Bradley, A. W. y Ewing, K. D. (1998). *Constitutional Law and Administrative Law*. London, Longman, pp. 575 y 576.

Cepeda, Manuel José (1992). *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá, Temis, capítulos 6, 11 y 12.

CIDH. Caso Martorell v. Chile, Caso 11.230 de 1997.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Germán Rodríguez Villamizar. Sentencia del 29 de julio de 2004. Expediente 25000-23-24-000-2003-01003-01(AP).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-488 de 1993.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-711 de 1996.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-038 de 1996.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-073 de 1996.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-093 de 1996.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-310 de 1996.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-350 de 1997.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-010 de 2000.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1172 de 2001.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-056 de 1995.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-082 de 1995.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-182 de 1998.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-667 de 1998.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-512 de 1992.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-603 de 1992.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-609 de 1992.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-050 de 1993.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-080 de 1993.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-081 de 1993.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-332 de 1993.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-563 de 1993.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-259 de 1994.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-293 de 1994.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-484 de 1994.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-032 de 1995.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-552 de 1995.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-602 de 1995.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-104 de 1996.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-472 de 1996.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-706 de 1996.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-066 de 1998.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-263 de 1998.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-368 de 1998.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-977 de 1999.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-505 de 2000.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1319 de 2001.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-838 de 2002.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-227 de 2003.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-213 de 2004.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-216 de 2004

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-108 de 2005.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-165 de 2005.

Corte IDH. Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) v. Chile, sentencia del 5 de febrero de 2001.

Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein v Perú, sentencia del 6 de febrero de 2001.

Corte IDH. Caso Herrera Ulloa v Costa Rica, sentencia del 2 de julio de 2004.

Corte IDH. Caso Ricardo Canese v Paraguay, sentencia del 31 de agosto de 2004.

Corte IDH. Caso Palamara Iribarne v Chile, sentencia del 22 de noviembre de 2005.

Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. Caso Cohen v California de 1971.

Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. Caso Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders de 1985.

Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. Caso Hustler Magazine Inc v Falwell de 1988.

Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. Casos Curtis Pub Co v Butts y Associated Press v Walker de 1967.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de mayo de 1999, M. P. Pedro Lafont Pianetta. Radicación 5244.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de diciembre de 2002 M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Radicación 7692.

Dahrendorf, Ralf. “Reject dangerous free speech with arguments, not prison”, en *The Daily Star* del 20 de diciembre de 2005. Disponible en la red en: http://www.dailystar.com.lb/article.asp?edition_id=10&categ_id=5&article_id=20885

Dworkin, Ronald (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

Dworkin, Ronald. (1996). *Freedom`s Law. The moral reading of the Constitution*. Cambridge, Harvard University Press, capítulo 8, pp. 195 y ss.

Elliot Morrison, Samuel (1965). *The Oxford History of the American People*. New York, Mentor Book, tomo 2.

Ely, John Hart (1982). *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge, Harvard University Press.

Fayt, Carlos Santiago (2001). *La Corte Suprema y sus 198 sentencias sobre comunicación y periodismo. Estrategias de la prensa ante el riesgo de extinción*. Buenos Aires, La ley.

- Fiedler, Christoph (2000). BVerGE 90, 241 – Ausschwitzlüge. Strafbarkeit des Leugnens der Judenverfolgung und Äusserungsverbote, en Jörg Menzel (ed.). *Verfassungsrechtsprechung. Hundert Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive*. Tübinga, pp. 541- 546.
- Fiss, Owen (1996). *La ironía de la libertad de expresión*. Barcelona, Gedisa.
- Fiss, Owen (1997). *Libertad de expresión y estructura social*. México, Fontamara.
- García San Miguel, Luis (ed.) (1992). Estudios sobre el derecho a la intimidad. Madrid, Tecnos.
- García, María Eugenia y Bonilla, Jorge Iván. *Veeduría Ciudadana a las agendas informativas en la campaña presidencial*. Informe de investigación No. 8. Bogotá, mimeo, julio de 1998.
- Grave, María Elizabeth (1996). “The South African Broadcasting’s coverage of the 1987 and 1989 elections. The matter of visual bias”, en *Journal of Broadcasting and Electronic Media*, No. 40-1.
- Habermas, Jürgen (1995). *Between facts and norms. Contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge, MIT Press.
- Hesselberger, Dieter (2003). *Das Grundgesetz. Kommentar für die politische Bildung*. Bonn, 13ª. edición.
- Hesse, Konrad (1992). *Escritos de derecho constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Kommers, Donald P. (1989). *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham, Duke University Press.
- Marshall, Geoffrey (1982). *Teoría Constitucional*. Madrid, Espasa-Calpe, capítulo 8.
- Martínez de Pisón Cavero, José (1993). *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Madrid, Civitas.
- Menzel, Jörg (ed.) (2000). *Verfassungsrechtsprechung. Hundert Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive*. Tübinga.
- Mill, John Stuart. *On liberty*, capítulo 2, cualquier edición.
- Muñoz Machado, Santiago (1988). *Libertad de prensa y procesos por difamación*. Madrid, Ariel.
- Novoa Monreal, Eduardo (1981). *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*. Bogotá, Siglo XXI.
- Ost, François. “Originalité des méthodes d’interprétation de la Cour européenne des droits de l’homme”, en Mireille Delmas-Marty. *Raisonnement la raison d’Etat*. Paris, PUF.
- Pérez Luño, Antonio (1995). *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid, Tecnos.
- Pizarro, Eduardo (1994). “El financiamiento de las campañas electorales en Colombia”, en Ferreira Rubio, Delia (comp.). *Financiamiento de partidos políticos*. Buenos Aires, Ciedla.

- Plamondon, Ann (1998). "The recent past of equal access: American, British and Italian campaigns", en *Communication and the Law*, vol. 20.
- Prieto Sanchís, Luis (1991). "Notas sobre la interpretación constitucional", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 9, mayo-agosto.
- Rey, Germán y Bonilla, Jorge Iván (2005). *La televisión del conflicto*. Bogotá, Proyecto Antonio Nariño.
- Richter, Ingo y Schuppert, Gunnar Folke (2006), *Casebook Verfassungsrecht*. Munich, 3ª. edición.
- Ricker, Reinhart (1999). "El régimen legal de radiodifusión en la República Federal de Alemania", en Thesing, Josef y Priess, Frank (ed.). *Globalización, democracia y medios de comunicación*. Fundación Konrad Adenauer/Ciedla, Buenos Aires.
- Russ Mohl, Stephan. "Entrega de información medial a control remoto", en Josef Thesing y Wilhem Hofmeister (ed.) (1995). *Medios de comunicación, democracia y poder*. Buenos Aires, Ciedla, Konrad Adenauer, pp. 116 y ss.
- Säcker, Horst (1989). *Das Bundesverfassungsgericht*. 4a. edición, Bonn.
- Salvador Coderch, Pablo (ed.) (1990). *El mercado de las ideas*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Savage, David (1995). "Hate Speech, Hate Crimes and the First Amendment", en Rodney A. Smolla (ed.). *A year in the life of the Supreme Court*. Durham, Duke University Press, pp. 181 y ss.
- Schwabe, Jürgen (2003). *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán* (Trad. Marcela Anzola Gil). Bogotá, Fundación Konrad Adenauer/Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Spranger, Tade Matthias: BVerGE 30, 173 – Mephisto. Die Freiheit der Kunst und der postmortale Ehrenschatz, en Menzel, Jörg (ed.) (2000). *Verfassungsrechtsprechung. Hundert Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive*. Tübinga, pp. 169- 174.
- Stone, Geoffrey et al. (1996). *Constitutional Law* (3 ed.). Boston, Little, Brown and Company, pp. 1073 y ss.
- Sunstein, Cass (1999). *The partial constitution*. Cambridge, Harvard University Press, capítulos 7 y 8.
- Tribe, Laurence (1998). *American Constitutional Law* (2 ed.). New York, The Foundation Press, capítulo 12, pp. 785 y ss.
- Uprimny, Rodrigo (1998). "La uni-diversalidad de los derechos humanos. Conflictos de derechos, conceptos de democracia e interpretación jurídica", en *Pensamiento Jurídico*, No. 9. Bogotá, Universidad Nacional.
- Wolfe, Christopher (1991). *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid, Civitas, pp. 249 y ss., y 339 y ss.
- Zagrebelsky, Gustavo (1995). *El derecho dúctil*. Madrid, Trotta, pp. 122 y ss.

3.3. Intervención judicial en cárceles¹

Juan Fernando Jaramillo^{*}

Rodrigo Uprimny^{**}

Diana Guarnizo^{***}

1 Este artículo fue elaborado con base en las intervenciones orales presentadas por los autores, el 11 de noviembre de 2005, en el marco de las “Jornadas académicas sobre la prisión en Colombia”, convocadas por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, la Universidad Nacional de Colombia y la Unión Europea. Este documento fue inicialmente publicado en *Foro Constitucional Iberoamericano*, No. 12, años 2005/2006.

* Profesor de la Universidad Nacional de Colombia y Miembro fundador del Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad - Dejusticia.

** Profesor de la Universidad Nacional y Director del Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad - Dejusticia.

*** Investigadora Asistente del Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad - Dejusticia.

*La cárcel no es un sitio ajeno al derecho.
Las personas reclusas en un establecimiento
penitenciario no han sido eliminadas de la sociedad.
La relación especial de sometimiento que mantienen
con el Estado no les quita su calidad de sujetos activos
de derechos.*

Corte Constitucional, sentencia T-596 de 1992,
M. P. Ciro Angarita Barón

Desde su invención, la cárcel ha sido un tema polémico. Mientras que algunos la defienden, como un paso en el proceso de humanización del derecho penal, en la medida en que permitió abandonar los suplicios y tormentos de épocas anteriores, otros la critican severamente, por su ineficacia y atrocidad, por lo cual proponen incluso su abolición.² Sin embargo, fuera de esas polémicas más teóricas, la condición concreta de las cárceles y la situación de las personas privadas de la libertad también suscita grandes discusiones, en especial en América Latina, en razón a los horrores que allí se viven.

Colombia no escapa a esas polémicas. Numerosos informes realizados por organizaciones gubernamentales y no gubernamentales³ han alertado sobre las pésimas condiciones de detención prevalentes en la mayoría de los centros de reclusión del país, caracterizadas entre otras cosas por un alto índice de hacinamiento, todo lo cual constituye un terrible panorama de violación a los derechos de los reclusos. Así, por ejemplo, en los últimos años las cárceles colombianas han registrado niveles escandalosos de hacinamiento.⁴ Dichos niveles han ge-

2 Para una presentación de esas visiones críticas, que fluctúan entre la lucha por la abolición de la cárcel y la reducción sustantiva de las penas privativas de la libertad, ver, entre otros, Baratta (1986), Martínez (1990) y Ferrajoli (1995, capítulo 31).

3 Ver Martínez, Tidball, Irigoyen (2001) y Defensoría del Pueblo (2003).

4 Ver infra numeral 6.

nerado situaciones dramáticas en los centros de reclusión: baños que son usados como dormitorios, socavones estrechos y sin ventilación donde duerme un gran número de reclusos, catres ubicados debajo de escaleras o sin un techo, entre otras. Estos escenarios conllevan inevitablemente a la vulneración de distintos derechos de los reclusos tales como el derecho a la vida, a la dignidad, a no sufrir tratos ni penas crueles, inhumanas o degradantes, a la salud, a la educación, al trabajo, a la igualdad, entre otros.

Pero eso no es todo; también existen debates sobre otros aspectos de las cárceles, como la relación que debe existir entre las atribuciones de las autoridades penitenciarias, para garantizar la seguridad y el orden de las prisiones, y los derechos fundamentales de los internos.

La grave situación que sufren los presos en las cárceles colombianas ha generado el reclamo de numerosos sectores por humanizar las condiciones de vida en estos centros. Sin embargo, pocas instituciones estatales han sido sensibles a esta problemática. A través de su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha tratado de intervenir en esta situación. Ella ha sido enfática en señalar que, si bien los reclusos están sometidos a un régimen especial de sujeción frente a las autoridades penitenciarias, los centros carcelarios no constituyen un espacio al margen del derecho. De esta manera, ha establecido que la cárcel —al igual que cualquier institución— debe estar regida por las disposiciones constitucionales.

La intervención de la Corte en materia carcelaria no ha estado exenta de críticas, y ha tenido tanto defensores como detractores. Quienes defienden su intervención sostienen que la Corte es una de las pocas instituciones que ha hecho algo por la situación de los reclusos, obligando a las autoridades competentes a que tomen medidas concretas para poner fin a la violación de sus derechos. De otro lado, quienes se oponen a la intervención aducen razones distintas. Unos consideran que la intervención de la Corte es ilegítima, por cuanto irrumpe en competencias que no le son propias e impide el adecuado funcionamiento de las prisiones, mientras que otros sostienen que la actuación de la Corte ha sido ineficaz, e incluso contraproducente para la población reclusa ya que legitima el contexto de la prisión.

Con base en este panorama, este artículo busca evaluar la intervención de la Corte Constitucional en las cárceles colombianas, con especial énfasis en el tema del hacinamiento carcelario, a fin de establecer los avances, límites y retos de dicha intervención. Para ello exploraremos dos vías: una que llamaremos *indirecta* y la otra *directa*.

Por la vía *indirecta* trataremos de determinar si la jurisprudencia constitucional ha tenido alguna incidencia en la determinación del número de personas que son sometidas a las condiciones de vida

carcelaria, con todas las consecuencias que de allí se derivan en materia de demanda de cupos carcelarios y de vulneración de los derechos de las personas en los centros de reclusión. Para ello estudiaremos la jurisprudencia de la Corte en tres temas que están estrechamente relacionados con el flujo de demanda carcelaria. Ellos son: la tipificación de delitos y penas, las condiciones para detenciones preventivas y las condenas penales. En efecto, las condiciones de vida en las cárceles y el hacinamiento son influenciadas directamente por la demanda y la oferta de cupos carcelarios. Mientras que la demanda hace referencia al número de personas que diariamente son enviadas a las cárceles y que por tanto requieren de un cupo que cumpla con unas condiciones mínimas de espacio y salubridad, la oferta se refiere al número de cupos que los centros de reclusión están en condiciones de ofrecer. En Colombia el tema del hacinamiento ha sido generalmente explicado por el aumento desmedido de la demanda carcelaria sin que exista un aumento equivalente en la oferta. La reducción del hacinamiento carcelario puede ser tratada a través de una política que, o bien, reduzca la demanda, o incremente la oferta, o que combine las dos variables.

El propósito de la primera parte de este artículo es determinar si, y en qué medida, la Corte ha tratado de intervenir en las condiciones de vida en la prisión y en el hacinamiento por vía de reducir la demanda carcelaria. Dado que en Colombia los centros penitenciarios y carcelarios son utilizados para recluir a personas a quienes se les ha proferido una sentencia penal en su contra o se les ha dictado una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, esta parte nos remite al estudio de la jurisprudencia de la Corte en los aspectos ya señalados. Dichos aspectos serán abordados en los numerales I, II y III respectivamente.

A continuación, en la segunda vía de exploración *directa*, haremos una presentación de aquellas decisiones que, a nuestro juicio, han ejercido una clara influencia en la vida cotidiana de las prisiones, y en particular en el hacinamiento carcelario. Esta intervención *directa* está relacionada no solo con las exigencias de una mayor oferta de cupos carcelarios, sino además con las condiciones materiales y jurídicas de las prisiones, a fin de respetar la dignidad humana de los internos.

Esta intervención directa de la justicia constitucional será evaluada en su alcance, límites y retos, a partir de una comparación con el caso norteamericano. Por esta razón, en los apartes restantes presentaremos la jurisprudencia de la Corte en relación con la vida cotidiana de las prisiones (IV), mostraremos la figura del Estado de Cosas Inconstitucional (V) y sus respectivas críticas (VI), ilustraremos la intervención judicial en las cárceles norteamericanas (VII) y de allí presentaremos

algunas enseñanzas para el caso colombiano (VIII). Al final expondremos unas breves conclusiones (IX).

I. La intervención de la Corte en la tipificación de los delitos y el señalamiento de penas

La primera fuente de ingreso de la población reclusa son las condenas penales. En efecto, de acuerdo con las cifras reportadas por el Inpec, para febrero de 2006, de una población total de 65.740 reclusos, 41.024 son condenados, es decir, alrededor del 62 %. Estas cifras muestran la relevancia de indagar por las causas legales o normativas que generan este gran número de condenados. Ahora bien, si los reclusos condenados adquieren dicha condición en razón de la comisión de un hecho que se encuentra tipificado por la ley penal, será relevante determinar si la Corte ha tenido alguna incidencia en la tipificación de los delitos y penas y, por esta vía, en el número de condenados y en los índices de hacinamiento carcelario. Veamos entonces cómo ha sido la intervención constitucional en este tema.

La Corte ha sostenido que en materia de tipificación de delitos y penas el legislador cuenta con un amplio margen de libertad para establecer las conductas punibles y determinar sus sanciones.⁵ Sin embargo, ello no implica que el legislador cuente con discrecionalidad absoluta en este tema. Por el contrario, su actuación está sujeta a una serie de limitaciones constitucionales. Inicialmente, la Corte señaló que esos límites estaban relacionados con los principios de legalidad, proporcionalidad y *ultima ratio*. Estos criterios fueron posteriormente ampliados al insertar los parámetros de respeto a los derechos fundamentales, y al orden constitucional y de los derechos humanos.⁶

Lo anterior le ha permitido a la Corte establecer espacios de acción claramente definidos que determinan el margen de libertad del legislador para tipificar los delitos y las penas. Así, aunque el legislador cuenta en principio con un amplio margen de libertad de configuración en este tema, la Corte en su jurisprudencia ha determinado tres espacios de acción para el legislador: i) espacios que el legislador no puede penalizar, ii) espacios donde puede hacerlo, siempre que cumpla con los límites constitucionalmente establecidos, y iii) ámbitos donde el legislador tiene el deber imperioso de penalizar.

5 Así, por ejemplo, en el caso de la bigamia, la Corte ha aplicado este principio para declarar la constitucionalidad tanto de la norma que penalizaba esta conducta (C-659 de 1997) como de la norma que derogaba dicha penalización (C-226 de 2002).

6 Ver al respecto las sentencias C-939 de 2002, C-916 de 2002 y C-070 de 1996.

1. Ámbitos de no interferencia del legislador

La Corte ha establecido la inconstitucionalidad de la tipificación penal de determinadas conductas, sobre la base de considerar que dicha tipificación vulnera un principio o un derecho constitucionalmente valioso, como el libre desarrollo de la personalidad o la vida digna. Aunque pocas, estas decisiones han generado amplias controversias, ya que generalmente involucran aspectos relacionados con la moral, que son muy sensibles ante la opinión pública.

Dos casos son especialmente ilustrativos de este tema. El primero es el presentado en la sentencia C-221 de 1994, que despenalizó el consumo de la dosis personal de drogas. En este caso fue demandado el artículo 2 de la Ley 30 de 1986, que establecía una serie de sanciones —entre ellas, el arresto— para quien fuera encontrado portando drogas en una cantidad un superior a la dosis personal. La Corte determinó que la penalización de esta conducta violaba, entre otros, los derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, establecidos en el artículo 16 constitucional.

Otro caso interesante de despenalización es el desarrollado en la sentencia C-239 de 1997, sobre eutanasia. En dicha sentencia, la Corte estudió la constitucionalidad de una norma del Código Penal —el artículo 326 del Código Penal de ese entonces, el Decreto 100 de 1980— que tipificaba el homicidio por piedad con una pena más leve que para el homicidio simple. Para el demandante, esta norma era inconstitucional, pues la levedad de la pena hacía que la norma se convirtiera casi en una “autorización para matar” a aquellas personas que se encuentran en mal estado de salud. En una reñida decisión, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de la norma, estableciendo que “en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada”. Además, decidió “exhortar al Congreso para que en el tiempo más breve posible, y conforme a los principios constitucionales y a elementales consideraciones de humanidad, regule el tema de la muerte digna”. Esta decisión fue interpretada como una despenalización del homicidio por piedad cuando medie la voluntad del sujeto pasivo.

2. Ámbitos de interferencia condicionada

En otros casos, que constituyen la mayor parte de la jurisprudencia existente, la Corte ha determinado que pese al amplio margen de configuración de que goza el legislador sobre la tipificación de los delitos y las penas, esta libertad no puede ser ejercida en forma arbitraria sino

que debe respetar ciertos principios. Estos principios son los de legalidad, proporcionalidad y necesidad o *ultima ratio*.

Sobre el *principio de legalidad* la Corte ha sostenido que, en materia penal, este principio no se agota con la definición previa de los hechos punibles, sino que también es necesario que las conductas punibles y las sanciones estén precisa y claramente descritas en la ley. Las conductas que conllevan sanciones penales deben ser descritas de forma clara, concreta y precisa (C-897 de 2005). A su vez, la indefinición o vaguedad en la descripción del tipo penal acarrea inevitablemente la declaración de inexecutable de la norma. Así, por ejemplo, en la sentencia C-205 de 2003 se declaró la inconstitucionalidad del artículo primero de la Ley 738 de 2002, que penalizaba a quienes comerciaran con autopartes usadas de vehículos automotores y no demostraran su procedencia lícita. En aquella ocasión, la Corte estimó que la norma violaba este principio, ya que para el ciudadano no era claro cuándo resultaba ilícito el comercio de estas mercancías, teniendo en cuenta que una persona puede desconocer el origen ilícito de la mercancía o extravíar la factura.

En otras decisiones, la Corte ha declarado la inconstitucionalidad de ciertos tipos penales considerando que no cumplían con el principio de legalidad anteriormente señalado. Así sucedió en la sentencia C-739 de 2000, donde se consideró que el artículo 6 de la Ley 422 de 1998, que tipificaba el delito de acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones, resultaba demasiado amplio y equívoco. Igualmente, en la sentencia C-559 de 1999, la Corte señaló que los tipos penales consagrados en los incisos primero y quinto del artículo 68 de la Ley 488 de 1998, que regulaban temas tributarios, eran normas muy ambiguas. De la misma manera, en la sentencia C-843 de 1999 se consideró que la Ley 491 de 1999, “por la cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones”, no predeterminaba claramente las conductas punibles, las sanciones y el procedimiento para imponerlas.

Con relación al *principio de proporcionalidad* que debe respetar el legislador como segundo límite a su potestad reguladora de los tipos penales, la Corte ha señalado que solo en aquellos casos de “desproporcionalidad manifiesta” es posible retirar del ordenamiento la disposición que fija una sanción penal (C-125 de 2003). Al respecto la Corte ha resaltado las dos facetas del juicio de proporcionalidad, para lo cual ha indicado que el legislador puede violar el principio de proporcionalidad tanto por exceso como por deficiencia en la sanción (C-125 de 2003). Además, la Corte ha sostenido que “para poder calificar una norma penal como manifiestamente desproporcionada por ser excesivamente gravosa es necesario identificar y sopesar en concreto los

bienes jurídicos que se enfrentan en la norma, así como definir en qué medida se ven afectados por ella”, lo cual supone un necesario balance entre los bienes jurídicos enfrentados (C-897 de 2005).

A partir de este criterio la Corte ha declarado la inconstitucionalidad de varias normas penales, por considerar que la sanción es excesivamente desproporcionada. Tal vez el primer antecedente de este criterio puede encontrarse en la sentencia C-542 de 1993, que revisó la constitucionalidad de varias normas de la Ley 40 de 1993, también conocida como la ley antisequestro. Uno de los artículos penalizaba distintas conductas dirigidas a pagar el dinero del rescate. Aunque explícitamente no se realizó un examen de proporcionalidad, la Corte consideró que resultaba excesivo sancionar penalmente a quienes accedan a pagar para obtener la liberación del secuestrado.

Asimismo, en la sentencia C-364 de 1996, la Corte declaró la inconstitucionalidad de distintas normas de la Ley 228 de 1995, “por la cual se determina el régimen aplicable a las contravenciones especiales y se dictan otras disposiciones”. Para la Corte dichas normas establecían un trato más gravoso para los investigados por contravenciones que para los sindicados de delitos, lo cual era violatorio de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Igualmente, en la sentencia C-430 de 1996 se declaró la inexecutable de un aparte del artículo 5 de la misma Ley 228 de 1995, que disponía que las personas condenadas por las contravenciones especiales establecidas en la ley no tenían derecho a la condena de ejecución condicional. La Corte encontró que este precepto era inconstitucional, pues daba el mismo trato punitivo a los contraventores y a aquellos que habían cometido delitos de especial gravedad, como el homicidio y el secuestro. También en la sentencia C-746 de 1998 se declaró la inconstitucionalidad de dos expresiones contenidas en los incisos primero y tercero del artículo 28 de la mencionada Ley 228 de 1995, pues establecían un trato más gravoso para los acusados por la contravención especial de hurto agravado que para los juzgados por el delito del mismo nombre.

Además del principio de legalidad y proporcionalidad, la Corte ha aplicado el *principio de necesidad o ultima ratio* como límite a la facultad de configuración punitiva del legislador. Este principio “se materializa a través de la exigencia de que la sanción punitiva sea la *ultima ratio*, es decir, que solamente se acuda a ella cuando los demás instrumentos han demostrado no ser idóneos para proteger un bien jurídico fundamental” (C-897 de 2005). Aunque en varias oportunidades la Corte ha reiterado que la penalización debe constituir la *ultima ratio*, no se encuentran sentencias en las cuales se haya considerado que este criterio

era suficiente, por sí mismo, para determinar la inconstitucionalidad de una norma.

Por ejemplo, en la sentencia C-897 de 2005 se declaró la inconstitucionalidad del artículo 12 de la Ley 890 de 2004, que penalizaba al asistente en audiencia que se negara deliberadamente a cumplir las órdenes del juez o magistrado. La Corte encontró que la norma no estaba dirigida a sancionar aquellos actos graves que impidieran el normal desarrollo del procedimiento penal —por cuanto ellos se hallaban regulados por otra norma—, sino aquellas conductas menores que no afectaban gravemente el proceso. Por eso, la penalización de este tipo de conductas resultaba excesiva y violatoria del principio de *ultima ratio*. Sin embargo, allí mismo se señaló que dado al amplio margen de configuración normativa que tiene el legislador en materia penal, este principio solo puede ser aplicado de materia excepcional. Efectivamente, en este mismo caso también fueron aplicados los principios de legalidad y proporcionalidad, para justificar la inconstitucionalidad de la norma, mientras que el principio de necesidad fue aplicado subsidiariamente.

3. Ámbitos obligatorios de punición

En un tercer nivel de limitación a la libertad de configuración legislativa, la Corte ha sostenido que el legislador tiene un deber constitucional de penalizar determinadas conductas. En estos casos, la Corte ha eliminado exenciones a la pena, ha ampliado el ámbito de conductas cubiertas por un tipo penal y ha tomado decisiones que tienen como resultado el incremento de las penas.

Por lo general, en estos casos la Corte ha apelado a los principios y derechos constitucionales, y a los tratados internacionales de derechos humanos, para fundamentar la limitación de la facultad normativa del legislador. En este sentido, la Corte ha señalado que su intervención se justifica en los casos en que la acción del legislador “sacrifique los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales, los derechos fundamentales y [...] las normas internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad” (sentencia C-148 de 2005).

En la mayoría de estos casos, la intervención de la Corte ha implicado la tipificación de ciertas conductas que se encontraban excluidas de la sanción penal. Generalmente, la intervención de la Corte consiste en declarar la inconstitucionalidad de aquellas normas o expresiones que al agregar determinados requisitos al tipo penal terminaban por reducir su ámbito de aplicación. Con ello la Corte incluye dentro del marco de punición conductas que el legislador expresamente había excluido.

Uno de los primeros casos se presentó en 1997, cuando la Corte, a través de la sentencia C-456, declaró la inconstitucionalidad del artículo 127 del Decreto 100 de 1980, “Por medio del cual se expide el Código Penal”. Este artículo excluía de la pena a los rebeldes o sediciosos respecto de aquellos hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyeran actos de ferocidad, barbarie o terrorismo. La Corte consideró que este artículo establecía una amnistía general, anticipada e intemporal, incompatible con la Carta. A través de esta decisión, la Corte determinó que debían ser penalizados los delitos conexos cometidos con ocasión de la rebelión o la sedición.

Otro ejemplo donde la Corte interviene con el fin de ampliar el espacio de tipificación de una conducta lo constituye el delito de genocidio. En la sentencia C-177 de 2001, la Corte se pronunció para declarar la inexecutable de un aparte del artículo 322A de la Ley 589 de 2000, que condicionaba la incriminación punitiva de la conducta de genocidio a la circunstancia de que el grupo nacional, étnico, racial, político o religioso cuya destrucción se persigue, “actúe dentro del margen de la ley”. La Corte consideró que el condicionamiento que insertaba la norma era contrario a la normatividad internacional, puesto que excluía de la sanción a los que realizaran esta conducta contra miembros de grupos que actuaran por fuera de la ley, a pesar de que la normatividad internacional no había distinguido en este aspecto.⁷

Algo similar ocurrió en la sentencia C-148 de 2005. En esa oportunidad, la Corte decidió declarar la inconstitucionalidad del vocablo “graves”, contenida en los artículos 137 y 178 de la Ley 599 de 2000 que tipificaban el delito de tortura en persona protegida y el delito de tortura simple. Dicha expresión calificaba las conductas típicas señalando que se cometía acto de tortura siempre que se “inflija a una persona dolores o sufrimientos graves”. Para la Corte, este calificativo —grave— resultaba excesivo, por cuanto insertaba un requisito que no aparece consagrado en la definición de este acto contenida en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, ni en el artículo 12 constitucional.

Igualmente, a través de la sentencia C-317 de 2002 la Corte declaró la inexecutable de la expresión “perteneciendo a un grupo armado

7 En la sentencia C-148 de 2005, la Corte declaró la constitucionalidad de un aparte del artículo 101 de la Ley 599 de 2000 que establecía una serie de incrementos punitivos para quien hubiere ocasionado una “lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo”. La Corte consideró que la expresión “grave” no era contraria a la normatividad internacional en materia de genocidio ya que el interés de la norma no era el de proteger cualquier tipo de lesión a los miembros de un grupo —conducta que ya se encuentra regulada en otra norma— sino, más bien, proteger aquellas afectaciones “graves” a este grupo.

al margen de la ley”, consagrada en el inciso primero del artículo 165 de la Ley 599 de 2000, que tipificaba el delito de desaparición forzada. Para la Corte, esta expresión era inconstitucional, porque reducía significativamente el sentido y alcance de la protección general contenida en el artículo 12 de la Carta Política, en tanto que el sujeto activo allí determinado excluía la posibilidad de que otras personas pudieran realizar el supuesto fáctico penalizado en la norma.⁸

Por otra parte, la Corte ha ampliado la posibilidad de persecución de algunos delitos al exceptuarlos de ciertos requisitos para su investigación, cuando presumiblemente fueron cometidos contra niños. Es así como en la sentencia C-459 de 1995 se declaró la exequibilidad condicionada del artículo 33 del Decreto 2700 de 1991, modificado por el artículo 2 de la Ley 81 de 1993, que establecía la querrela de parte como condición de procedibilidad de ciertos delitos, dentro de los que se encontraban la inasistencia alimentaria, el incesto, el acceso carnal mediante engaño y el acto sexual mediante engaño, entre otros. La Corte determinó que dicho artículo era constitucional “siempre que se entienda que los delitos que allí se enuncian y que se cometan contra menores, no quedan sujetos, como condición de procesabilidad, a la formulación de la respectiva querrela”. En el mismo sentido, en la sentencia C-113 de 1996, se declaró exequible el artículo 267 del Decreto 100 de 1980, que establecía la querrela de parte para ciertos delitos, “siempre que se entienda que dicha disposición no se aplica cuando en los delitos a los que se refiere, aparezca como sujeto pasivo un menor”.

Finalmente, a través de la aplicación del principio de igualdad, la Corte ha ampliado el campo de aplicación de un tipo penal. Así, en la sentencia C-125 de 1996, la Corte declaró la inexequibilidad de la expresión “Cuando se trate de un parentesco natural de consanguinidad, la acción penal se limitará a padres e hijos”, contenida en el artículo del Código Penal que tipificaba el delito de inasistencia alimentaria.⁹ La Corte determinó que dicha expresión era inconstitucional, toda vez que, limitaba la acción penal a los padres e hijos extramatrimoniales, con exclusión de los ascendientes y descendientes de los demás grados. Para la Corte, dicha exclusión era contraria al principio de igualdad, y

8 Para la Corte, los sujetos activos que podían ser excluidos de la aplicación de la pena por causa de esta expresión eran: “i) El particular que no pertenezca a ningún grupo. Es decir, quien realiza el hecho punible individualmente o *motu proprio*, ii) el particular que pertenezca a un grupo que no sea armado, y iii) el particular que pertenezca a un grupo armado pero que no se encuentre al margen de la ley” (sentencia C-317 de 2002).

9 Se trataba de la expresión contenida en el inciso segundo del artículo 263 del Decreto-Ley 100 de enero 23 de 1980 o Código Penal.

en especial a la prohibición de realizar discriminaciones en razón del origen familiar.

La aplicación del principio de igualdad ha conducido también, en varias ocasiones, a aumentar el monto de la pena fijada para una conducta delictiva. Ello ha ocurrido cuando la Corte ha constatado que dos normas semejantes contienen diferencias en cuanto al castigo de una conducta. Por lo general, en estos casos la Corte ha ordenado equiparar el monto de las penas, para lo cual ha optado por poner las dos al nivel de la sanción mayor.

Así sucedió en la sentencia C-285 de 1997, que trató sobre el artículo 25 de la Ley 294 de 1996, que consagraba el delito de violencia sexual entre cónyuges. El artículo establecía una sanción que era menor que la dispuesta para el delito de acceso carnal común. La Corte consideró que esta diferenciación era desproporcionada, por cuanto establecía diferenciaciones punitivas entre dos conductas que merecían el mismo reproche. Por lo tanto, declaró la inexecutable del artículo, con lo cual el delito de acceso carnal común —y la pena para él establecida— pasaron a ser aplicados también a los casos de violencia sexual entre cónyuges.

Igualmente, en la sentencia C-538 de 1997, la Corte ordenó equiparar el monto de una pena contenida en el Código Penal Militar al establecido en un tipo penal semejante del Código Penal ordinario. El artículo en cuestión establecía que “el que con ocasión del servicio o por causa de este o de funciones inherentes a su cargo matare a otra persona” recibiría una pena determinada, que era ostensiblemente menor que la contemplada para el delito de homicidio simple en el Código Penal ordinario. La Corte consideró que este tipo penal era similar al del homicidio simple y que la condición de militar o civil no implicaba ninguna diferencia relevante. Con base en ello, decidió condicionar la constitucionalidad del artículo, bajo el entendido de que la pena imponible era la contenida en las normas equivalentes del Código Penal ordinario y no la originalmente establecida en el Código Penal Militar.

Un último caso relevante en este aspecto es el de la sentencia C-247 de 2004, en donde la Corte declaró la inconstitucionalidad de un inciso contenido en el Código Penal¹⁰ que establecía una sanción punitiva mayor “cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor de catorce (14) años”. La Corte declaró la inconstitucionalidad de la expresión “de catorce años”, considerando que dicha expresión establecía una diferencia de trato entre los menores de 14 y los menores de 18 años, que resultaba ilegítima, por cuanto los artículos 44 y 45 de

10 El aparte demandado era el inciso segundo del artículo 233 de la Ley 599 de 2000, “por la cual se expide el Código Penal”.

la Constitución establecen una protección equivalente para los niños y los adolescentes.

Un análisis global de la jurisprudencia de la Corte en materia de tipificación de delitos y penas refleja resultados contradictorios en el flujo de condenados. De un lado, la intervención de la Corte ha tenido un efecto restrictivo de la libertad configurativa del legislador, al declarar la inconstitucionalidad de diversos tipos penales, ya sea porque existía el deber constitucional de no penalización o porque el legislador ha excedido los límites de proporcionalidad y legalidad. Sin embargo, de otro lado, también es cierto que la intervención de la Corte ha tenido un efecto expansivo, pues son varios los casos donde la Corte ha ampliado los niveles de tipificación y penalización a circunstancias que el legislador no había contemplado previamente.

Esta contrariedad en los resultados de intervención de la Corte, permite evidenciar que no existe un claro compromiso de esta por reducir el ingreso de reclusos a través de la tipificación de delitos y penas. La intervención de la Corte en este tema, no parece tener una clara incidencia en la ampliación o reducción del flujo de personas condenadas y, por ende, de los niveles de población carcelaria. En su jurisprudencia la Corte no se compromete con un régimen penal mínimo sino que se limita a constatar que el legislador no haya excedido el marco de actuación que le impone la Constitución.

II. La intervención de la Corte sobre las medidas de detención preventiva

La segunda fuente de ingreso carcelario son las medidas de aseguramiento. Esta figura ha sido utilizada recurrentemente como un mecanismo para asegurar la presencia del sindicado a juicio. Ha sido tal la popularidad de esta medida entre jueces y fiscales, que buena parte de la población carcelaria se encuentra recluida bajo esta figura.¹¹ Por ello, algunas de las propuestas para reducir el hacinamiento carcelario hacen referencia a la necesidad de suprimir esta medida (Ariza, 2005).

En relación con este tema, se observa que la Corte se ha abstenido de pronunciarse sobre decisiones concretas de detención preventiva dictadas dentro de los procesos penales. En este campo, la Corte se ha limitado a establecer de manera abstracta, a través de sus sentencias de constitucionalidad, los parámetros constitucionales a los que debe

11 De acuerdo con las estadísticas del Inpec, para febrero de 2006, de un total de 65.740 personas recluidas, 24.716 (alrededor del 37 %) eran sindicadas. Aunque este porcentaje es bajo si se le compara con los índices presentados en años anteriores, sigue siendo muy importante.

ceñirse la aplicación de estas medidas. En sus pronunciamientos, la Corte ha insistido en señalar la excepcionalidad de la detención preventiva, declarando la inconstitucionalidad de normas que impiden o establecen requisitos excesivos para la obtención de la libertad provisional.

Así, por ejemplo, en la sentencia C-213 de 1994 la Corte declaró la inconstitucionalidad de una norma¹² que establecía que para el delito de secuestro “la libertad provisional solo podrá concederse por pena cumplida”. La Corte consideró que era excesiva y contraria a la Constitución, “una norma que permita detener indefinidamente, y por muchos años, a una persona sindicada de la comisión de un delito, sin que contra ella se haya dictado sentencia condenatoria, y ni siquiera resolución acusatoria”.

Asimismo en la sentencia C-300 de 1994 la Corte declaró la inconstitucionalidad del Decreto 874 de mayo 1° de 1994, “por el cual se declara el Estado de Conmoción Interior”, que tenía por objeto impedir que un amplio grupo de personas pudieran obtener la libertad provisional. El caso de grave perturbación del orden público que motivó su expedición era la inminente, indiscriminada y masiva liberación de cerca de 724 personas sindicadas por delitos graves —narcotráfico y terrorismo, entre otros— que podrían verse favorecidas con la libertad provisional por el vencimiento de términos legales.¹³ La Corte consideró que el Gobierno no había mostrado que existiera una conexión entre la sindicación de una persona por la comisión de un delito y su capacidad de alterar el orden público, por lo cual, vulneraba la presunción de inocencia, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, la libertad personal y la naturaleza del estado de conmoción interior, suspender el otorgamiento de la libertad a esas personas detenidas, cuando se habían vencido los términos para su privación de libertad, y sin que existieran elementos objetivos e individualizados de que algunos de ellos representaban riesgos reales de alterar el orden público.

Recientemente, la Corte señaló los criterios generales que rigen la expedición de las medidas de detención preventiva. En la sentencia C-774 de 2001 la Corte sostuvo que la detención preventiva no resulta contraria a la presunción de inocencia y es compatible con la

12 Se trata del artículo 15 de la Ley 40 de 1993, “Por la cual se adopta el Estatuto nacional contra el secuestro y se dictan otras disposiciones”.

13 La libertad provisional podría darse por vencimiento del término establecido en el párrafo transitorio del artículo 55 de la Ley 81 de 1993. De acuerdo con este artículo, “el término máximo de detención sin que se hubiere calificado o vencido el término para presentar alegatos en el juicio, según el caso, será de seis meses contados a partir de la fecha de su sanción”. Según el Fiscal General, estas actuaciones no pudieron ser cumplidas por los Fiscales y Jueces Regionales competentes en el tiempo estipulado, dado que su capacidad de respuesta estaba saturada.

Constitución, pero que, sin embargo, debía conservar un carácter preventivo y excepcional. En relación con los criterios para su emisión, en esta providencia se determinó que la figura de la detención preventiva solo puede operar una vez cumplidos los tres requisitos exigidos por la Constitución para la restricción de la libertad personal: a) que exista mandamiento escrito de autoridad judicial competente; b) que se expida con observancia de las formalidades legales y c) que se ajuste a los motivos previamente definidos por la ley. También dispuso que las medidas de aseguramiento debían cumplir con dos tipos de requisitos: los *formales*, referidos a aspectos tales como que la medida debe ser emitida mediante providencia interlocutoria, que debe contener la indicación de los hechos que se investigan, la calificación jurídica y los elementos probatorios que sustentan la adopción de la medida; y los *sustanciales*, mediante los cuales se exige para su adopción la existencia de por lo menos dos indicios graves, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.

Además de estos límites, la Corte dispuso un criterio adicional, consistente en que quien haya de decretar la detención preventiva debe sustentar su decisión de acuerdo con las “finalidades constitucionalmente admisibles para la misma”. Dichas finalidades pueden consistir en asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores, impedir la continuación de la actividad delincriminal —proteger a la comunidad— preservar las pruebas, entre otras. Con base en estas consideraciones, la Corte concluyó que la norma que regulaba las medidas de aseguramiento era constitucional, pero “bajo el entendido de que, la procedencia general de la detención preventiva, está sujeta a que en cada caso concreto se valore la necesidad de la misma en atención a los fines que le son propios, de acuerdo con la Constitución y con la ley, en los términos de esta providencia”. Además, se estableció que la duración de la medida debe ser razonable, de manera que no reemplace el término de duración de la pena.

Del análisis en este punto es posible concluir que, al igual que en materia de tipificación de delitos y penas, la Corte se abstiene de incidir en la reducción de la población carcelaria a través de la regulación de la medida de detención preventiva. En el control abstracto, la Corte se abstiene de suprimir la figura reconociendo su constitucionalidad y se limita a intervenir solo para establecer las exigencias constitucionales abstractas para dictar dicha medida. En los casos concretos, la Corte se abstiene de conocer medidas precisas de jueces y fiscales y solo se limita a intervenir en aquellos casos extremos en donde la medida pierde su carácter preventivo y excepcional. Con ello, la Corte actúa respetuosa de las competencias del legislador y de otros miembros de la rama, sin tomar partido por una política carcelaria específica.

III. La intervención de la Corte sobre las condenas penales

Las condenas penales constituyen una fuente de ingreso carcelario. Es posible entonces que el juez constitucional pueda llegar a incidir en el flujo de demanda carcelaria, ya que la declaratoria de nulidad de una sentencia obligaría a la libertad del sindicado. De allí que la jurisprudencia de la Corte en condenas penales constituya el tercer tema de examen en la revisión de decisiones jurisprudenciales con incidencia en el flujo de demanda carcelario.

En este punto, al igual que en la tipificación de delitos y penas y en la expedición de medidas de aseguramiento, la Corte ha asumido una actitud deferente en relación con las providencias penales dictadas en casos concretos. En realidad, no son muchos los casos en los que la Corte ha conocido de tutelas que tuvieran como objeto debatir una sentencia condenatoria penal. Se puede advertir que, desde el mismo momento en que se escogen las tutelas para revisión, la Corte ha sido cautelosa en la selección de este tipo de procesos. Además, en la mayor parte de los casos seleccionados la Corte ha indicado que la tutela resulta improcedente ya que existen otros recursos judiciales como la apelación o la casación.¹⁴

En aquellos casos seleccionados y que no resultan improcedentes, la Corte ha mantenido un criterio restrictivo para declarar la existencia de una vía de hecho en dichas sentencias. En realidad, son pocos los casos en los que la Corte ha aceptado la existencia de vías de hecho en sentencias penales. En especial, la Corte ha sido muy deferente con los jueces de instancia en lo relacionado con la valoración de las pruebas y con la interpretación de la ley.¹⁵

En general, la intervención de la Corte en causas penales se ha limitado a aquellos casos extremos en donde el proceso o la sentencia conllevan una violación flagrante de los derechos y garantías constitucionales. De esta manera, la Corte ha intervenido para proteger el derecho a la libertad de personas que habían sido condenadas con base en actuaciones manifiestamente injustificadas. Así, por ejemplo, en la sentencia T-659 de 2005 la Corte decidió proteger el derecho a la libertad de una persona condenada por el asesinato de un niño. La Corte afirmó que se había demostrado que el autor del crimen era otra persona y

14 Por ejemplo, ver sentencia T-466 de 2002, donde se señala la improcedencia de la acción de tutela por existencia de otras acciones judiciales.

15 Ver por ejemplo, la sentencia T-169 de 2005 en donde la Corte rechaza la posibilidad de considerar como vía de hecho una interpretación normativa del juez de primera instancia.

que, pese a ello, la justicia ordinaria no había procedido a conceder la libertad inmediata del actor. Igualmente, en la sentencia T-749 de 1999 se tuteló el caso de una persona condenada por la justicia penal, quien alegaba ser un homónimo de la persona realmente involucrada en los hechos investigados. A pesar de que el condenado solicitaba insistentemente al Tribunal que se pronunciara sobre el caso de homonimia el Tribunal se negó a hacerlo. La Corte ordenó al Tribunal que se pronunciara de fondo sobre el caso y que, de comprobarse que se trataba de un homónimo, ordenara su inmediata liberación.

La Corte también ha intervenido en casos concretos para proteger las garantías relacionadas con el debido proceso, en especial con el derecho a la defensa y el principio de la no *reformatio in pejus*. En relación con el derecho a la defensa, la Corte ha tutelado este derecho en aquellos casos donde no se habían notificado las providencias interlocutorias proferidas dentro del proceso penal. Un caso en este sentido es el que aparece en la sentencia SU-014 de 2001, en el cual una persona detenida no fue notificada de un proceso en su contra y, sin posibilidad de ejercer su derecho a la defensa, terminó siendo condenada. La Corte declaró la nulidad de la sentencia condenatoria emitida en su contra, así como de todas las actuaciones realizadas desde la declaración de persona ausente. Además, ordenó a la Fiscalía rehacer todas las actuaciones anuladas.

Asimismo, la Corte ha intervenido para hacer valer el principio de la no *reformatio in pejus*, en aquellos casos en donde el juez de segunda instancia termina agravando la condena del apelante único alegando que da cumplimiento al principio de legalidad. Desde sus primeras sentencias, la Corte ha sostenido que el principio de la no *reformatio in pejus* debe ser respetado por el juez de segunda instancia, incluso cuando el juez de primera haya incurrido en un error, pues si el Estado a través del fiscal “no consideró el error o fue negligente en el ejercicio de su función, tal apreciación u omisión no puede subsanarla el *ad quem*” (SU-327 de 1995).¹⁶ Por esta vía la Corte ha declarado la nulidad de varias sentencias de los tribunales de instancia, en sentencias que han resultado muy controvertidas, ya que van en contravía de la interpretación de la Corte Suprema de Justicia, que le ha dado prioridad al principio de legalidad.

En los tres aspectos analizados, tipificación de delitos y penas, medidas de aseguramiento consistente en detención preventiva y condenas penales, al análisis de la jurisprudencia muestra que la Corte ha asumido una actitud poco intervencionista. En general la Corte ha sido

16 Al respecto ver las sentencias T-741 de 2000 y T-1186 de 2003. Especialmente las sentencias de unificación: SU-1722 de 2000 y SU-1299 de 2001 en donde se consolidan los argumentos de esta tesis.

respetuosa de las competencias del legislador y de los jueces pues ha reconocido el amplio poder de configuración normativa de que dispone el legislador en la tipificación de delitos y penas, y la capacidad de interpretación de los jueces para decidir sobre las normas y hechos del caso concreto. Las limitadas intromisiones en estos temas han sido para adecuar la normatividad a los preceptos constitucionales, como en el caso de la tipificación de delitos y penas en donde la Corte emitió diversas órdenes extendiendo, reduciendo o condicionando el campo de punición; o para proteger los derechos fundamentales en casos de extrema vulneración, como sucede con las condenas penales en donde la Corte ha intervenido en aquellos reducidos casos donde los principios de debido proceso y no *reformatio in pejus* han sido desconocidos.

La intervención de la Corte, algunas veces limitada —en aspectos como las medidas de aseguramiento y las condenas penales— y otra veces dispar —como en el caso de la tipificación de delitos y penas— muestra que, si bien la actuación de la Corte puede tener algún efecto en el flujo de demanda carcelaria, no es este un efecto importante, directo o querido de la jurisprudencia constitucional. En los aspectos estudiados la Corte se ha limitado a proteger las garantías constitucionales mínimas frente a los casos de vulneración más flagrante sin tomar partido por una política penitencial o carcelaria específica.

Ahora bien, nuestras reflexiones anteriores no implican una crítica a la labor de la Corte pues es difícil que esta sea muy distinta en este campo. Una intervención más profunda que obligara al legislador a prescindir de las medidas de aseguramiento dentro de su política penitenciaría y carcelaria o que impusiera decisiones específicas en casos concretos a jueces y fiscales supone una injerencia excesiva en las competencias propias de estas autoridades.

De esta manera no es en los aspectos estudiados —tipificación de delitos y penas, medidas de aseguramiento y condenas penales— donde debemos buscar una incidencia importante de la Corte en el tema del hacinamiento. Como veremos a continuación, la influencia de la Corte en las cárceles colombianas se ha llevado a cabo a través de decisiones, especialmente de tutela, que buscan incidir en la vida cotidiana de las prisiones y en el hacinamiento carcelario, no tanto por la vía de reducir la demanda, sino más bien, obligando al aumento de la oferta en cupos penitenciarios y buscando una mejoría de la vida interna de los centros de privación de la libertad.

IV. La intervención de la Corte en la vida cotidiana en las prisiones

Como ya vimos, la influencia de la Corte en la reducción de la demanda carcelaria ha sido indirecta. Sin embargo, ello no quiere decir que la Corte no haya intervenido de forma alguna en las condiciones de vida en las cárceles colombianas y en el hacinamiento carcelario. Al contrario, la actuación de la Corte ha sido fundamental en estos aspectos. A continuación mostraremos cómo ha sido el desarrollo de dicha intervención, para posteriormente evaluar sus bondades, límites y retos.

En concreto, la Corte ha intervenido en materia carcelaria con decisiones relativas a dos temas: vida cotidiana en prisiones y hacinamiento carcelario. En lo relacionado con el primer tema, por medio de su actuación la Corte ha tratado de asegurar condiciones de vida digna para los reclusos, en un ambiente caracterizado por el hacinamiento y la reiterada violación de los derechos.

En su jurisprudencia, la Corte ha determinado que la relación del Estado con los reclusos constituye una “relación especial de sujeción”,¹⁷ de acuerdo con la cual el recluso está sujeto a un régimen jurídico especial, caracterizado porque el Estado puede restringir y modular sus derechos y obligaciones de una manera más intensa. De esta forma el recluso queda cobijado en varios aspectos por la acción de la organización administrativa.

La Corte ha señalado que de la relación especial de sujeción se derivan las siguientes consecuencias jurídicas para los derechos fundamentales de los reclusos:

- (i) La posibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales de los reclusos (intimidad, reunión, trabajo, educación).
- (ii) La imposibilidad de limitar el ejercicio de ciertos derechos fundamentales (vida, dignidad humana, libertad de cultos, debido proceso, hábeas data, entre otros).
- (iii) El deber positivo en cabeza del Estado de asegurar el goce efectivo, tanto de los derechos no fundamentales como de los fundamentales, en la parte que no sea objeto de limitación cuando la misma procede, y en su integridad frente a los demás, debido a la especial situación de indefensión o de debilidad manifiesta en la que se encuentran los reclusos.
- (iv) El deber positivo en cabeza del Estado de asegurar todas las condiciones necesarias que permitan a su vez condiciones adecuadas para la efectiva resocialización de los reclusos (sentencia T-490 de 2004).

17 En su jurisprudencia, la Corte utilizó por primera vez este término en la sentencia T-596 de 1992 para referirse a las relaciones existentes entre la administración carcelaria y la población reclusa. Ver también las sentencias T-705 de 1996 y T-153 de 1998.

Con la adopción de esta teoría, los derechos de los reclusos han sido ordenados por la Corte en tres regímenes distintos: i) derechos suspendidos o absolutamente limitados, como la libertad personal y de circulación; ii) derechos restringidos, como la libertad de expresión, de reunión, intimidad personal y familiar; y iii) derechos no restringibles, como el derecho de petición y los derechos a la vida, la integridad personal, la salud, la libertad religiosa y al debido proceso, entre otros.

La Corte ha establecido que, en uso de sus facultades, la administración penitenciaria puede limitar distintos derechos fundamentales de los internos, siempre que sea con el fin de lograr el cumplimiento de los fines de la pena y de la relación carcelaria — la resocialización, y la conservación del orden, la disciplina y la convivencia—. Además, ha indicado que aunque la ley faculta a la Administración para desarrollar una serie de acciones, para lo cual cuenta con un margen de discreción para poder tomar las medidas pertinentes, su actividad debe estar siempre sujeta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, para no incurrir en arbitrariedad.

También ha expresado la Corte que la administración tiene obligaciones especiales respecto de los reclusos. Así, dado que los reclusos se encuentran en situación de debilidad manifiesta para poder satisfacer muchas de sus necesidades primarias, el Estado adquiere la obligación especial de garantizarles el goce de los derechos que no han sido suspendidos. Es decir, que la administración no solo está comprometida a no vulnerar esos derechos, sino que además adquiere la obligación de satisfacerlos, so pena de comprometer su responsabilidad.

Algunos han criticado a la Corte por haber acogido la doctrina de la relación especial de sujeción. Al respecto han manifestado que este concepto de la relación de sujeción especial ya fue superado en muchos lugares. Destacan en este sentido que el Tribunal Constitucional Federal alemán dictó una sentencia en la que reprochó el uso de esta categoría en las instituciones carcelarias.

El Tribunal Constitucional Federal se ocupó del punto de la “especial relación de poder” (*besonderes Gewaltverhältnis*) en la sentencia BVGE 33,1, dictada el 14 de marzo de 1972. La sentencia se originó en un recurso de amparo presentado por un recluso al que le había sido controlada su correspondencia, con base en el reglamento de prisiones acordado por los ministros de justicia de los *Länder*. Las autoridades carcelarias observaron que una carta del interno contenía comentarios y expresiones insultantes contra el director de la cárcel. Además, en la carta se manifestaba que los guardias saqueaban los paquetes de Navidad enviados a los reclusos. En vista de ello, la dirección de la cárcel decidió suprimir los apartes problemáticos de la correspondencia, luego de lo cual la carta siguió su rumbo.

Para el Tribunal Constitucional el concepto de la “especial relación de poder” establecía una limitación implícita de todos los derechos de los internos, lo cual generaba una indeterminación inaceptable acerca de la posibilidad de restringir sus derechos. Ciertamente, algunos derechos fundamentales de los reclusos se encuentran limitados o suspendidos, en razón de la esencia y fin de la pena de prisión impuesta. Sin embargo, dichas restricciones solo podían realizarse con base en una autorización legal. Por lo tanto, el Tribunal concluyó que debía dictarse una ley que regulara la limitación de los derechos de los internos, aun cuando eso no significaba que debía renunciarse a las cláusulas generales.

En consecuencia, en el caso en mención el Tribunal determinó que se había vulnerado la libertad de expresión del actor, pues la limitación de los derechos de los reclusos procede solamente cuando es indispensable para alcanzar un fin que está en armonía con la Ley Fundamental, es decir, cuando se requiere para asegurar la ejecución de la pena en forma ordenada, para lo cual debe atenderse al sentido y el propósito de la pena.¹⁸

Ciertamente, la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional Federal puso fin a la aplicación de la doctrina de la “especial relación de poder” en los centros carcelarios de Alemania. Sin embargo, lo real es que el contenido de la categoría de la “relación de especial sujeción” que utiliza la Corte Constitucional no tiene nada en común con la doctrina alemana de la “especial relación de poder”, más allá de la semejanza en su denominación. La Corte Constitucional colombiana ha aplicado el concepto de la “relación especial de sujeción” para denominar el marco normativo especial que rige las relaciones entre los reclusos y la administración, pero a la vez ha determinado que los derechos de los reclusos solamente pueden ser restringidos de acuerdo

18 La doctrina sobre la relación especial de sujeción se derivaba del siglo XIX, de la época de la monarquía constitucional. De acuerdo con ella, la relación entre algunos ciudadanos y el Estado debía regirse por deberes especiales de lealtad y obediencia, pues constituía una expresión de las relaciones dentro de la administración. Por lo tanto, se consideraba que en ese ámbito no tenían vigencia el principio de la reserva de la ley ni los derechos fundamentales, y que las medidas dictadas dentro de él no eran susceptibles de control judicial. Esta categoría se aplicaba fundamentalmente a los empleados públicos, a los soldados, a los estudiantes en las escuelas públicas y a los reclusos. Más acerca de la doctrina sobre la relación especial de sujeción y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre ella en Marc Spitzkat: BVerGE 33,1 – Strafgefangene. Der beleidigte Gefängnisdirektor und das Ende des besonderen Gewaltverhältnisses, en: Jörg Menzel (ed.). *Verfassungsrechtsprechung. Hundert Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive*. Tubinga, 2000, pp. 190-194; Konrad Hesse. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg, 1991, 18a. ed., pp. 136 ss.; Dieter Schmalz. *Grundrechte*. Baden-Baden, 1991, 2a. ed., pp. 69 y ss., 22.

con la ley, ha establecido una tipología diferenciada de los derechos de los internos —distinguiendo entre los que se suspenden, los que se restringen y los que no pueden ser restringidos— y ha afirmado el principio de que la cárcel no es un lugar al margen del derecho y que, por lo tanto, las actuaciones de las directivas carcelarias son objeto del control judicial. Todos estos elementos permiten asegurar que la categoría utilizada por la Corte Constitucional no puede asimilarse a la que fue rechazada en su momento por el Tribunal Constitucional Federal alemán.

En sus sentencias, la Corte ha perseguido asegurar unas condiciones de vida medianamente dignas en los centros de reclusión. Por eso, en relación con cada derecho la Corte ha determinado unas condiciones mínimas de protección, así:

- Sobre el derecho a la vida la Corte ha determinado que se deben ofrecer lugares y condiciones de reclusión especiales a los defensores de derechos humanos (T-590 de 1998), a los agentes de policía (T-247 de 1996 y T-153 de 1998) y a los condenados por delitos contra la dignidad y el honor sexuales (T-958 de 2002), dada la situación especial de riesgo en que se encuentra su vida. La Corte ha establecido que en relación con la vida de los internos el Estado tiene una obligación de resultado, consistente en impedir de manera real y efectiva cualquier tipo de agresión que la amenace, bien sea que la amenaza provenga de otros reclusos, de terceros particulares o de agentes del Estado (T-958 de 2002).
- En relación con el mínimo vital y la integridad personal, la Corte ha asegurado que los reclusos tienen derecho a una alimentación balanceada y de buena calidad,¹⁹ y a recibir unos elementos mínimos de dotación²⁰ (T-490 de 2004) y uniformes acordes con el clima (T-1030 de 2003).
- Respecto del derecho a la intimidad, la Corte decidió que las requisas humillantes e invasivas para los internos y para sus visitantes constituían tratos crueles e inhumanos que no eran permitidos.²¹

19 Ver, entre otras, las sentencias T-714 de 1996, T- 718 y T-208 de 1999, T-1030 de 2003, T-851, T-1045 y T-1239 de 2004.

20 La Corte sostuvo al respecto que “una dotación mínima en la medida en que permite unas condiciones materiales mínimas de existencia, consulta los contenidos materiales de lo que jurídica y culturalmente puede ser entendido en dicho contexto como una situación de dignidad: disponer de elementos para dormir, tener un vestido en buen estado, contar con calzado en buen estado y disponer de ciertos implementos de aseo que garanticen una buena presentación personal y condiciones mínimas de salud y de salubridad”.

21 Aunque en un principio se consideró que las requisas “volante” (que consisten en colocar a los reclusos en fila, y ordenarles que se desnuden y hagan flexiones de pierna) no constituían una vulneración o amenaza a la intimidad

También señaló que los reclusos tienen derecho a la visita conyugal, independientemente de su opción sexual (T-499 de 2003) y del lugar donde se encuentre la pareja, incluso si ese lugar es otra cárcel (T-718 de 2003). Sin embargo, la Corte aceptó que en algunos lugares la visita conyugal puede ser espaciada en el tiempo, por condiciones de seguridad y orden público.²²

- En relación con las comunicaciones de los reclusos, la Corte señaló que su correspondencia no puede ser interceptada sin orden judicial (C-038 de 1994), y que las autoridades deben garantizar que las entrevistas de los abogados sean privadas (T-1030 de 2003).
- Sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la Corte concluyó que los reclusos pueden escoger sus lecturas, incluso si estas son pornográficas (C-394 de 1995 y C-184 de 1998), y que no se les puede imponer llevar la cabeza rapada, aunque sí que lleven el cabello corto (T-1030 de 2003).
- En relación con las libertades de expresión e información, la Corte señaló que los reclusos tienen el derecho a recibir los medios de comunicación que deseen (T-706 de 1996) y que pueden dictar cátedras de derechos humanos (T-219 de 1993). También concluyó que, a pesar de lo anterior, sí es posible restringir la tenencia privada de televisores y radios (T-1030 de 2003).
- En varias oportunidades la Corte ha protegido el derecho de petición de los reclusos, reconociendo el deber de las autoridades de responder oportunamente las solicitudes que les son presentadas (T-187 de 1995, T-121 de 1995, T-305 de 1997 y T-1171 de 2001) y de informar al recluso sobre el envío de las peticiones a la autoridad competente (T-129 de 1996 y T-495 de 2001).
- Igualmente la Corte ha protegido el derecho de los reclusos al debido proceso y ha reiterado el deber de las autoridades tanto de notificar personalmente las providencias a las personas que se encuentren detenidas (SU-014 de 2001, T-759 de 2001 y C-648 de 2001) como de remitir los recursos presentados por los reclusos a los juzgados (T-349 de 1998).
- En lo referente al proceso disciplinario al interior de las prisiones, la Corte ha sostenido que este debe respetar el principio del debido proceso (T-773 de 2001). Aunque la Corte ha señalado que la racionalidad de la disciplina requiere un mínimo de discrecional-

y a la integridad personal (T-317 de 1997). Posteriormente, se estableció la prohibición de este tipo de requisas. Ver al respecto las sentencias T-702 de 2001 y T-690 de 2004.

22 Ver sobre este punto las sentencias T-424 de 1992, T-222 de 1993, T-269 de 2002 y T-1030 de 2003.

lidad (C-394 de 1995), también ha marcado límites a la potestad disciplinaria de la administración para imponer sanciones. Así, ha considerado que la aplicación de las sanciones no puede ser arbitraria, sino que debe garantizar algunos mínimos protegidos por la Constitución (C-184 de 1998). En concreto, la Corte ha señalado que sanciones como el calabozo deben estar restringidas a casos extremos y en condiciones que no constituyan un trato cruel o degradante (T-596 de 1992).

- En materia de derechos políticos, la Corte ha reafirmado el derecho al sufragio de los reclusos que no hayan sido condenados, pero ha admitido limitar el proselitismo político en la cárcel (C-394 de 1995).
- En relación con el derecho de los reclusos a la salud, la Corte ha declarado un estado de cosas inconstitucional²³ y ha ordenado la realización de los trámites necesarios para constituir un sistema de seguridad social en salud, bajo la modalidad subsidiada, que cubriera a la totalidad de los centros de reclusión del país, para detenidos y condenados (T-606 de 1998). También ha señalado que el Estado debe garantizar la salud de los reclusos, incluso si las dolencias no revisten el carácter de urgente (T-233 de 2001). Asimismo, la Corte ha prohibido dilatar los trámites administrativos para la atención médica (T-521 de 2001), y ha impuesto a las autoridades la obligación de realizar los exámenes y tratamiento médicos (T-388 de 1993 y T-755 de 2002).
- La Corte también ha reconocido una triple dimensión armónica del derecho al trabajo: como principio, como derecho y como deber (C-394 de 1995). Además, ha señalado que el trabajo tiene un efecto resocializador y permite redimir la pena (C-580 de 1996).
- Con relación al derecho de los reclusos a tener una familia, la Corte ha reconocido la importancia del apoyo familiar para lograr la resocialización de la persona presa (T-1190 de 2003). En desarrollo de este derecho la Corte ha intervenido para permitir las visitas de los reclusos por parte de sus hijos (T-1030 de 2003).
- Respecto de la mujer reclusa, la Corte Constitucional le ha reconocido derechos especiales como el de recibir protección especial por maternidad en los establecimientos carcelarios (T-437 de 1993) y el de no ser discriminada en las visitas conyugales exigiéndole, por ejemplo, el uso de un sistema de control de fecundidad femenina (T-273 de 1993).

23 En este caso, un interno reclamaba que no había recibido atención sanitaria, pese a su grave estado de salud.

- En el mismo sentido, la Corte ha reconocido derechos especiales para los reclusos indígenas. Por ejemplo, ha señalado que la reclusión de indígenas en establecimientos penitenciarios corrientes, implica una amenaza contra sus valores, razón por la cual deben ser reclusos en centros especiales (C-394 de 1995). Sin embargo, al mismo tiempo ha indicado que en aras del principio de colaboración, los indígenas pueden ser reclusos en cárceles ordinarias cuando la jurisdicción indígena así lo solicite (T-239 de 2002).

La referencia y protección de tan diversos derechos demuestra que, si bien es verdad que la Corte utiliza la categoría de la “relación de especial sujeción” y acepta ciertas restricciones a los derechos de la población reclusa, no es menos cierto que a través de su jurisprudencia también ha reconocido y protegido los derechos fundamentales de esta población. En realidad, es necesario reconocer que la jurisprudencia de la Corte ha generado transformaciones benéficas en la vida cotidiana de los reclusos, lo que representa un logro importante para la protección de los derechos en un escenario que hasta hace muy poco tiempo se consideraba que estaba al margen del derecho.

V. La declaración del estado de cosas inconstitucional por causa del hacinamiento carcelario

Una de las intervenciones más drásticas de la Corte Constitucional en el sistema carcelario del país fue a través de la sentencia C-153 de 1998, en la cual se declaró el estado de cosas inconstitucional en los centros de reclusión del país. En esta sentencia la Corte acumuló las acciones de tutela interpuestas por reclusos de la cárcel de Bellavista en Medellín y Modelo en Bogotá, que advertían de la terrible situación de hacinamiento de estos centros.

La Corte declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en las prisiones colombianas, luego de constatar la presencia de tres elementos: i) la existencia de una situación de hacinamiento que vulneraba los derechos fundamentales, ii) que dicha violación era generalizada, ya que afectaba a una multitud de personas, y iii) que las causas de la situación eran de naturaleza estructural, pues no se originaban de manera exclusiva en la autoridad demandada, razón por la cual su solución exigía la acción coordinada de distintas autoridades. La Corte consideró que “dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional” (T-153 de 1998).

La figura del estado de cosas inconstitucional no era nueva. Ya en las sentencias SU-559 de 1997 y T-068 de 1998 la Corte había hecho una declaración en este sentido. En el primer caso, un grupo de profesores reclamaba que los municipios para los que laboraban no los habían afiliado a ninguna Caja o Fondo de Prestación Social, a pesar de que les venían descontando de su salario el valor correspondiente. A su vez, los municipios alegaban que no tenían los recursos suficientes para realizar la afiliación. La Corte, encontró que esta situación se presentaba en distintos municipios y que ella obedecía a causas estructurales, razón por la cual su solución requería el trabajo mancomunado de distintas autoridades. En la parte resolutoria, la Corte declaró el Estado de Cosas Inconstitucional y ordenó a distintas autoridades nacionales, departamentales y municipales que hicieran uso de sus funciones para corregir la situación, en un plazo razonable. En el segundo caso, la Corte conoció de varios expedientes relacionados con el retraso de la Caja Nacional de Previsión Social respecto de las solicitudes de reconocimiento de pensiones. La Corte determinó que los numerosos casos presentados —30.000 tutelas por hechos similares— justificaban la declaración de un estado de cosas inconstitucional. En dicha oportunidad, la Corte ordenó a las autoridades competentes que, en un plazo de seis meses, corrigieran las fallas de procedimiento en la institución.

Sin embargo, en el caso de las prisiones se emitieron decisiones más precisas. La Corte notificó de la existencia de un estado de cosas inconstitucional a todas las autoridades encargadas de determinar las políticas públicas en materia carcelaria —autoridades del Gobierno, el Congreso y la Rama Judicial—, y dictó órdenes concretas a autoridades específicas con el fin de solucionar, en un plazo razonable, el tema del hacinamiento carcelario. En este sentido, ordenó al Inpec y al Ministerio de Justicia elaborar en tres meses un plan de construcción y refacción carcelaria, que debía ser ejecutado en un término máximo de cuatro años. Además, ordenó separar completamente los internos sindicados de los condenados, en un plazo máximo igual al anterior. Asimismo, le ordenó al Gobierno realizar las diligencias pertinentes con el fin de incluir las partidas necesarias en el Presupuesto Nacional de ese año y de los años subsiguientes. Además, dispuso que la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación vigilarían el cumplimiento de las órdenes impartidas.

Esta sentencia representó un enorme avance en la protección de los derechos de los reclusos por varias razones. En primer lugar, la Corte consolidó la tesis según la cual la cárcel no puede ser un espacio vedado para el derecho. En esta decisión la Corte sostiene que aunque los internos se encuentran sometidos a una “relación especial de sujeción”, la cárcel no escapa al control constitucional. Con ello se reiteró un principio

señalado desde las primeras sentencias de la Corte, según el cual “la cárcel no es un sitio ajeno al derecho. Las personas reclusas en un establecimiento penitenciario no han sido eliminadas de la sociedad. La relación especial de sometimiento que mantienen con el Estado no les quita su calidad de sujetos activos de derechos” (sentencia T-596 de 1992).

En segundo lugar, en su fallo la Corte asumió la complejidad del caso, reconociendo que se trataba de un problema que obedecía a causas estructurales y cuya resolución dependía de la acción coordinada de diversas autoridades. En este sentido es importante anotar que para la Corte hubiera sido sencillo resolver el caso concreto de los actores de los dos procesos, sin detenerse a considerar la complejidad del problema. En vez de eso, la Corte reconoció el problema en su conjunto e intentó resolverlo a través de las órdenes que impartió.

Finalmente, la decisión de la Corte es valiosa en tanto que no se conforma con la simple denuncia genérica del caso, sino que responsabiliza a las autoridades competentes del asunto, a través de la emisión de órdenes expresas con plazos determinados.²⁴ Aunque la Corte ya había declarado el estado de cosas inconstitucional en sentencias anteriores, esta fue la primera sentencia en que emitió un catálogo tan preciso y vinculante de órdenes a otras autoridades. Es por eso que se puede afirmar que con esta decisión la Corte hizo más que cualquier otra institución estatal por la problemática de los reclusos.

VI. El debate generado a partir de la sentencia T-153 de 1998, que declaró el estado de cosas inconstitucional

A nivel internacional, la intervención de los jueces en el tema carcelario es objeto de distintas críticas, algunas relacionadas con su efectividad y otras con el hecho mismo de la intervención. Estas críticas se han presentado también en el caso colombiano.

Así, varios han puesto en duda el impacto real de la sentencia T-153 de 1998 en la reducción del hacinamiento carcelario. Al respecto se ha señalado que, si bien luego de expedida la sentencia se obtuvo una

24 Frente a las acusaciones de activismo judicial que pueda recibir este tipo de decisiones, William Wayne, un juez del distrito de Texas que dictó diversas órdenes judiciales en las cárceles norteamericanas, afirmó: “los jueces son más que críticos sociales. El poder del derecho y la justicia recae en la acción y no en los pronunciamientos. Dada mi promesa de obedecer la Constitución, me siento compelido a eliminar cualquier práctica contraria a ella, por cualquier medio. Creo que mis remedios son ‘activistas’ solamente en el sentido literal de que no son pasivos” [traducción libre] (Wayne, 1997).

disminución de la sobrepoblación carcelaria, posteriormente la tasa de hacinamiento volvió a crecer a niveles muy altos. De acuerdo con las cifras aportada por el Inpec a la Corte Constitucional en el trámite del proceso que culminaría en la sentencia T-153 de 1998, para el 31 de octubre de 1997 — año en el que se presentaron las demandas de tutela— el hacinamiento en las cárceles colombianas ascendía a 45,3 %, es decir, que por cada 100 cupos se encontraban reclusas 145 personas. Según los datos suministrados por la Defensoría del Pueblo y por el Inpec, luego de la sentencia los datos sobre el hacinamiento se fueron reduciendo hasta llegar a 15,9 % en 2002, año en el que se cumplió el plazo establecido por la Corte para ponerle fin al hacinamiento y en el que los jueces de tutela determinaron que no se había producido desacato a la sentencia. Sin embargo, a partir de 2003, las cifras sobre la congestión carcelaria volvieron a ascender y conservan una tendencia a la alza. Es así como para septiembre de 2004, el hacinamiento era de alrededor del 37 %.

POBLACIÓN CARCELARIA Y CAPACIDAD DE LOS CENTROS DE RECLUSIÓN

Año	Población	Capacidad	Sobrecupo	Hacinamiento (%)
1997 *	42.454	29.217	13.237	45,31
1998	44.398	33.119	11.279	34,06
1999	45.064	33.600	11.464	34,12
2000	51.548	37.986	13.562	35,70
2001	49.302	42.575	6.727	15,80
2002	52.936	45.667	7.269	15,92
2003	62.227	48.291	13.936	28,86
2004**	68.022	49.628	18.394	37,06
2005***	66.829	49.821	17.008	34,13

Cifras obtenidas de la Defensoría del Pueblo (2005).

Inpec (2004)

Cálculos de los autores

* A octubre de 1997, según la sentencia T-153 de 1998.

** Estadísticas a septiembre de 2004.

*** Inpec (2006) Estadísticas a diciembre de 2005.

También, la intervención del juez en la administración carcelaria, y en la determinación de los presupuestos que deben asignársele, ha generado, en sí misma, diversos tipos de críticas. Un primer tipo de críticas se dirige, en forma genérica, a atacar la intervención de los jueces constitucionales en temas que antes escapaban a su control, como los económicos, razón por la cual resultan aplicables al debate sobre la

intervención judicial en la administración carcelaria.²⁵ Así, algunas críticas señalan la ilegitimidad de este tipo de intervenciones, por cuanto a través de ellas el juez irrumpe en las competencias propias de otro tipo de autoridades como el Gobierno y el Congreso. En este sentido, se manifiesta que la intervención del juez constitucional es peligrosa, en tanto que pone en riesgo los principios de separación de poderes y de estricta legalidad. Otras críticas insisten en señalar las dificultades técnicas en que pueden caer los jueces constitucionales al conocer de temas tan complejos. Y otros enfatizan en las dificultades fácticas para ejecutar las sentencias, dado que en su mayoría se trata de obligaciones de prestación.

Un segundo tipo de críticas, proveniente de los sectores más conservadores, señalan que los excesivos límites impuestos a la administración carcelaria y las numerosas obligaciones que le han sido adjudicadas, generan un ambiente de ingobernabilidad en las cárceles. Desde este punto de vista, los límites impuestos a la autoridad le impiden realizar los fines que se le han asignado, cuales son mantener la disciplina, y garantizar la seguridad y convivencia en los sitios de reclusión.

Finalmente, un tercer grupo de críticas, que podríamos caracterizar como de izquierda, argumenta que ciertas formas de intervención judicial son indeseables en tanto que, en lugar de proteger los derechos de los reclusos, lo que logran es legitimar la existencia de las prisiones y su conducta disciplinante. Este tipo de críticas señala la “tibieza” de las medidas impartidas e insisten en que la intervención de los jueces debe lograr, progresivamente, una real reducción de la prisión como forma de castigo.

En el contexto colombiano, autores como Ariza (2005) señalan que la Corte tomó una decisión errónea al ordenar la modernización del sistema, la construcción de más prisiones y la ampliación y fortalecimiento del sistema penitenciario, ya que con ello se generó una extraña paradoja, según la cual “las decisiones que se adoptan para aliviar la situación de las personas presas se convierten en medidas que fortalecen materialmente la prisión”. De acuerdo con este autor, en su sentencia la Corte debió tomar una decisión que buscara la protección de los derechos de los individuos y no la corrección de las anomalías de una institución pública. Una decisión más adecuada habría sido, entonces, la de reducir la demanda carcelaria por medio de la excarcelación parcial de ciertos grupos de reclusos, ordenando la suspensión temporal de las sentencias condenatorias de los “delincuentes menores” o de las medidas de aseguramiento de los sindicados.

25 Para una presentación de los argumentos a favor y en contra de la intervención de los jueces en la economía ver Uprimny (2004).

Otras propuestas, aún más radicales, afirman que la Corte debió facultar a la administración carcelaria para que no recibiera ni un preso más en las cárceles, hasta tanto no se crearan las condiciones materiales necesarias, es decir, hasta que no se adecuaran más cupos.

Desde nuestro punto de vista, algunas de estas críticas son inaceptables desde una perspectiva constitucional, mientras que otras deberían motivar una reflexión más profunda acerca del tipo de intervención que debe realizar el juez constitucional en estos temas.

En primer lugar, rechazar la legitimidad de cualquier tipo de intervención judicial en esferas de otras autoridades es problemático por varias razones. De un lado, si se tiene en cuenta que la Constitución es la norma fundamental que irriga todo el ordenamiento jurídico, es imposible aceptar que existan lugares vedados para el control constitucional. De otro lado, este control, lejos de violar los principios de legalidad y separación de poderes, busca la realización de estos principios, ya que actúa para garantizar que los distintos órdenes —entre ellos la cárcel— se adecuen a la norma fundamental, cuando quiera que los funcionarios han incumplido por acción u omisión sus deberes constitucionales.

En segundo lugar, es posible que los jueces constitucionales puedan tener dificultades para comprender la complejidad de los temas a tratar. Sin embargo, dichas dificultades son de carácter técnico y pueden ser solucionadas con medidas innovadoras. Así, en distintas oportunidades, la Corte Constitucional ha superado el problema de la carencia de conocimientos especializados con el requerimiento de peritos especialistas en los temas.

En tercer lugar, tampoco puede ser de recibo la tesis que busca negar cualquier tipo de protección a los derechos de la población reclusa. Si bien es cierto que, por su misma finalidad punitiva, el régimen penitenciario supone la limitación y suspensión de ciertos derechos, existen otros que, como ya señalamos, no pueden ser restringidos, sino que deben ser siempre respetados y protegidos por la administración carcelaria. Negar cualquier tipo de protección sería aceptar que los reclusos pierden todo tipo de garantía constitucional y que quedan a merced absoluta de la administración, lo cual es inadmisibles en una democracia constitucional.

Ahora bien, respecto de las objeciones que califican la intervención constitucional como irrelevante, e incluso como contraproducente, es necesario realizar algunas precisiones. A pesar de las dificultades en el cumplimiento de las decisiones o de los desaciertos en que hayan podido incurrir los jueces constitucionales, no es posible negar que en aquellos casos en que han intervenido han logrado una mejoría en la situación de los reclusos que, muy probablemente, no se hubiera logrado sin su participación.

De otra parte, el señalar la legitimación de la cárcel como un efecto negativo de la intervención judicial es una apreciación injusta, que pone énfasis solo en el largo camino que falta por recorrer y no en el importante tramo que se ha avanzado. Además, en cierta medida, esta crítica sobrevalora el papel de la justicia constitucional en algunos temas. Si bien es cierto que el campo de acción de los jueces constitucionales es amplio, en tanto que pueden imponer a la administración o al Congreso criterios mínimos de protección de los derechos fundamentales, también es cierto que el trabajo judicial no puede imponer un tipo de política penal específica, ya que, como lo ha reconocido la jurisprudencia colombiana, esta decisión le compete a las autoridades legislativas.

Pero, además, las críticas que señalan como contraproducente la intervención de la Corte, por cuanto tiende a legitimar la institución carcelaria, conducen a un efecto perverso para los mismos reclusos. Estas críticas suponen que para develar el gran horror que constituye la prisión en las sociedades actuales sería más indicado renunciar a que se mejoren las condiciones de vida en ella, lo que resulta una respuesta inadmisibles para los reclusos que diariamente están soportando condiciones de vida tan adversas.

En cuarto lugar, las propuestas alternativas son también problemáticas. Aquella que propone liberar a las personas reclusas en calidad de sindicadas es discutible, ya que, como vimos, si bien es cierto que la Corte está obligada a velar por la protección de los derechos de los reclusos, no es menos cierto que no está dentro de su esfera de acción la posibilidad de fijar la política penal o carcelaria, pues ello implicaría una injerencia excesiva en ámbitos que han sido reservados al legislador.

También es discutible aquella otra propuesta que sugiere no recibir un preso más en los establecimientos carcelarios hasta tanto no existan las condiciones materiales necesarias. Esta idea simplemente traslada la situación de hacinamiento en las cárceles hacia otros sitios de reclusión, como las estaciones de policía. Dicha situación ya se presentó en el año 2000, cuando el hacinamiento en los centros penitenciarios indujo a las autoridades a remitir y mantener a los sindicados y condenados en las estaciones de policía y en otros centros de reclusión provisional. En aquella oportunidad, la Defensoría del Pueblo entabló una acción de tutela para proteger los derechos de las personas que estaban retenidas en condiciones de hacinamiento drástico en los lugares de reclusión de las estaciones de policía, el DAS, la Dijin, la Sijin y el CTI. La Defensoría manifestó que aunque esos sitios habían sido diseñados solo para albergar a las personas por un tiempo máximo de 36 horas, en la práctica permanecían mucho más tiempo, en condiciones indignas, por cuanto no eran remitidas a los centros carcelarios. En

vista de esta situación, la Corte ordenó el traslado de estas personas a esos centros en un plazo máximo de 10 días (sentencia T-847 de 2000).

Sin embargo, es cierto que la intervención de la Corte no ha sido del todo ideal. A pesar de los esfuerzos realizados, las cárceles colombianas continúan ofreciendo condiciones deplorables. Propuestas como las discutidas nos conducen a pensar si la intervención de la Corte hubiera podido ser mejor, y en qué sentido debería haberse dictado una decisión como la contenida en la sentencia T-153 de 1998, con el fin de evitar los problemas de efectividad a los que hoy se enfrenta. La comparación del caso colombiano con la experiencia norteamericana podría aportar luces para responder a esta pregunta.

VII. Intervención judicial en cárceles: el caso norteamericano

La evaluación de un determinado fenómeno jurídico a partir de un análisis en derecho comparado es una estrategia valiosa para juzgar las ventajas, riesgos y posibilidades de una figura concreta, sin dejar de lado la incidencia del contexto. En el análisis del tema de intervención judicial en cárceles, la escogencia del caso norteamericano como criterio de comparación no es casual. La experiencia norteamericana en este campo constituye, en la doctrina y la jurisprudencia internacional, uno de los casos más documentados y que mayores debates ha generado a nivel político y constitucional. Veamos esta experiencia en detalle.

Hasta antes de la década de los sesenta, la mayoría de los jueces federales habían rehusado intervenir en casos relacionados con las condiciones o las reglas institucionales de las cárceles. Durante este tiempo era reconocida la doctrina *hands-off* o “manos afuera”, según la cual los jueces carecían de competencia para revisar la administración de las prisiones y el tratamiento a los prisioneros, ya que su labor se reducía a examinar la legalidad de las detenciones. El primer antecedente en contra de esta doctrina se presentó en 1941. En este año, la Corte Suprema prohibió que los oficiales de las prisiones revisaran las solicitudes de hábeas corpus de los internos antes de ser remitidas a la Corte. Con ello se abrió la posibilidad para que muchos reclusos pudieran presentar sus solicitudes directamente ante los tribunales. Sin embargo, en la práctica, los jueces se rehusaron a conocer de dichas solicitudes por casi 20 años (Schlanger, 1998). Por otro lado, existían diversas dudas doctrinales que dificultaban la labor de intervención judicial. Estas inquietudes fueron posteriormente resueltas, lo cual favoreció la actuación de los jueces en este campo.²⁶

26 Algunas de las discusiones doctrinales que tuvieron que resolverse pre-

En los años sesenta, dos antecedentes iniciaron el involucramiento de los jueces norteamericanos en las prisiones. De un lado, varios grupos de reclusos negros y musulmanes presentaron demandas, en donde alegaban que la administración carcelaria les negaba el acceso a la literatura y a los servicios religiosos, mientras que a presos cristianos o de otras religiones sí les era permitido dicho acceso. En 1964, uno de esos casos llegó a la Corte Suprema, la cual protegió el derecho del grupo de reclusos y ordenó la revisión de las decisiones del juez de primera instancia. De otro lado, un grupo importante de demandas fueron presentadas con el objeto de equiparar las condiciones de las cárceles para comunidades negras y las de las cárceles para comunidades blancas. En ellos se invocaba el famoso caso de segregación racial *Brown v. Board of Education*, que equiparaba las condiciones de educación para las comunidades blancas y negras, buscando extender los beneficios de este fallo al ámbito de las prisiones. Muchos de estos casos fueron resueltos favorablemente para los reclusos (Schlanger, 1998).

Con la década de los 70 los jueces federales empezaron a tener una actuación más activa en relación con las reclamaciones de los reclusos. A partir de una aplicación de la octava enmienda, que prohíbe la aplicación de castigos crueles y degradantes, la Corte interpretó que ciertas prácticas de la disciplina carcelaria, como el aislamiento y los castigos corporales, eran violatorios de la Constitución. Posteriormente, la Corte indicó que el hacinamiento y las inadecuadas condiciones de las prisiones, también constituían una violación a los derechos constitucionales de los reclusos.²⁷

Para los 80, existía un ambiente político favorable, que estimuló una activa intervención de los jueces federales en la configuración de las condiciones de vida en las prisiones. Los casos fueron tan numerosos que, para 1983, los sistemas de prisiones de ocho estados habían sido declarados inconstitucionales. Para 1986, cuarenta y cinco estados tenían al menos una prisión involucrada en algún litigio, y en treinta y siete estados la administración carcelaria o prisioneros individuales estaban bajo supervisión de cortes federales (Rosenberg, 1991).

Las decisiones emitidas por los jueces norteamericanos en materia carcelaria son lo que podría denominarse un tipo de *structural injunctions* o “remedios estructurales”. Este tipo de soluciones cambió el

viamente fueron, entre otras, si las garantías consagradas en la Bill of Rights eran aplicables tanto al gobierno estatal como a las autoridades federales, o si era necesario que los reclusos agotaran una reclamación ante el Estado antes de iniciar una acción judicial (Schlanger, 1998).

27 Para una presentación de casos que ejemplifican esta época ver Feely y Rubin, citado en Schlanger (1998).

rol del juez constitucional y el panorama del litigio en Norteamérica. Para Chayes (1987), los remedios estructurales son un tipo de decisiones propias del modelo de litigio de interés público que se caracterizan porque, al contrario del litigio tradicional, no buscan determinar la vulneración de un derecho en el pasado con el fin de ordenar su reparación, sino que más bien hacen un balance de los intereses actuales, evalúan las consecuencias de la decisión y buscan ajustar el comportamiento futuro de las partes a través de decisiones que generalmente hacen relación al manejo de políticas públicas. Para este autor, en el litigio tradicional dos partes —demandante y demandado— discuten sobre hechos ocurridos en el pasado, a fin de constatar la violación de un derecho previamente establecido y lograr así el restablecimiento del derecho a través de la compensación del daño. Por el contrario, en las decisiones estructurales o decisiones propias del litigio de interés público los jueces parten de un caso que involucra a más de dos sujetos y a múltiples causas —es complejo y multiforme—, por lo cual, lo que buscan es ver hacia el futuro para tratar de establecer la decisión que mejor se adecue a los intereses de las partes.²⁸

En el caso de la intervención judicial en las cárceles norteamericanas, los jueces parten de litigios que generalmente involucran más de dos partes y múltiples causas. Al igual que en el caso colombiano, no se trata solo de un debate entre los derechos de los reclusos y la administración carcelaria, sino que también se involucra a las autoridades federales —el Gobierno y el Congreso—, que no asignaban el presupuesto suficiente. Ello condujo a los jueces a dictar decisiones que no buscaban establecer un responsable único, sino fijar los criterios de aplicación futura de las políticas públicas carcelarias, a través de un balance de los intereses contrapuestos y de una evaluación de las consecuencias. Estas decisiones, sin embargo, no ponen fin al caso de manera definitiva, ya que es posible que las partes puedan acudir nuevamente ante la autoridad judicial para verificar el cumplimiento de las órdenes o para modificar algunos términos de la decisión.

28 De acuerdo con Chayes (1978: 413), el litigio tradicional se distingue en cuanto es: 1) bipolar, 2) retrospectivo, pues busca identificar hechos que ocurrieron en el pasado; 3) existe una interdependencia entre el derecho vulnerado y el remedio solicitado, 4) autónomo y 5) controlado. Al contrario, el litigio en derecho público se distingue en tanto que: 1) puede involucrar varias partes; 2) hace referencia a la forma en que debe ser regulado un aspecto en el futuro; 3) no busca la compensación de un error pasado sino que busca una solución flexible evaluando las consecuencias; 4) la decisión no da por terminado el litigio sino que requiere un involucramiento continuado del juez; y 5) no se disputa un derecho entre sujetos privados, sino que hace referencia a la operación de políticas públicas.

En el mismo sentido, para autores como el juez William Wayne (1997), las decisiones de la Corte en materia carcelaria pueden caracterizarse como decisiones activistas del tipo que él llama “activismo remedial”. De acuerdo con Wayne, el “activismo remedial” es aquel en donde los jueces imponen y monitorean soluciones expansivas para eliminar una práctica inconstitucional. A pesar de que este tipo de decisiones han recibido numerosas críticas que sostienen que los jueces no tienen ni la competencia ni el conocimiento suficiente para decidir cómo deben operar las cárceles en su interior, para Wayne este tipo de decisiones no son más que una aplicación del rol tradicional del juez de resolver disputas y poner remedio a las cosas que están mal.

Si bien estas decisiones implicaron un gasto público considerable, en general la intervención de la Corte fue vista como necesaria, pues la sociedad y el sistema político no parecen preocuparse por la situación de los reclusos. Efectivamente, ellos carecen del derecho de voto, son políticamente impopulares y son percibidos como una amenaza para la sociedad.²⁹ ¿Quién podría entonces interesarse en su suerte? En tal contexto, como lo señaló el juez de la Corte Suprema de ese país, Brennan, “las cortes han emergido como una fuerza crítica detrás de los

29 También estos puntos fueron resaltados por la Corte Constitucional en la sentencia T-153 de 1998, en la cual se expresó: “50. De todo lo dicho hasta ahora cabe extraer la siguiente conclusión: el problema de las cárceles y de las condiciones de vida dentro de ellas no ocupa un lugar destacado dentro de la agenda política. A pesar de que desde hace décadas se conoce que la infraestructura carcelaria es inadecuada, que los derechos de los reclusos se vulneran, que los penales no cumplen con su función primordial de resocialización y que los centros carcelarios del país rebosan de sindicados no se observa una actitud diligente de los organismos políticos del Estado con miras a poner remedio a esta situación.

“La actitud de los gestores de las políticas públicas frente al problema de las cárceles obedece a la lógica del principio de las mayorías, que gobierna los regímenes democráticos. Los reclusos son personas marginadas por la sociedad. El mismo hecho de que sean confinados en establecimientos especiales, difícilmente accesibles, hace gráfica la condición de extrañamiento de los presos. En estas condiciones, los penados no constituyen un grupo de presión que pueda hacer oír su voz. Por eso, sus demandas y dolencias se pierden entre el conjunto de necesidades que agobian las sociedades subdesarrolladas, como la colombiana.

“51. La racionalidad constitucional es diferente de la de las mayorías. Los derechos fundamentales son precisamente una limitación al principio de las mayorías, con el ánimo de garantizar los derechos de las minorías y de los individuos. El juez constitucional está obligado a asumir la vocería de las minorías olvidadas, es decir de aquellos grupos que difícilmente tienen acceso a los organismos políticos. Por esta razón, la Corte Constitucional está llamada a actuar en ocasiones como la presente, llamando la atención sobre el estado de cosas inconstitucional que se presenta en el sistema penitenciario colombiano y que exige la toma de medidas por parte de las distintas ramas y órganos del poder, con miras a poner solución al estado de cosas que se advierte reina en las cárceles colombianas”.

esfuerzos para mejorar condiciones inhumanas". ¿Y por qué ese papel? La respuesta de Brennan es ilustrativa: "Aisladas, como están, de las presiones políticas, e investidas con el deber de aplicar la Constitución, las cortes están en la mejor posición para insistir en que las condiciones inconstitucionales sean remediadas, incluso si el costo financiero es significativo".³⁰

Sin embargo en lo que tiene que ver con los resultados de la intervención judicial, estos han sido contradictorios. Aunque las condiciones carcelarias mejoraron en lo que respecta al hacinamiento, las condiciones sanitarias y el trato a los reclusos, también es cierto que el número de presos en las cárceles se incrementó y los centros se convirtieron en lugares con rutinas disciplinantes más estrictas (Rosenberg, 1991).

En lo que respecta a los avances, y tal como lo resaltan autores como Rosenberg (1991), esta importante labor de reforma de los jueces norteamericanos no hubiera sido posible solo con la buena intención de los jueces. Fue necesaria la presencia de otros factores, sin los cuales la intervención judicial hubiera fracasado. Dentro de dichos factores se destacan dos:

- i) El *respaldo político y social*. En el caso norteamericano, dos hechos incidieron en el respaldo de la sociedad y la clase política al trabajo de los jueces. De un lado, hacia la década de los 60 se desarrolló un fuerte movimiento por los derechos de los prisioneros que incidió en la aceptación social de los derechos de los reclusos. De otro lado, entre la década de los 70 y 80 se presentaron numerosos hechos de violencia en las prisiones que permitieron tomar conciencia de la gravedad de la situación.³¹
- ii) *Condiciones que aseguren la implementación de las órdenes dictadas por los jueces*. Buena parte de los cambios ordenados por los jueces dependen de la actividad de los administradores de las prisiones y de otros profesionales, los cuales no están necesariamente interesados en cambiar sus prácticas. En realidad, los jueces no cuentan siempre con el poder necesario para imponer sus decisiones. En esta medida, el juez debe contar con el respaldo de la administración para lograr la efectividad de las órdenes que imparte. En el caso norteamericano, muchas de las decisiones judiciales contaron con

30 Ver su voto concurrente, en el caso *Rhodes v. Chapman*, 452 U.S. 337 (1981). En ese voto, Brennan relata las condiciones inhumanas de muchas prisiones estadounidenses, y los esfuerzos judiciales por mejorar esas condiciones.

31 Uno de los casos más citados es el ocurrido en la prisión de Attica en Nueva York, en septiembre de 1971. En este caso, un disturbio al interior del centro de reclusión terminó en la muerte de cuarenta y tres prisioneros.

el respaldo de la administración, por cuanto sus órdenes respondían a cambios que la misma administración sentía como necesarios, pero no había podido realizarlos por carencias presupuestales.

Como puede verse, aunque el caso norteamericano puede catalogarse como un caso exitoso de intervención judicial, no está exento de problemas y contradicciones. Además, aun cuando es evidente el activo compromiso de los jueces con la protección de los derechos de los reclusos, no es posible negar las variables externas (políticas y sociales) que favorecieron esta intervención. En fin, si bien el caso norteamericano se muestra como uno de los casos con resultados más positivos en lo que respecta a la supresión de las condiciones más oprobiosas para los reclusos, su efectividad no está libre de críticas en lo que respecta al aumento del número de internos y al endurecimiento de la disciplina carcelaria.

VIII. Algunas enseñanzas frente al caso colombiano

El análisis de la experiencia norteamericana permite extraer varias enseñanzas relevantes para el caso de la intervención judicial de la Corte Constitucional en las cárceles colombianas.

En primer lugar, el caso norteamericano permite ver que la intervención judicial en las cárceles es una medida legítima e importante para la protección de los derechos de las poblaciones reclusas. Aunque muchas decisiones judiciales en ese país hayan sido catalogadas como activistas, en general se considera que su intervención era necesaria para la protección de una población que tradicionalmente había sido marginada del debate democrático.

En segundo lugar, vemos que las medidas utilizadas en Colombia son, en términos generales, las más adecuadas. Es decir, ante problemas que involucran el trabajo de diversas autoridades y que afectan un número de personas mucho mayor que el de las demandantes originales, las medidas de intervención deben perseguir producir un efecto amplio, que apunte a la solución estructural del problema y no solamente la resolución del caso concreto. En EEUU las decisiones tomaron la forma de lo que se llamó *structural injunctions* o “remedios estructurales”, y en Colombia la de los “estados de cosas inconstitucionales”. En ambos casos, las medidas judiciales buscaron ir al fondo de la problemática, sin limitarse a los hechos del caso concreto.

En tercer lugar, la experiencia norteamericana permite ver diferencias estructurales en la forma de intervención de los jueces, lo que podría explicar en parte algunas de las limitaciones del caso colombiano. Nos referimos al hecho de que la intervención en los Estados Unidos fue impulsada por un conglomerado de jueces federales y no

únicamente por la Corte Suprema de Justicia. Este hecho possibilitó, de un lado, que muchos jueces en distintas partes del país se fueran sumando a esta ola de intervenciones, de forma que la reforma fue apreciada como un movimiento judicial amplio y no como la imposición de una corte determinada. De otro lado, permitió que los jueces pudieran dictar órdenes más concretas e innovadoras y tuvieran mayor control sobre las decisiones impartidas, pues conocían de cerca la problemática de las cárceles por intervenir. Esta situación es radicalmente distinta de la que se presenta en el caso colombiano, en el cual la intervención en temas como el del hacinamiento carcelario ha estado concentrada en la Corte Constitucional. Este hecho, que es en buena medida consecuencia de la concepción existente acerca del papel del juez en el sistema político, dificulta dictar medidas más acordes con la problemática de cada cárcel e impide una verificación más activa del cumplimiento de las órdenes. La protección de los derechos de los reclusos debe ser una labor de todos los jueces, y no exclusivamente de la Corte Constitucional.

Por último, y es esta quizás una de las mayores enseñanzas que se pueden extraer, la experiencia comparada muestra el enorme peso que puede tener el contexto en la eficacia de las órdenes impartidas. En el caso norteamericano, la intervención judicial contó con el beneplácito de muchos administradores carcelarios que veían en las decisiones judiciales la única forma de acceder a asignaciones presupuestales que de otra manera no hubieran podido obtener. También obtuvo el apoyo del público, el cual percibía dicha intervención como necesaria en razón de las noticias sobre motines y violencia carcelaria. Por el contrario, en Colombia, la intervención judicial es percibida, frecuentemente, como sospechosa e ilegítima por parte de las instituciones gubernamentales y de la administración carcelaria, mientras que el público en general la acepta, pero no en una forma comprometida.

Este balance de enseñanzas permite ver la necesidad de acompañar la acción de la Corte de un apoyo estatal, institucional y popular más fuerte. No es suficiente con el trabajo de la Corte en una sola decisión. Su intervención debería estar acompañada por políticas más consistentes, por administradores más comprometidos y por un amplio apoyo popular.

Aún así, es necesario reconocer que en el caso de la sentencia T-153 de 1998 la Corte hubiera podido avanzar más con su decisión, si hubiera aplicado estrategias más decididas para lograr el cumplimiento real de su sentencia. Así por ejemplo, la Corte hubiera podido retener por más tiempo su jurisdicción sobre el caso, a fin de que ella misma hubiera ejercido la vigilancia sobre el cumplimiento de sus órdenes, tal como sucede actualmente con la sentencia C-025 de 2004, referida a la atención a los desplazados.

El reto principal para la Corte será entonces, desarrollar mecanismos más exigentes y persuasivos para verificar el cumplimiento de sus órdenes. De cualquier modo, dichos mecanismos ya están siendo explorados en otras decisiones, lo cual constituye un proceso lógico dentro de una experiencia de autoaprendizaje por parte de la Corte.

IX. Conclusiones

En la primera parte de este artículo mostramos cómo la intervención de la Corte en el flujo de la demanda carcelaria, a través de aspectos relacionados con la tipificación de los delitos y las penas, y el control a las medidas de aseguramiento y a las condenas, no ha tenido una incidencia importante en la disminución de la demanda carcelaria. Mientras que en la tipificación de los delitos y las penas el resultado de la actividad de la Corte ha sido dispar —puesto que en algunos casos ha ampliado los campos de tipificación y penalización, mientras que en otros casos los ha reducido o eliminado—, en el tema de las medidas de aseguramiento y las condenas penales la Corte se ha abstenido en gran medida de conocer sobre decisiones concretas de los jueces y fiscales, y se ha limitado a intervenir solo en aquellos casos extremos de vulneración de los derechos fundamentales.

Posteriormente hemos presentado la intervención directa de la Corte en el tema de las cárceles, a través de la regulación de la vida cotidiana en ellas y, en especial, por medio de la declaración del estado de cosas inconstitucional, que asumió con claridad el tema del hacinamiento carcelario.

Del análisis de estas dos vías de intervención, que llamamos como indirecta y directa respectivamente, concluimos que la intervención de la Corte en lo que respecta al hacinamiento carcelario ha operado a través de la exigencia de mayores cupos de oferta carcelaria y no tanto a través de la reducción de la demanda. A nuestro juicio dicha estrategia es legítima ya que respeta el ámbito de acción propio del legislador en lo que tiene que ver con la política penal y carcelaria, y la acción de jueces y fiscales en la decisión de casos concretos. Al mismo tiempo es una actuación que protege los derechos fundamentales y obliga al mejoramiento de las condiciones de vida de los reclusos, no solo en lo que tiene que ver al aumento de cupos carcelarios, sino también en la calidad de los mismos.

Ahora bien, un balance de esta estrategia de intervención de la Corte, muestra que su actuación ha tenido sin duda numerosos avances pero también problemas y retos que deben ser afrontados. Para ello, en la última parte, recurrimos a una comparación con el caso norteamericano, con el fin de extraer algunas enseñanzas relevantes para

el caso colombiano. Sin embargo, es necesario reconocer que no existe una fórmula única que garantice el éxito total de una decisión de la Corte en un ámbito tan complejo como puede ser el sistema carcelario.

En esta investigación creemos que logramos avanzar en temas como la legitimidad, los logros y los límites de la intervención constitucional en cárceles. Sin embargo, aún existen retos especialmente referidos al cumplimiento de las órdenes que la Corte deberá enfrentar. Con todo, vemos en forma positiva este proceso, la Corte ya ha avanzado en medidas novedosas como la retención de jurisdicción en el caso de la sentencia a favor de los desplazados y seguramente otras propuestas surgirán en este proceso de evolución y aprendizaje jurisprudencial.

Bibliografía

- Ariza, Libardo José. 2005. "La prisión ideal: intervención judicial y reforma del sistema penitenciario en Colombia", en Bonilla, Daniel y Iturralde, Manuel (eds.). *Hacia un nuevo Derecho Constitucional*. Bogotá: Ediciones Uniandes, pp. 283-328.
- Baratta, Alessandro. 1986. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Bogotá: Siglo XXI.
- Chayes, Abram. 1988 (1976). "The role of the Judge in Public Law Litigation", en Friedman, Lawrence y Scheiber, Harry. *American Law and the Constitutional Order Historical Perspectives*. Cambridge: Harvard University Press.
- Defensoría del Pueblo. 2004. *Análisis sobre la situación del Sistema Carcelario y Penitenciario en Colombia 2003*. Disponible en http://www.defensoria.org/?_s=d1&n=101
- _____. 2003. *Situación del servicio de salud en las cárceles de Colombia*. Disponible en http://www.defensoria.org/?_s=d1&n=105
- Ferrajoli, Luigi. 1995. *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*. Madrid, Trotta.
- Instituto Nacional Penitenciario (Inpec). 2006. *Total población reclusa discriminada por sexo, situación jurídica, por departamentos y regionales mes de febrero de 2006*. Disponible en <http://www.inpec.gov.co/estadisticas.php>.
- Irigoyen, Raquel, Tidball-Binz, Morris y Marcos Martínez, Federico. 2001. *Centros de reclusión en Colombia: un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de derechos humanos*. Disponible en http://www.defensoria.org/?_s=d1&n=3
- Martínez, Mauricio. 1990. *¿Qué pasa con la criminología moderna?* Bogotá: Temis.
- Rosenberg, Gerald N. 1991. *The Hollow Hope*. Chicago: The University of Chicago.
- Schlanger, Margo. 1993. *Beyond the Hero Judge: Institutional Reform Litigation As Litigation*. Disponible en <http://law.wustl.edu/Faculty/>

Documents/Schlanger/publications/mic619.pdf#sear ch='Beyond%20the%20Hero%20Judge%3A%20Institutional%20Reform%20Litigation%20As%20Litigation

Wayne, William. 1997. "The Two Faces of Judicial Activism", en O'Brien, David (ed.). *Judges on Judging*. New Jersey: Chatham House Publishers, pp. 302-314.

Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia:

- C-345 de 1995.
- C- 070 de 1996.
- C-125 de 1996.
- C-113 de 1996.
- C-013 de 1997.
- C-292 de 1997.
- C-659 de 1997.
- C-472 de 1997.
- T-627 de 1999.
- C-739 de 2000.
- C-177 de 2001.
- C-466 de 2001.
- C-553 de 2001.
- C-226 de 2002.
- C-311 de 2002.
- C-317 de 2002.
- C-489 de 2002.
- C-689 de 2002.
- C-916 de 2002.
- C-939 de 2002.
- C-1068 de 2002.
- C-125 de 2003.
- C-329 de 2003.
- C-622 de 2003.
- C-1095 de 2003.
- C-016 de 2004.
- C-247 de 2004.
- C-248 de 2004.
- C-274 de 2004.
- C-148 de 2005.
- C-238 de 2005.
- C-475 de 2005.
- C-820 de 2005.
- SU-542 de 1999.

3.4. Una visión panorámica: el conflicto de las altas cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias¹

Catalina Botero Marino
Juan Fernando Jaramillo

Este artículo fue inicialmente publicado en Catalina Botero, Mauricio García Villegas, Diana Guarnizo, Juan Fernando Jaramillo y Rodrigo Uprimny: *Tutela contra sentencias: documentos para el debate*, Bogotá: De-justicia, 2006.

1 Este texto será también publicado en un libro sobre temas constitucionales por la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello.

I. Introducción

La Constitución de 1991 modificó profundamente la organización institucional del Poder Judicial en Colombia. Hasta ese momento, la administración de justicia contaba con dos Altas Cortes: por un lado, la Corte Suprema de Justicia, encargada de todo lo relacionado con la casación y con el control abstracto de constitucionalidad, y, por el otro, el Consejo de Estado, que tenía a su cargo la administración de justicia en el campo de lo contencioso administrativo.

La nueva Constitución dispuso que existirían cuatro Altas Cortes: la Corte Constitucional, que es la cabeza de la jurisdicción constitucional; la Corte Suprema de Justicia, que es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y, en esa medida, continúa a cargo de las labores de casación; el Consejo de Estado, que es el tribunal supremo en materia de lo contencioso administrativo; y el Consejo Superior de la Judicatura, el cual cuenta con dos salas: la Sala Administrativa, que responde por la administración de la Rama Judicial, y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, que tiene a su cargo el juicio de las faltas cometidas por los funcionarios judiciales y por los abogados.

Además de lo anterior, la Constitución creó una serie de acciones judiciales. Así, creó la acción de tutela, para la protección de los derechos fundamentales de las personas, que funciona a la manera del recurso de amparo en los demás países de la región; la acción de cumplimiento, que tiene por fin lograr la aplicación real de las leyes y los actos administrativos; la acción popular, dirigida a la protección de los derechos e intereses colectivos; las acciones de grupo, con el fin de procurar el resarcimiento de los daños ocasionados a colectivos de personas; y las acciones de pérdida de investidura, que tienen por objeto solicitar que la justicia le retire la calidad de congresistas a aquellos representantes que hayan incurrido en diferentes causales establecidas por el ordenamiento jurídico.

Como se señaló, en armonía con lo establecido por el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la acción de tutela

fue establecida con el propósito de garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas, cuando estos han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública —y en ciertos casos de particulares—. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, que consagra la acción de tutela, esta acción puede ser presentada ante cualquier juez de la República y deberá ser fallada en un plazo máximo de diez días. La sentencia puede ser impugnada ante el superior. Todos los procesos de tutela son enviados a la Corte Constitucional, la cual selecciona discrecionalmente las sentencias que revisará.

La acción de tutela es considerada como la innovación más importante introducida por la Constitución de 1991. Las cifras acerca de su uso dan cuenta de cómo los colombianos la han incorporado dentro de sus relaciones con la administración pública y con particulares ante los que se encuentran en una posición de subordinación o indefensión. Hasta el 31 de diciembre de 2005, se habían instaurado en el país 1.262.346 acciones de tutela. Precisamente, el amplio uso de la acción permite afirmar que la tutela ha generado toda una revolución jurídica, en la medida en que a través de ella se han ido constitucionalizando todos los espacios de la vida social y política del país. En realidad, casi no hay temas relacionados con la convivencia social sobre los cuales no se haya solicitado la intervención judicial a través de la tutela. En la práctica esto ha significado tanto que los distintos espacios sociales reciban exigencias para que se adapten a los principios y los derechos contemplados en la Constitución, como que los jueces hayan adquirido un papel principal en el ordenamiento de la vida social y política.

Sin embargo, alrededor de la acción de tutela también se han generado distintos conflictos. Dentro de la Rama Judicial, estas disputas se han concentrado fundamentalmente en la obligación de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado de conocer sobre las acciones de tutela y en la existencia de la tutela contra providencias judiciales.

Este artículo trata sobre el conflicto existente entre las Altas Cortes en torno a la tutela contra sentencias, conocido como el “choque de trenes”. Este litigio surgió desde el primer momento de actuación de la Corte Constitucional y reaparece cada cierto tiempo en los debates públicos del país, en ocasiones con mucha rudeza.

Por cierto, se ha vuelto costumbre que, cuando se presentan cambios en las directivas de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, los nuevos presidentes de esas corporaciones judiciales expresen su inquietud acerca del punto y propongan reformas constitucionales al respecto. Por eso nos ha parecido importante transcribir amplios apartes de una entrevista concedida, en febrero de 2005, por el entonces presidente de la Corte Suprema de Justicia, Carlos Isaac

Náder.² Sus afirmaciones permiten entender cuán arduo y complejo es el debate en Colombia sobre la tutela contra sentencias:

—¿Es cierto que ha pedido al Congreso que detenga el estudio de las reformas a la justicia que han sido presentadas?

—La Corte Suprema, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura hemos creído prudente pedir que se paren los proyectos que están en el Senado mientras concertamos puntos para poder presentar una reforma a la justicia desde el propio seno de la Rama Judicial.

—¿Y cuáles son esos puntos?

—Uno, descongestión judicial. Dos, hacienda y presupuesto. Tres, el gobierno de la Rama Judicial. Y cuatro, el famoso “choque de trenes”.

[...]

—¿Y qué estudian sobre el “choque de trenes”?

—Tiene que existir una forma para terminar con este choque y no puede ser diferente a que la Corte Constitucional admita que no puede examinar las decisiones judiciales de los órganos límite. Creemos que lo que le permitía a la Corte Constitucional fallar tutelas contra decisiones judiciales era el Decreto 2591, pero ellos mismos, en la sentencia [C-] 543 del 92, retiraron del mundo jurídico esa posibilidad.

—¿No pueden fallar tutelas contra decisiones de la Corte Suprema?

—No, porque el único que puede conocer del recursos de casación es la Corte Suprema dentro de la jurisdicción ordinaria. Somos órgano límite con amparo constitucional. Ellos no están por encima de nosotros.

—¿Y cómo se logra solucionar el choque de trenes, si uno de los “trenes”, la Corte Constitucional, no participa de la búsqueda de una fórmula?

—Soy un poco romántico y creo que podemos llegar a un acuerdo. Si no lo hay, el problema lo tiene el Congreso, pero el país no puede seguir como va; definitivamente hay que delimitar las competencias.

—¿Y quién lo hace?

—El Congreso a través de una reforma a la Constitución.

—Si se requiere una reforma, quiere decir que es la actual Constitución la que faculta a la Corte Constitucional para fallar contra sentencias...

—Sí. Pero no contra las decisiones de los órganos límite. El artículo 86 no lo permite.

—Pero la Corte Constitucional se basa precisamente en ese artículo para fallar tutelas contra sentencias...

—Veamos el artículo 86: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar [...] la protección inmediata

2 La entrevista fue publicada en el diario *El Tiempo*, del 20 de febrero de 2005. Es importante anotar que el magistrado Náder proviene de la Sala de Casación Laboral, que ha sido la sala más renuente de la Corte Suprema de Justicia para aceptar la existencia de la tutela contra sentencias.

de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública”. Autoridad pública es tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema y si señalan que el artículo 86 es el que los faculta para conocer decisiones judiciales, sus fallos también podrían ser revisados por cualquier juez de la república, lo que, desde luego, es imposible.

—¿En dónde está la prohibición de que la Corte Constitucional revise fallos de la Corte Suprema a través de tutelas?

—En las competencias que tienen los órganos límites. El artículo 234 de la Constitución dice que la Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y ellos, en la sentencia [C-] 543 del año 92, dijeron que no puede haber tutelas contra sentencias judiciales.

—Pero es que esa misma sentencia admite tutelas contra sentencias “en casos excepcionales” y entiendo que ustedes, en la Corte Suprema, fueron los primeros en acogerse a esa excepcionalidad y aceptar una tutela contra una sentencia...

—Evidentemente es así. Fue la Sala de Casación Civil la que ideó por primera vez el concepto de vías de hecho que es lo que en la actualidad hace posible que la Corte Constitucional conozca de decisiones judiciales.

—¿Y entonces?

—Mi Sala y yo pensamos que eso es una equivocación porque la simple existencia de un proceso en curso o concluido indica que el afectado tuvo a su disposición un medio judicial para la defensa de su derecho, o sea, que no se da la condición exigida en el artículo 86 para la tutela.

—¿Entonces ustedes no desacatan cuando se niegan a aceptar una tutela de la Corte Constitucional contra un fallo de la Corte Suprema?

—No. No puede haber desacato porque no estamos obligados a obedecer las decisiones judiciales de ellos. Usted puede decir que ellos nos dan una orden que nosotros no cumplimos. Hasta ahí lo admito. Pero no puede decir que “desacatamos”. Para nosotros la única decisión válida es la que emite la Corte Suprema de Justicia tratándose de decisiones judiciales de órganos límite. Nosotros no decimos que la Corte Constitucional no sea última instancia en materia de derechos fundamentales. Pero no lo es cuando se trata de decisiones judiciales, porque estamos en pie de igualdad.

—¿En consecuencia, ustedes no aceptan ningún fallo contra sentencias?

—Ninguno.

—¿Solo han desatendido dos fallos de tutela contra sus sentencias?

—Muchos más. Pero no solo es eso. Este país está “patas arriba”. Ya no solamente es la Corte Constitucional, es el Consejo Seccional y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de Cundinamarca: están orientando toda la jurisprudencia laboral, creo que también ya la penal y la civil. Y esa misión, por Constitución, la tiene la Corte Suprema.

—¿Y qué es lo que está ocurriendo?

—Por vía de tutela los consejos seccionales de la judicatura ya conocen de decisiones judiciales; todas las decisiones judiciales de la Corte Suprema de Justicia o de la jurisdicción ordinaria van últimamente, por tutela, al conocimiento de estos consejos. No son especialistas y están orientando la jurisprudencia, lo cual es sumamente peligroso.

—¿Estas acciones de los consejos seccionales de la judicatura han sido excepcionales?

—No, infinidades. Eso nos tiene preocupados porque atenta contra la independencia judicial.

—¿Están “tumbando” fallos de la Corte?

—¡Claro! Muchísimos, por vía de tutela. Estamos en un momento en que usted, con una decisión de la Corte Suprema de Justicia, que es un órgano límite, no tiene absolutamente nada. Usted, en un juego limpio, luego de seis, ocho años de examen, con las garantías procesales del caso, revisando todas las pruebas y con una decisión final de la Corte Suprema, de pronto, por vía de tutela no tiene absolutamente nada.

—¿Y ustedes no contribuyen a ese desorden, a ese “país patas arriba” no aceptando los fallos de tutela de la Corte Constitucional?

—¡No, hombre! Estamos, precisamente, dándole orden.

—Si la Corte Constitucional dice que sí proceden tutelas contra sentencias de la Corte y la Suprema dice que no, ¿quién tiene la razón?

—Por eso es que se necesita una reforma a la justicia.

—¿Y cómo la van a preparar sin consultar a la Corte Constitucional?

—Tenemos que concertar con ellos. Vamos a pedir su acompañamiento...

Como se observa, el asunto de la tutela contra sentencias ocupaba un lugar central en la agenda de reformas a la administración de justicia del expresidente de la Corte. Pero, además, el texto delata el gran malestar que genera este instituto en algunas de las Altas Cortes y su disposición para oponerse a él, y permite comprender por qué la disputa en torno a este punto es a veces tan aguda.

Como se ha señalado, el presente artículo pretende ocuparse de la disputa entre las altas cortes alrededor de la tutela contra sentencias. Por eso, en una primera parte se mostrará cómo ha sido la evolución del conflicto sobre este tema y cuáles son las dimensiones que ha alcanzado. Luego, se describirá cuál es la jurisprudencia actual de la Corte Constitucional sobre la tutela contra sentencias. A continuación, el escrito tratará sobre por qué es importante para el Estado constitucional la existencia de la tutela contra sentencias, para lo cual se hará referencia a algunas experiencias comparadas. Por último, se harán algunas consideraciones finales sobre las consecuencias de la disputa entre las Altas Cortes sobre el punto.

II. La evolución del conflicto sobre la tutela contra sentencias

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció la acción de tutela. El artículo dispuso que ella podría ser instaurada ante los jueces, para solicitar la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos fueran vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o, en ciertos casos, por la acción u omisión de particulares. La norma dispuso que la tutela solamente procedería cuando la persona afectada no contara con otro mecanismo judicial para exigir la protección de sus derechos, salvo que se tratara de evitar que se presentara un perjuicio irremediable, caso en el cual la tutela cabría como un mecanismo transitorio.³

Mediante el Decreto 2591 de 1991 se reglamentó la acción de tutela. El decreto contempló la posibilidad de entablar acciones de tutela contra providencias judiciales. Para ello estableció que la acción contra las providencias caducaría en el término de dos meses luego de que ellas se hubieren ejecutoriado. Además, el decreto dispuso que estas acciones debían instaurarse ante el superior jerárquico respectivo de la autoridad judicial acusada, o ante la sala o sección que seguía en orden a la sala o sección de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, respectivamente, que hubiere dictado la providencia impugnada.⁴

3 El texto del artículo 86 es el siguiente:

“Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos 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, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

“Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que 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”.

4 Los artículos 11 y 40 del Decreto prescribían:

“Artículo 11. Caducidad. La acción de tutela podrá ejercerse en todo tiempo salvo la dirigida contra sentencias o providencias judiciales que pongan fin a un proceso, la cual caducará a los dos meses de ejecutoriada la providencia correspondiente. [...]

“Artículo 40. Competencia especial. Cuando las sentencias y las demás providencias judiciales que pongan término a un proceso, proferidas por los jueces

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional comenzó a seleccionar, para revisión, tutelas instauradas contra providencias judiciales. Desde el primer momento, esta decisión generó divisiones dentro de la misma Corte y produjo enfrentamientos con los demás altos tribunales. La primera sentencia en este sentido fue la T-006 de 1992,⁵ en la cual la Corte conoció en revisión sobre una acción de tutela presentada contra una sentencia dictada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. La tutela había sido conocida inicialmente por la

superiores, los tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, amenacen o vulneren un derecho fundamental, será competente para conocer de la acción de tutela el superior jerárquico correspondiente.

“Cuando dichas providencias emanen de Magistrados, conocerá el Magistrado que le siga en turno, cuya actuación podrá ser impugnada ante la correspondiente sala o sección.

“Tratándose de sentencias emanadas de una sala o sección, conocerá la sala o sección que le sigue en orden, cuya actuación podrá ser impugnada ante la sala plena correspondiente de la misma Corporación.

“Parágrafo 1o. La acción de tutela contra tales providencias judiciales solo procederá cuando la lesión del derecho sea consecuencia directa de estas por deducirse de manera manifiesta y directa de su parte resolutive, se hubieren agotado todos los recursos en la vía judicial y no exista otro mecanismo idóneo para reclamar la protección del derecho vulnerado o amenazado. Cuando el derecho invocado sea el debido proceso, la tutela deberá interponerse conjuntamente con el recurso procedente.

“Quien hubiere interpuesto un recurso, o disponga de medios de defensa judicial, podrá solicitar también la tutela si esta es utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. También podrá hacerlo quien, en el caso concreto, careciere de otro mecanismo de defensa judicial, siempre y cuando la acción sea interpuesta dentro de los 60 días siguientes a la firmeza de la providencia que hubiere puesto fin al proceso.

“La tutela no procederá por errónea interpretación judicial de la ley ni para controvertir pruebas.

“Parágrafo 2o. El ejercicio temerario de la acción de tutela sobre sentencias emanadas de autoridad judicial por parte del apoderado será causal de sanción disciplinaria. Para efectos, se dará traslado a la autoridad correspondiente.

“Parágrafo 3o. La presentación de la solicitud de tutela no suspende la ejecución de las sentencias o de la providencia que puso fin al proceso.

“Parágrafo 4o. No procederá la tutela contra fallos de tutela”.

5 Es importante anotar que las sentencias de la Corte Constitucional se identifican con las iniciales T y C, para indicar si se trata de sentencias de tutela o de constitucionalidad. A continuación de la letra inicial se anota el número de la sentencia y el año de la misma. Así, la providencia T-006 de 1992 es una sentencia de tutela y es el sexto fallo dictado por la Corte durante el año de 1992. Cabe aclarar que las sentencias de constitucionalidad son dictadas por la Sala Plena de la Corte, es decir, por los nueve magistrados integrantes de la Corporación. Por su parte, las sentencias de tutela son proferidas por las distintas Salas de Revisión, las cuales se componen de tres magistrados. En total, existen nueve salas de revisión de tutelas, y cada magistrado forma parte de tres salas: en una de ellas actúa siempre como magistrado ponente, mientras que en las dos restantes evalúa las ponencias de los magistrados sustanciadores. En algunas ocasiones, la Sala Plena de la Corte decide sobre acciones de tutela, con el fin de unificar jurisprudencia o de sentar doctrina sobre un tema especialmente sensible. Estas sentencias se identifican con las letras SU (sentencia de unificación). Todas las decisiones se toman por mayoría simple.

Sala de Casación Civil, la cual la denegó con los argumentos de que esta acción no procedía contra providencias judiciales ejecutoriadas y de que la Sala no era competente para juzgar sobre las sentencias de las demás Salas. Incluso, la Sala consideró que los mencionados artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991 era inconstitucionales y procedió a inaplicarlos, por vía de excepción. En esa ocasión, la Corte Constitucional, en decisión dividida, procedió a refutar los argumentos de la Sala de Casación Civil y a fundamentar constitucionalmente la existencia de la tutela contra sentencias judiciales. Por lo tanto, decidió revocar la sentencia y le ordenó a la Sala de Casación Civil que dictara un fallo de fondo sobre la demanda de tutela.

Las divergencias alrededor de la tutela contra sentencias continuaron dentro de la misma Corte Constitucional⁶ hasta que se expidió la primera sentencia de constitucionalidad sobre el punto, la sentencia C-543 de 1992. Esta sentencia decidió que eran inconstitucionales los ya mencionados artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991.⁷ En la sentencia se manifestó que la tutela no había sido concebida para impugnar decisiones judiciales y que la tutela contra sentencias vulneraba los principios de la cosa juzgada y la seguridad jurídica, y el de la autonomía funcional del juez.

Empero, la sentencia abrió una posibilidad para que los jueces de tutela pudieran conocer sobre las sentencias judiciales, cual fue la de que la sentencia constituyera una actuación de hecho, al margen del ordenamiento jurídico. Dijo la sentencia al respecto:

Ahora bien, de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable,

6 Ver por ejemplo las sentencias T-223, T-413, T-474, T-523 y T-531, que trataron sobre tutelas contra providencias judiciales y en las cuales siempre hubo salvamentos o aclaraciones de voto sobre este tema.

7 La sentencia fue también muy dividida, pues el resultado de la votación fue de cuatro contra tres. En esa época, la Corte contaba solamente con siete magistrados.

para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (arts. 86 de la Constitución Política y 80 del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia.

En vista de lo decidido en la sentencia C-543 de 1992, durante un tiempo la Corte procedió a declarar improcedentes las acciones de tutela instauradas contra providencias judiciales. Sin embargo, a partir de la sentencia T-079 de 1993 se empezó a dar un giro en la jurisprudencia con base en la excepción planteada en la misma sentencia C-543 de 1992. Así, se pasó a afirmar que sí cabía la tutela contra las sentencias que incurrieran en vías de hecho y empezó el desarrollo de la doctrina sobre estas.⁸

De esta manera, en la sentencia T-231 de 1994 se afirmó que no podía considerarse como vinculante una decisión judicial que se encontraba “ostensiblemente al margen de la ley, de los hechos que resulten probados o con abierta preterición de los trámites y procedimientos establecidos...”. En la sentencia se afirmó que las vías de hecho judiciales se configuraban por defectos sustantivos, orgánicos, fácticos o procedimentales. Estos defectos fueron definidos de la siguiente manera en la sentencia T-008 de 1998:

A este respecto, la Corte ha indicado que hay lugar a la interposición de la acción de tutela contra una decisión judicial cuando (1) la decisión impugnada se funda en una norma evidentemente inaplicable (defecto sustantivo); (2) resulta incuestionable que el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión (defecto fáctico); (3) el funcionario judicial que profirió la decisión carece, en forma absoluta, de competencia para hacerlo (defecto orgánico); y, (4) el juez actuó completamente por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental). En criterio de la Corte “*esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparecerá su descalificación como acto judicial*”.⁹ Revisadas las decisiones pertinentes, parece claro que, implícita o expresamente, cada vez que esta Cor-

8 Es interesante anotar que la sentencia T-079 de 1993 se limitó a confirmar un fallo de tutela de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el cual se afirmó que en ese caso concreto sí cabía la tutela contra la sentencia que se analizaba, por cuanto ella vulneraba el derecho al debido proceso. A pesar de este fallo, durante un tiempo algunas Salas de Revisión siguieron declarando que no procedía la tutela contra las sentencias. Así se afirmó, por ejemplo, en las sentencias T-117 y T-147 de 1993.

9 T-231/94, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

poración confiere un amparo constitucional contra una sentencia judicial, lo hace fundada en uno de estos cuatro posibles defectos.

La doctrina acerca de que las sentencias que constituían vías de hecho podían ser objeto de revisión por parte de los jueces de tutela generó consenso en la Corte Constitucional y fue aceptada paulatinamente por la mayoría de las salas y secciones de las demás altas cortes.¹⁰

Por otra parte, con el tiempo se observó que la declaración de inconstitucionalidad de las normas que regulaban la tutela contra sentencias había originado una serie de vacíos que debían llenarse. De esta manera, la misma Corte Constitucional determinó por vía jurisprudencial que las tutelas contra providencias judiciales debían ser instauradas dentro un plazo razonable, que se juzgaría en cada caso concreto. Igualmente, la Corte estableció que no cabía la tutela contra sentencias de tutela.

De la misma manera, la decisión de declarar la inconstitucionalidad del artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, significó la eliminación de las normas que regulaban las competencias en materia de tutela contra sentencias. Ello había generado que estas tutelas fueran conocidas por todos los jueces, sin consideración al rango de la autoridad judicial que había dictado la providencia atacada. Esta situación vino a ser remediada mediante el Decreto 1382 de 2000, mediante el cual el Gobierno determinó que las tutelas dirigidas contra providencias de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado o de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura se debían entablar ante esas mismas corporaciones judiciales y serían resueltas por las salas, secciones o subsecciones que determinaran los reglamentos de esas mismas cortes.¹¹

10 Más detalles sobre los desarrollos reseñados en Manuel Quinche Ramírez: *Vías de hecho, Acción de Tutela contra providencias*. Ed. Huella de Ley, Bogotá, 2001.

11 El Decreto 1382 de 2000, “Por el cual establecen reglas para el reparto de la acción de tutela”, dispuso al respecto:
“Artículo 1°. [...] 2. [...] Lo accionado contra la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, será repartido a la misma corporación y se resolverá por la Sala de Decisión, Sección o Subsección que corresponda de conformidad con el reglamento al que se refiere el artículo 4° del presente decreto. [...]”
“Artículo 4°. Los reglamentos internos de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, podrán determinar que los asuntos relacionados con el conocimiento de la impugnación de fallos de acción de tutela sean resueltos por Salas de Decisión, Secciones o Subsecciones conformadas para tal fin. Así mismo determinará la conformación de Salas de Decisión, Secciones o Subsecciones para el conocimiento de las acciones de tutela que se ejerzan contra actuaciones de la propia corporación, a las que se refiere el inciso 2° del numeral 2 del artículo 1° del presente decreto”.

La consolidación gradual de la doctrina sobre las vías de hecho condujo a la Corte Constitucional a seleccionar con alguna frecuencia tutelas elevadas contra sentencias judiciales de las Altas Cortes y a dejar sin efecto varias de ellas. Esta situación ha reavivado el conflicto entre las Altas Cortes. De esta manera, mientras la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura ha respaldado la posición de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y las Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia han revivido su oposición a la posibilidad de entablar acciones de tutela contra sentencias. Así, luego de que la Corte Constitucional declarara que una sentencia que había declarado la pérdida de investidura de un congresista constituía una vía de hecho, la Sala Plena del Consejo de Estado decidió, en junio de 2004, que la acción de tutela era improcedente contra providencias judiciales que pusieran fin a un proceso o actuación, para lo cual remitió a lo expresado en la sentencia C-543 de 1992 de la Corte Constitucional.¹²

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa desde un principio en aseverar que la tutela no cabe contra las providencias judiciales, afirmación que sustenta precisamente con lo dispuesto en la mencionada Sentencia C-543 de 1992. A su vez, las salas de Casación Civil y Penal han reconocido la procedencia de la acción de tutela contra sentencias que constituyan vías de hecho, con excepción de las sentencias de casación, puesto

12 Ver auto del 29 de junio de 2004 de la Sala Plena del Consejo de Estado, dictado dentro del expediente AC-10203, actora: Ana Beatriz Moreno Morales, C. P. Nicolás Pájaro Peñaranda. La decisión del Pleno del Consejo de Estado condujo a las Secciones de la Corporación a abandonar el criterio de que la acción de tutela procedía contra sentencias judiciales que constituían vías de hecho. Así lo hizo, por ejemplo, la Sección Primera, en su sentencia del 9 de julio de 2004, proferida dentro de la acción de tutela número 2004-00308, actora: Inés Velásquez de Velásquez, C. P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Es importante recordar que esta misma Sección había declarado con anterioridad, en sentencia del 18 de julio de 2002, la constitucionalidad de varios artículos del ya mencionado Decreto 1382 de 2000, que estableció las reglas de competencia para las acciones de tutela contra sentencias. También la Sección Cuarta se adhirió a la posición de la Sala Plena, en un fallo del 4 de noviembre de 2004. Sin embargo, poco después, en providencia del 2 de diciembre de 2004, reafirmó la posibilidad de instaurar una tutela contra una providencia que constituyera una vía de hecho. Finalmente, la Sección Quinta ha sido insistente en reiterar, desde un principio, que la acción de tutela es improcedente contra providencias judiciales (ver, por ejemplo, la sentencia de segunda instancia dictada por la Sección Quinta, el 3 de febrero de 2006, C. P. Reinaldo Chavarro, dentro del proceso de tutela instaurado por María Romilda Sosa contra una sentencia de la Sección Segunda - Exp. 1100103150002005-01024-01. En la sentencia se remite a la sentencia de la Sala Plena del 3 de febrero de 1992, expediente AC 015, C. P. Luis Eduardo Jaramillo, y a las sentencias de tutela de la Sección Quinta dictadas el 2 de octubre de 1997, expediente AC-5143, y el 25 de enero de 2000, expediente 0270).

que estas son dictadas por los órganos límite dentro de las respectivas jurisdicciones.¹³

El conflicto se ha manifestado en tres formas. La primera de ellas a través de la posición reiterada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado de declarar, actuando como jueces de tutela, que la tutela contra sentencias es improcedente en todos los casos, razón por la cual no conocen de fondo sobre las peticiones que se tramitan a través de esta acción.

Por otra parte, algunas salas de la Corte Suprema de Justicia se negaron a darle trámite a las acciones de tutela presentadas contra sentencias dictadas por otras salas de esa Corporación. De esta manera, simplemente ordenaron archivar las peticiones de tutela, sin pronunciarse sobre ellas. En vista de ello, algunos ciudadanos afectados por esa decisión se dirigieron a la Corte Constitucional, en busca de un remedio judicial. La Corte dispuso inicialmente que esas demandas le debían ser remitidas y luego de seleccionarlas para revisión ordenó que se fallara de fondo sobre las pretensiones de las tutelas. Empero, con el tiempo, las salas de casación cesaron de enviar las demandas a la Corte. En vista de ello, la Corte Constitucional determinó, en el auto de la Sala Plena 004 de 2004,¹⁴ que todas las personas a cuyas demandas de tutela se les había negado el trámite respectivo por las distintas salas de casación de la Corte Suprema de Justicia podían presentar la misma demanda ante cualquier juez, incluyendo a las otras Altas Cortes.¹⁵ En la práctica, ello ha conducido a que las demandas que han

13 En sentencia del 4 de febrero de 2005, dictada dentro del expediente 11001-02-03-000-2005-00072-00 la Sala de Casación Civil expresó: "Puestas así las cosas es claro para esta Sala que al ser la Corte Suprema de Justicia el órgano límite de la jurisdicción ordinaria, resulta manifiesto que ninguna autoridad está facultada para alterar la condición inmutable de que están revestidas sus decisiones, luego mal pueden quedar sujetas a un nuevo examen por vía de tutela así sea este efectuado por ella misma". En relación con la Sala de Casación Penal ver la sentencia de tutela del 19 de agosto de 2004, dentro del proceso con radicación 17389.

14 Este auto fue reiterado en los autos de Sala Plena 011, 020, 021, 026, 031 y 046 de 2004.

15 En la parte resolutive del auto se dispuso:
"Primero. Decidir que los accionantes a los que se refiere la parte motiva de esta providencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 tienen el derecho de acudir ante cualquier juez (unipersonal o colegiado), incluyendo una Corporación de igual jerarquía a la Corte Suprema de Justicia, para reclamar mediante la acción de tutela la protección del derecho fundamental que consideran violado con la actuación de una Sala de Casación de dicha Corte. Por secretaría oficiase a cada uno de los accionantes.
"Segundo. Para otros casos en que exista la misma situación de vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia y la no tutela judicial efectiva de sus derechos fundamentales, por no admitir a trámite la acción de tutela contra providencia de la Corte Suprema de Justicia, con fundamento en el ar-

sido archivadas por las salas de casación sean presentadas nuevamente ante la jurisdicción disciplinaria —en primera instancia, los consejos seccionales, y en segunda instancia la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura— la cual les ha dado el trámite correspondiente, a pesar de la oposición manifestada en cada caso por las salas de la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, el conflicto también se ha expresado a través de la renuencia de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado para dictar una nueva sentencia, en aquellos casos en los que la Corte Constitucional ha dejado sin efectos sentencias de esas corporaciones judiciales y ha ordenado que se dicte otro fallo, de acuerdo con los lineamientos establecidos en la sentencia de la Corte. Esta situación ha conducido a la Corte Constitucional a dictar ella misma la sentencia de reemplazo, impartiendo las órdenes pertinentes,¹⁶ o a adicionar sus sentencias en el sentido de declarar que una sentencia de un tribunal inferior, que coincidía con la decisión de la Corte Constitucional pero que había sido revocada por la Corte Suprema, recuperaba su valor jurídico.¹⁷

El conflicto entre las Altas Cortes se ha extendido también a otros ámbitos. Así, en el último tiempo, distintos ciudadanos han acudido ante la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes para denunciar a magistrados de la Corte Suprema de Justicia, por negarse a acatar las sentencias de tutela que dejaban sin efecto providencias de esta última Corporación Judicial. También la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura ha dado traslado a la Comisión de Acusaciones de las quejas que recibe en este sentido. De otra parte, recientemente, la Corte Suprema de Justicia decidió denunciar a

título 37 del Decreto 2591 de 1991 los ciudadanos tienen el derecho de acudir ante cualquier juez (unipersonal o colegiado), incluyendo una Corporación de igual jerarquía a la Corte Suprema de Justicia, para reclamar mediante una acción de tutela la protección del derecho fundamental que consideran violado con la actuación de una Sala de Casación de dicha Corte”.

16 Así lo hizo, por ejemplo, en la sentencia T-951 de 2003, que trataba sobre una solicitud de tutela contra providencias judiciales que habían negado el reconocimiento de una pensión de invalidez. En esa ocasión, la Corte declaró la nulidad de los fallos judiciales y le ordenó al Instituto de los Seguros Sociales que adelantara los trámites para el reconocimiento de la pensión.

17 Este fue el caso tratado en el auto de Sala Plena del 17 de febrero de 2004, referido a la sentencia SU-1185 de 2001. En esta sentencia se había declarado sin efecto una providencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que había negado el reconocimiento de una pensión de jubilación. Puesto que la Sala de Casación Laboral se negó a dictar una nueva sentencia, en el referido auto se dispuso que recuperaba su valor jurídico la sentencia del Tribunal que había sido revocada por la Sala de Casación Laboral, en la cual se habría reconocido la pensión solicitada.

miembros de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, por cuanto, a través de una sentencia de tutela, resolvieron dejar sin efecto una sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.¹⁸

También el conflicto ha llegado hasta el sistema interamericano de derechos humanos. En el año 2001, la Sala Plena de la Corte Constitucional dictó la sentencia SU-1185, mediante la cual dejó sin efecto una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que había negado el reconocimiento de una pensión de jubilación, y le ordenó dictar una nueva providencia. Esta última Sala respondió que mantendría su sentencia. El afectado decidió presentar el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual admitió su petición en febrero de 2004.

Una situación similar se presentó con la sentencia T-678 de 2003, en la cual la Corte Constitucional le ordenó a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que le diera trámite a una demanda de tutela contra una providencia de la Sala de Casación Penal, para lo cual había de seguir distintos lineamientos que fijaba el mismo Tribunal Constitucional. También en esta ocasión la Sala de Casación Civil se negó a cumplir con la sentencia de tutela. En vista de ello, el afectado decidió acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual decidió admitir el caso en febrero de 2005.

Para terminar este aparte es importante mencionar que en la sentencia C-590 de 2005, la Corte estableció la inconstitucionalidad parcial de una norma del Código de Procedimiento Penal, por cuanto determinaba que contra las sentencias de casación no cabía sino el recurso de revisión, con lo cual excluía la procedencia de la acción de tutela contra esas sentencias. En la providencia, la Corte Constitucional recogió la doctrina que había venido elaborando durante los últimos 10 años acerca de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. La Corte indicó que la acción de tutela contra sentencias constituye uno de los mecanismos más importantes de articulación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, por cuanto garantiza la primacía de la Constitución y tiende a permitir la aplicación coherente de los derechos fundamentales. Con ello, en criterio de la Corte, se promueven los principios de igualdad y seguridad jurídica.

Dado que la sentencia C-590 de 2005 fue una sentencia de constitucionalidad era de esperarse que fuera acatada, en atención a la norma de la Constitución que establece el principio de la cosa juzgada constitucional. Sin embargo, todo siguió igual, e incluso la sentencia

18 Es importante aclarar que el Congreso es el órgano de juzgamiento disciplinario de los magistrados de las Altas Cortes.

comenzó ya a ser cuestionada. Es así como, en un reciente fallo de tutela, la Sección Primera del Consejo de Estado decidió inaplicar lo establecido en la sentencia, con el argumento de que la Corte Constitucional ya se había pronunciado de manera definitiva sobre el punto en la sentencia C-543 de 1992, razón por la cual, en virtud del principio de la cosa juzgada constitucional, no podía ahora variar su posición.¹⁹ De esta manera, el conflicto continúa.

III. La doctrina actual de la Corte Constitucional sobre la tutela contra sentencias

La Corte Constitucional de Colombia ha elaborado una detallada doctrina a través de la cual se han definido rigurosos requisitos de procedibilidad aplicables de manera exclusiva a la acción de tutela contra decisiones judiciales. Estos requisitos limitan de forma sustancial el ámbito de competencia del juez constitucional a la hora de conocer una acción de tutela contra una sentencia judicial. La Corte ha estimado que la aplicación estricta de esta doctrina puede lograr un balance razonable entre, por una parte, el deber de proteger los derechos fundamentales de las personas frente a las decisiones judiciales y, por la otra, el respeto por las funciones propias que la Constitución ha asignado al juez ordinario como defensor de la legalidad y el debido proceso.

La Corte ha entendido que para que el juez constitucional pueda conocer de fondo sobre una tutela contra una decisión judicial es necesario que se cumplan los siguientes seis requisitos generales de procedibilidad: 1) que se trate de un asunto de evidente relevancia *iusfundamental*; 2) que se hubieren agotado todos los mecanismos ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, salvo que la acción se interponga como mecanismo transitorio para evitar la consumación

19 La sentencia fue dictada dentro del proceso de tutela iniciado por Sancho BBDO Worldwide INC. S.A. Sancho/BBDO contra un fallo de la Sección Cuarta del Consejo de Estado (expediente 11001-03-15-000-2005-00947-01). En la sentencia de tutela de segunda instancia, dictada el 9 de febrero de 2006, por la Sección Primera, M. P. Claudia Rojas, se afirma que la Sección había acogido la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional, en la sentencia C-543 de 1992, y por el mismo Consejo de Estado, “en el sentido de señalar como regla general la improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, que pongan fin a un proceso”. Por eso afirma después: “Precisamente en respeto del principio constitucional de la cosa juzgada consagrada en el artículo 243 de la Constitución Política, según el cual ‘Los fallos que la Corte Constitucional dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional’, esta Sala inaplicará la sentencia C-590 de 2005 proferida por la misma Corte Constitucional al considerar que esta última vulnera el principio de la cosa juzgada constitucional al modificar en forma sustancial la jurisprudencia contenida en la sentencia C-543 de 1992 relativa a la procedencia de la tutela contra providencias judiciales que ponen fin a un proceso”.

de un perjuicio irremediable sobre un derecho fundamental; 3) que el actor identifique con claridad cuál es el derecho vulnerado y el hecho que causa la vulneración; 4) que la acción u omisión judicial que acusa el actor de violar sus derechos fundamentales hubiere tenido, o pueda tener, un efecto directo, sustancial y determinante sobre la sentencia judicial respectiva; 5) que la acción no se interponga contra una sentencia de tutela; 6) que la acción de tutela se interponga dentro de un plazo razonable y oportuno contado a partir del momento en el cual el interesado conoció o debió conocer la decisión judicial impugnada.

Superados los anteriores requisitos, la Corte Constitucional ha considerado que la tutela solo puede proceder si, adicionalmente, se puede calificar la actuación del juez como una vía de hecho judicial. Sin embargo, de manera muy excepcional, la Corte ha considerado que la tutela procede contra decisiones judiciales que vulneren directamente el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales. En decisiones recientes, la Corte ha encontrado que en estos casos no es necesario demostrar que la decisión judicial constituye una *vía de hecho*.

A continuación, nos detendremos más detalladamente en la explicación de cada uno de los llamados “requisitos generales” y “especiales” de procedibilidad de la tutela contra sentencias, según la doctrina constitucional.²⁰

1. Requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias

- 1) El juez constitucional solo puede conocer de una acción de tutela presentada contra una decisión judicial si dicha acción plantea una cuestión de evidente relevancia iusfundamental. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que el juez constitucional no tiene competencia para estudiar asuntos de mera legalidad que no tengan relación directa y evidente con el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales. De esta manera la Corte pretende evitar que la acción de tutela se convierta en una nueva instancia o que termine reemplazando los recursos ordinarios o extraordinarios propios del proceso ordinario.²¹

20 Esta parte del documento se basa en buena medida en el artículo *Tutela contra providencias judiciales*, de Catalina Botero Marino, publicado en la Revista Precedente de la Facultad de Derecho y Humanidades de la Universidad ICE-SI, en Cali, 2002. Una versión actualizada del mismo, titulada *La Tutela contra sentencias en Colombia*, será publicada próximamente por la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

21 Ver, entre otras, las sentencias T-173/93, SU-159/02, SU-1159/03 y T-685/03.

La regla anterior es probablemente la más importante a la hora de separar los ámbitos competenciales de las distintas cortes. Sin embargo, es también la más difícil de aplicar. Ciertamente, existen casos que evidentemente no son de competencia del juez constitucional, puesto que en ellos no se encuentra comprometida la protección de un derecho fundamental. También existen casos de evidente relevancia constitucional, como aquellos en los cuales el juez ordinario ha aplicado una norma que previamente había sido declarada inconstitucional por parte de la Corte.

Sin embargo existen casos más difíciles cuya relevancia constitucional no es tan clara. En este sentido, no sobra recordar que la diferencia entre los asuntos constitucionales y legales es, probablemente, una de las más problemáticas del tema que se estudia. A este respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido algunos criterios de distinción entre estos dos ámbitos. Por ejemplo, con respecto al debido proceso, ha diseñado algunos criterios para advertir aquellos aspectos de este derecho que son de relevancia constitucional y los que son de relevancia legal.²² Según la Corte, el debido proceso constitucional (CP, art. 29) protege las garantías esenciales o básicas de cualquier proceso. Dichas garantías son el derecho al juez natural;²³ el derecho a presentar y controvertir las pruebas; el derecho de defensa —que incluye el derecho a la defensa técnica—; el derecho a la segunda instancia en el proceso penal; el principio de predeterminación de las reglas procesales o principio de legalidad; el derecho a la publicidad de los procesos y decisiones judiciales y la prohibición de juicios secretos.²⁴

- 2) El juez de tutela solo será competente para conocer una acción contra una decisión judicial si previamente fueron agotados todos los mecanismos ordinarios y extraordinarios de defensa de los derechos involucrados. En este sentido, para que el juez constitucional pueda pronunciarse es necesario que se hayan agotado todos los medios de defensa y que la persona interesada haya alegado, dentro del proceso ordinario, la violación de sus derechos fundamentales. Si la persona deja de acudir a los mecanismos ordinarios o extraordinarios de defensa, o acude a ellos pero omite alegar la violación de sus derechos fundamentales, el juez de tutela deberá declarar improcedente la acción.

22 Al respecto se pueden consultar, entre otras, las sentencias SU-159/02, SU-1159/03 y T-685/03.

23 Sobre este derecho y su configuración constitucional, ver la sentencia SU-1184/01.

24 Sentencia T-685/03.

Esta regla tiene dos excepciones. La primera se presenta en aquellos casos en los cuales la persona cuyos derechos pueden estar siendo vulnerados dejó de acceder a los mecanismos ordinarios o extraordinarios de defensa por razones completamente ajenas a su voluntad. Se trata de casos en los cuales no hay el menor asomo de incuria o negligencia de la parte actora. En estos casos resulta desproporcionado privarla de este mecanismo de defensa por el incumplimiento del requisito estudiado. Esta hipótesis se presenta, por ejemplo, cuando la persona que dejó de acudir a los medios de defensa tiene serios problemas mentales y se encuentra, adicionalmente, en condición de indigencia.

En casos como estos puede resultar abiertamente desproporcionado considerar que la tutela contra decisiones judiciales es improcedente porque la persona afectada dejó de acudir a los medios ordinarios o extraordinarios de defensa judicial.²⁵

La segunda excepción a la regla general se produce cuando la persona acude a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En estos casos, en principio, los efectos del fallo serán transitorios, mientras se llega a una decisión en el proceso ordinario.²⁶

- 3) En principio, el juez constitucional solo puede conocer de una acción de tutela contra una sentencia judicial si el actor ha identificado con claridad y suficiencia: a) la actuación judicial que vulnera o amenaza sus derechos; b) el derecho que, a su juicio, ha resultado vulnerado; y c) las razones de la vulneración.²⁷

Esta carga especial es propia y exclusiva de la tutela contra decisiones judiciales, pues, de manera general, la Corte ha señalado que el demandante en la acción de tutela no tiene obligación de probar los hechos que pone de presente, ni de indicar los derechos que encuentra violados, ni de aportar razones claras y suficientes para explicar la violación de que da cuenta. Basta con que, de buena fe, narre al juez los hechos que conoce y a partir de los cuales considere que sus derechos están siendo violados o amenazados para que el juez deba desplegar todas sus facultades y proteger los derechos fundamentales que encuentre amenazados o vulnerados. Sin embargo, en principio, para que el juez constitucional pueda conocer de una tutela contra una decisión judicial es indispensable que el actor asuma la carga que ha sido mencionada. De otra manera, sal-

25 Sentencias T-567/98, T-329/96 y T-654/98.

26 Sentencias C-543/93, T-327/94 y T-054/03.

27 Sentencia T-654/98.

vo la existencia de una violación evidente de los derechos del actor —control de evidencia—, el juez puede declarar improcedente la solicitud.

- 4) Cuando la acción de tutela ha sido interpuesta contra una actuación realizada dentro de un proceso judicial es necesario que el actor demuestre que dicha actuación tuvo o puede tener un efecto directo, sustancial y determinante sobre la sentencia judicial de fondo. En efecto, si la acción de tutela se interpone contra una actuación judicial que no tuvo un efecto sustancial y determinante en la decisión de fondo, la acción de tutela resulta improcedente. Así, por ejemplo, la Corte ha considerado que, en aquellos casos en los que en el proceso correspondiente reposan pruebas obtenidas con violación del debido proceso, el juez constitucional no puede conceder la tutela contra una sentencia, si dichas pruebas no tuvieron un efecto decisivo o determinante en la correspondiente decisión.²⁸ Sin embargo, en la sentencia C-590/05, la Corte señaló que esta regla no es aplicable cuando se trata de actuaciones procesales que comporten una lesión grave y evidente de los derechos fundamentales, como, por ejemplo, la prueba obtenida bajo tortura.
- 5) El juez constitucional solo es competente para pronunciarse sobre una acción de tutela entablada contra una decisión judicial, cuando la acción ha sido instaurada dentro de un término proporcionado y razonable a partir del momento en el cual el actor conoció o debió conocer la respectiva decisión.²⁹ Dada la inexistencia de un término de caducidad de la acción, la Corte ha encontrado que la tutela debe ser interpuesta dentro de un término razonable y proporcionado, de forma tal que este mecanismo de defensa judicial no se convierta en un premio o recompensa para la negligencia de los actores, ni tampoco en un factor de inseguridad jurídica.³⁰ Por esas razones, la inmediatez es un requisito de procedibilidad de la acción de tutela. En desarrollo de este requisito, la Corte ha considerado que, en principio, la tutela que es entablada después de transcurrido más de un año desde la notificación de la decisión judicial respectiva, no satisface el requisito de la inmediatez. Existen sin embargo, algunas excepciones a este principio. Tales excepciones se configuran cuando el actor logra demostrar que se encontraba en absoluta incapacidad de ejercer sus derechos —por ejemplo, por tratarse de una persona secuestrada o de un incapaz

28 Sentencias T-008/98 y SU-159/00.

29 Sentencias C-543/92, SU-961/99, T-575/02, T-900/04, T-309/08 y T-315/05.

30 Sentencias SU-961/99, C-543/92, T-527/01, T-733/01 y T-699/03.

absoluto indebidamente representado— y siempre que la acción tardíamente interpuesta esté dirigida a evitar la consumación de un daño insoportable o desproporcionado respecto de la carga que el actor debe aceptar en virtud de su inacción.³¹

- 6) Finalmente, no procede la acción de tutela contra sentencias de tutela.

2. Requisitos especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias

Como se ha señalado ya, de manera general, la Corte Constitucional considera que la acción de tutela solo procede cuando se puede calificar la actuación del juez como una vía de hecho. Sin embargo, en algunas decisiones recientes, la Corte ha indicado que la acción de tutela contra sentencias también es procedente cuando se ha vulnerado la Constitución, bien sea por desconocimiento del precedente *iusfundamental*, o bien por la afectación directa del texto constitucional.³² Resulta relevante estudiar un poco más en detalle cada una de estas hipótesis.

La doctrina de la vía de hecho judicial contempla cinco causales de procedibilidad de tutela contra sentencias: (1) vía de hecho por defecto procesal; (2) vía de hecho por defecto orgánico o falta de competencia; (3) vía de hecho por defecto fáctico absoluto; (4) vía de hecho por consecuencia; (5) vía de hecho por defecto material o sustantivo. Veamos un poco más en detalle cada una de estas causales.

La vía de hecho por defecto procesal se presenta cuando el funcionario judicial se aparta de manera evidente del procedimiento aplicable y viola con ello el derecho al debido proceso constitucional de la persona afectada.³³ Para que se configure la vía de hecho por defecto procesal es necesario que la violación del procedimiento sea grave y evidente; que el desconocimiento del procedimiento tenga un efecto importante sobre los derechos —procesales o sustantivos— de la persona afectada; y que la irregularidad no se deba a una acción u omisión del afectado. Así, por ejemplo, se configura una vía de hecho por

31 Al respecto afirmó la Corte en la sentencia T-575/02: “Para determinar la procedencia de la acción de tutela, en relación con la regla de la ‘inmediatez’, la Corte ha señalado, entre otros elementos, que el juez constitucional debe constatar: ‘...sí existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes...’, es decir, si es predicable la existencia de una justa causa por la cual no ejercitó la acción de manera oportuna”.

32 Sentencia C-590/05.

33 En este sentido, señaló la Corte en la sentencia T-1180 de 2001: “...cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones, está actuando en forma arbitraria y con fundamento en su sola voluntad”. Ver en el mismo sentido la sentencia SU-478/97.

defecto procesal cuando el juez pretermite completamente una etapa del proceso e impide con ello el ejercicio del derecho de defensa, o cuando deja de notificar una decisión judicial y a consecuencia de ello la parte pierde arbitrariamente la oportunidad de controvertir dicha decisión. No obstante, si la falta de notificación no tiene efectos procesales importantes, si se deriva de un error del afectado, o si no produjo verdaderamente un efecto real —por ejemplo, porque el afectado tuvo oportunidad de conocer el acto por otros medios—, no procederá la tutela.³⁴

La segunda hipótesis de la vía de hecho es la que se origina por un defecto orgánico o falta de competencia. Este defecto se produce cuando el funcionario judicial que adelanta el procedimiento o que profiere la correspondiente decisión carece absolutamente de competencia para hacerlo.³⁵ Sin embargo, para que se produzca este defecto es necesario que no exista discusión alguna sobre la falta de competencia del respectivo funcionario, pues el juez de tutela no es el encargado de dirimir un conflicto en estas materias. En este sentido, la Corte consideró que no existía defecto orgánico en un caso en el cual la autoridad judicial actuaba al amparo de una norma legal o administrativa que en principio no parecía abiertamente inconstitucional. En este caso la Corte consideró que para que se configure una vía de hecho por defecto orgánico es necesario que 1) no exista atribución alguna de competencia o 2) que la norma que asigna la competencia sea manifiestamente contraria a derecho.³⁶

La tercera causal de vía de hecho es la vía de hecho por defecto fáctico absoluto. Esta tercera causal se refiere a la actuación judicial que de manera evidente pretermite completamente la práctica o valoración de pruebas indiscutiblemente relevantes para resolver la respectiva cuestión. No se trata, entonces, de controvertir la valoración judicial de las pruebas o la decisión razonada para practicar o dejar de practicar alguna prueba. De lo que se trata es de controlar la adopción de decisiones arbitrarias en materia de práctica y valoración probatoria. Por consiguiente, en principio, la tutela no prosperará contra el auto que decreta una prueba o contra la decisión judicial de no decretar alguna de las pruebas solicitadas. Tampoco tendrá éxito cuando se trate de revisar la valoración que el juez hizo del acervo probatorio. Para que la tutela pueda prosperar es necesario que se configure una vía de hecho, es decir, que resulte evidente que el funcionario dejó de decretar una prueba absolutamente conducente, que podría, *prima facie*,

34 Sentencias T-538/94, SU-478/97 y T-654/98.

35 Sentencias T-668/97 y T-008/98. Sobre el mismo tema, cfr. Quinche, *op. cit.*, pp. 151-155.

36 Sentencia T-324/96.

definir el rumbo del proceso; o que resulte claro que se produjo un error indiscutible en la valoración de una prueba que es definitiva para la decisión judicial respectiva. Se trata, como en los restantes casos, de un control de evidencia respecto de la actuación judicial.

El defecto fáctico absoluto puede tener origen, a su turno, en dos tipos de vicios o defectos: el defecto fáctico omisivo y el defecto fáctico positivo. El defecto fáctico omisivo³⁷ se origina en los casos en que el juez ha dejado de actuar. Se puede producir bien cuando el juez ha dejado de decretar una prueba determinante para el proceso³⁸ o cuando habiéndose decretado y practicado la prueba, ha omitido completamente su valoración.³⁹ La segunda dimensión del defecto es la positiva, es decir, aquella que se presenta cuando el juez ha actuado —ha decretado o valorado la prueba— pero su actuación es abiertamente arbitraria. En concreto, sucede cuando se han apreciado pruebas que no se han debido admitir ni valorar, porque a raíz de un acto arbitrario no pudieron ser controvertidas por la parte concernida o porque fueron recaudadas con violación del debido proceso.

Como en todos los casos anteriores, para que prospere la acción de tutela por defecto fáctico es necesario que la prueba que se recauda o valora arbitrariamente resulte evidentemente determinante para la adopción de la decisión final, esto es, que sin tal elemento probatorio no hubiera sido posible adoptar la sentencia que se impugna o que su práctica o valoración hubieren cambiado necesariamente el curso del proceso.⁴⁰ Sin embargo. Como ya se mencionó, constituye defecto fáctico absoluto la práctica o valoración de una prueba obtenida con grave y evidente violación de la dignidad humana. Así por ejemplo, estará viciado el proceso que ha tenido en cuenta una prueba obtenida bajo tortura.⁴¹

La cuarta causal de vía de hecho es la llamada vía de hecho por consecuencia. Esta causal se materializa cuando el juez adopta una decisión judicial que vulnera derechos fundamentales, inducido por la actuación inconstitucional de otros órganos estatales.⁴² Se trata de aquellos casos en los que el funcionario judicial ha sido inducido al error y ha actuado guiado por la confianza en una actuación estatal

37 Sobre la clasificación de las vías de hecho por defecto fáctico, ver la sentencia SU-159/02. Ver Quinche, *op. cit.*, pp. 141-151.

38 Sentencias T-589/99, T-055/94, T-654/98 y T-442/94.

39 Sentencias T-329/96 y SU-447/97.

40 Sentencias T-538/94, T-008/98 y T-159/02.

41 Sentencia C-590/05.

42 Ver al respecto, entre otras, las sentencias SU-014/01, T-407/01, T-759/01, T-1180/01, T-349/02, T-362/02 y T-705/02.

previa, actuación que a su turno resulta inconstitucional. En criterio de la Corte, para que se configure una vía de hecho por consecuencia es necesario que “la decisión judicial se base en la apreciación de hechos o situaciones jurídicas, en cuya determinación los órganos competentes hayan violado derechos constitucionales, y (ii) que tenga como consecuencia un perjuicio iusfundamental”.⁴³

La quinta y última causal de vía de hecho constitucional es la denominada vía de hecho por defecto material o sustantivo. Este defecto se configura cuando la decisión judicial carece absolutamente de fundamento jurídico.⁴⁴ La Corte Constitucional ha señalado que existe vía de hecho por defecto material cuando el juez aplica una disposición abiertamente impertinente para resolver el caso respectivo; cuando fundamenta su decisión en una norma inconstitucional;⁴⁵ cuando, por las circunstancias del caso concreto y pese a que la norma que aplica es constitucional, su aplicación resulta inconstitucional;⁴⁶ y, finalmente, cuando existe una abierta y franca incompatibilidad entre los fundamentos jurídicos y la decisión adoptada.⁴⁷

Finalmente, más recientemente y en casos muy excepcionales, la Corte ha considerado que la tutela contra sentencias puede proceder contra una decisión que, pese a no estar afectada por alguno de los defectos que originan una vía de hecho, viola o amenaza derechos fundamentales. Esta hipótesis puede configurarse, bien por violación del precedente constitucional, ora por vulneración directa de la Constitución. Pese a que aún no hay muchas sentencias en este sentido resulta relevante explicar en qué consiste cada una de estas hipótesis.

En primer lugar, la Corte ha considerado que procede la acción de tutela contra la sentencia que desconoce el precedente sentado por la jurisprudencia constitucional sobre el alcance y contenido de las cláusulas iusfundamentales.⁴⁸ Al respecto la Corte ha señalado que, dado que los jueces están vinculados, *prima facie*, a lo establecido en las sentencias de la Corte Constitucional acerca del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, los jueces están obligados a seguir el precedente o, en su defecto, a justificar adecuada

43 Sentencia T-705/02.

44 Sentencias T-158/93, T-804/99 y SU-159/02.

45 Sentencias T-572/94, T-522/02 y SU-159/02. La Corte ha indicado que incurre en una vía de hecho por defecto material el funcionario judicial que inaplica una norma que ha sido declarada constitucional, o aplica una disposición que ha sido declarada inconstitucional.

46 Sentencias T-572/94 y SU-1722/00.

47 Sentencia T-100/98.

48 Sentencia C-590/05.

y suficientemente las razones por las que deciden apartarse del mismo.⁴⁹ De esta manera, se busca garantizar una interpretación armónica y uniforme de los derechos fundamentales, asegurando con ello los principios de igualdad y de seguridad jurídica.

Por último, la acción de tutela puede proceder cuando la sentencia impugnada vulnera los derechos fundamentales. La vulneración de los derechos se produce: 1) al dejar de aplicar una disposición *iusfundamental* a un caso concreto o 2) al aplicar la ley al margen de los dictados de la Constitución. Esta última causal, introducida inicialmente de manera un poco forzada en la doctrina de la vía de hecho material, ha tenido en verdad un desarrollo muy tímido en la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, en la sentencia C-590/05 la Corte reconoció que esta es una causal autónoma de procedencia de la tutela contra sentencias, razón por la cual resulta de la mayor relevancia.

En desarrollo de esta tesis, en algunas sentencias muy recientes la Corte ha concedido la tutela contra decisiones judiciales que han interpretado una disposición legal al margen del principio de interpretación conforme a la Constitución⁵⁰ o que han dejado de aplicar al caso concreto una disposición *iusfundamental* directamente aplicable.⁵¹

En consecuencia, pese a que hay muy pocas sentencias en esta línea y que la Corte ha sido relativamente prudente en su diseño, lo cierto es que todo indica que la Corte ha regresado a la regulación original de la figura, y en ese camino ha abierto la puerta para la procedencia de la tutela contra sentencias judiciales que vulneren los derechos fundamentales en virtud de la indebida interpretación y aplicación — directa e indirecta — de la Constitución al caso concreto.⁵²

IV. La importancia de la tutela contra sentencias y la experiencia comparada

La acción de tutela contra las providencias judiciales ha sido atacada fundamentalmente por dos razones. Así, por una parte, se argumenta que ella atenta contra los principios de la cosa juzgada y de la seguridad jurídica, por cuanto permite que se revise una sentencia que ha sido dictada después de muchos años de duración de un proceso judicial. De esta manera, de acuerdo con esta crítica, un ciudadano que ha obtenido una sentencia favorable, luego de un largo tiempo durante el

49 Sentencia SU-1184/01.

50 Al respecto se puede consultar la sentencia T-199/05.

51 Ver la sentencia T-282/05

52 Sentencia T-606/04. En el mismo sentido, aunque con matices diferencia- dores, ver las sentencias SU-1184/01, T-1625/00, T-1031/01 y T-199/05.

cual se han surtido todas las instancias judiciales, podría perder todos sus esfuerzos por causa de una sentencia de tutela, que se falla en pocos días, por un juez que no conoce todos los detalles del proceso y que, además, no es especialista en la materia.

En segundo lugar, se ha manifestado que la tutela contra sentencias entraña el desconocimiento de la autonomía e independencia judicial, por cuanto a través de ella la Corte Constitucional invade las otras jurisdicciones y desconoce el carácter de órganos límites de las demás Altas Cortes. Con ello la Corte intentaría tomar un papel directivo dentro de la Rama Judicial. Además, la situación descrita ocasionaría que jueces no especializados en un campo específico resuelvan sobre las sentencias dictadas por los jueces conocedores de la materia.

Las críticas señaladas permiten identificar problemas serios que se pueden presentar con la aplicación de la tutela contra sentencias, pero no tienen en cuenta el papel fundamental que desempeña este mecanismo para la unificación de la interpretación constitucional sobre los derechos fundamentales. Es decir, si bien es posible que se presenten desaciertos por parte de la Corte Constitucional en la práctica de la tutela contra sentencias, ello no desvirtúa la importancia de la existencia de esta figura. Por lo menos cuatro argumentos justifican la existencia de la tutela contra sentencias.

En primer lugar, la garantía de la primacía de la Constitución exige que exista un órgano al que se confíe la interpretación auténtica de la misma. En Colombia, esta función le corresponde a la Corte Constitucional. Para cumplir ese papel es necesario que la Corte fije cuál debe ser la interpretación más adecuada de los derechos fundamentales. Ello hace necesario que la Corte pueda conocer sobre las decisiones judiciales, puesto que en todas ellas subyace una posición sobre el alcance y el contenido de los derechos fundamentales. Es decir, la Corte Constitucional tiene que actuar como un órgano de cierre en materia de interpretación de los derechos fundamentales, de tal manera que se evite que cada una de las Altas Cortes tenga su propia interpretación con respecto a ciertos derechos.

De otra parte, a través de la tutela contra sentencias se especifica cómo deben aplicarse los derechos en los casos concretos, de manera que no tengan lugar interpretaciones distintas de los mismos de acuerdo con la jurisdicción que conoce, con la región en que se encuentra el juez o con otros factores. Con ello se garantiza una aplicación uniforme del derecho, con lo cual se asegura la vigencia de los principios de seguridad jurídica y de igualdad. Ciertamente, a través de la tutela contra sentencias se brinda a los ciudadanos certidumbre acerca de cuál es la interpretación válida de las normas, a la vez que se les garantiza que sus procesos y peticiones tendrán un mismo trato.

En tercer lugar, la tutela contra sentencias tiene la virtud de armonizar el derecho legislado — en especial el derecho preconstitucional — con la Constitución, puesto que orienta a los jueces y magistrados para que interpreten y apliquen las normas jurídicas a la luz del derecho constitucional.

Finalmente, como ha sido señalado por varios autores, la tutela contra sentencias promueve la creación de una cultura democrática fundada en la protección efectiva de los derechos de las personas y en los valores del Estado social y democrático de derecho.⁵³

Ahora bien, como se decía atrás, las objeciones expuestas contra la tutela contra sentencias apuntan hacia problemas que deben ser atendidos. Así, por una parte, es claro que la posibilidad de atacar las sentencias de última instancia a través de la acción de tutela tiene que tener un límite temporal, para garantizar la seguridad jurídica y que los procesos tengan un fin definitivo. Ese límite existía en el Decreto 2591 de 1991, pero, como se ha visto, esa norma fue declarada inconstitucional. La jurisprudencia ha indicado que esas acciones deben ser instauradas dentro de un plazo razonable y proporcionado, pero lo ideal sería que el mismo Congreso fijara un límite cierto.

Por el contrario, la idea de que la tutela contra sentencias atenta, en sí, contra el principio de la seguridad jurídica no es aceptable, en razón de lo dicho atrás acerca de la importancia de este mecanismo para garantizar una interpretación uniforme sobre el alcance y el contenido de los derechos fundamentales. En este punto más bien ha de concluirse, como lo hace el actual magistrado del Tribunal Constitucional español Pablo Pérez Tremps, que las sentencias no hacen tránsito a cosa juzgada hasta que haya vencido el término de caducidad que se fije para poder entablar una acción de tutela contra ellas.⁵⁴

De otra parte, es claro que existe el peligro de que a través de la tutela contra sentencias los jueces constitucionales empiecen a invadir las competencias de los tribunales especializados. Además, debe reconocerse que, después de expedida la sentencia C-543 de 1992 y antes de que se dictara el Decreto 1382 de 2000, se llegó al absurdo de que los jueces inferiores podían conocer de tutelas contra las sentencias dictadas por sus superiores jerárquicos. En este campo es necesario, pues, que, en primer lugar, se respeten las jerarquías funcionales. Pero, además, es fundamental que el juez de tutela se autorrestrinja en el momento de conocer sobre las tutelas contra providencias judiciales, de

53 Al respecto puede consultarse, entre otros, Wöhrmann, Gotthard: *The Federal Constitutional Court: an Introduction*. <http://www.iuscomp.org/gla/literature/Inbverfg.htm>

54 Pérez Tremps, Pablo: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 237.

manera tal que su análisis se concentre en los aspectos constitucionales, sin involucrarse en la valoración de las pruebas o en lo relacionado con la interpretación legal. Evidentemente, no en todos los casos es simple saber dónde están las fronteras, pero sí es necesario que el juez constitucional —y la Corte Constitucional— tengan claro que su examen se restringe a controlar cómo interpreta y aplica el juez los derechos fundamentales. Ello significa que el juez constitucional solamente podría dejar sin efecto una sentencia cuando ella realmente se aparte de manera abrupta del ordenamiento jurídico o desatienda la interpretación de la Corte Constitucional sobre los derechos fundamentales.⁵⁵

La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han manifestado que permitir la acción de tutela contra las sentencias de esas Corporaciones entraña desconocer su carácter de órganos límites dentro de su jurisdicción. Esta afirmación sería cierta si el juez de tutela entrara a conocer sobre esas sentencias sin ninguna restricción. La situación es distinta si se admite que el examen del juez de tutela sobre esos pronunciamientos se limita a observar si en ellos se respetaron las normas constitucionales. En este caso, la tutela contra sentencias reafirma el principio de que todos los órganos públicos están sujetos a la Constitución y se reconoce el carácter de la Corte Constitucional como órgano de cierre en materia de interpretación de los derechos fundamentales, pero reconoce la superioridad jerárquica de esas Altas Cortes dentro de su jurisdicción.

Por otra parte, la confrontación pública que se ha presentado entre las Altas Cortes alrededor de la tutela contra sentencias induciría a pensar que son múltiples las sentencias de la Corte Constitucional en las que se ha decidido dejar sin efecto los fallos de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. Sin embargo, las estadísticas muestran que ello no es así. El siguiente cuadro da cuenta del número de sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado que han sido conocidas por la Corte Constitucional, anotando cuántas de ellas han sido dejada sin efecto.

Al observar el cuadro se encuentra que la Corte Constitucional ha seleccionado para revisión 142 sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. Si se tiene en cuenta que, hasta el 31 de diciembre de 2005, habían sido interpuestas 1.262.346 acciones de tutela en todo el territorio nacional, de las cuales habían sido seleccionados para revisión 23.497 procesos, debe concluirse que la cifra de sentencias

55 Más sobre la importancia de la tutela contra sentencias y sobre las críticas a este mecanismo, además de algunas propuestas para racionalizar este mecanismo, en: García Villegas, Mauricio y Uprimny Yepes, Rodrigo: La reforma a la tutela, ¿Ajuste o desmonte?, en: *Revista de Derecho Público*, No. 15, Universidad de los Andes, 2002, pp. 245-286.

de esas Altas Cortes que han sido seleccionadas para revisión es muy baja. Además, es importante mencionar que existen algunos temas recurrentes en las tutelas seleccionadas —y concedidas— contra las sentencias de las Altas Cortes. Así ocurre con la *reformatio in pejus*, en materia penal, y con la indexación de la primera mesada pensional, en materia laboral, asuntos sobre los cuales las Salas de Casación Penal y Laboral de la Corte Suprema de Justicia se niegan a seguir los lineamientos fijados por la Corte Constitucional.

Por otro lado, es importante recalcar que la tensión entre las Altas Cortes no es una exclusividad del modelo colombiano. En realidad, en todos aquellos sistemas jurídicos en los cuales se ha adoptado la concepción de que la Constitución es una verdadera norma jurídica, que debe ser respetada y garantizada por todos los poderes públicos y cuya interpretación se asigna a un último tribunal, se han generado importantes conflictos institucionales. No son extrañas en este sentido las tensiones entre el poder legislativo y el tribunal constitucional o entre el Gobierno y el juez constitucional.

FALLOS DE TUTELA DICTADOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y EL CONSEJO DE ESTADO, 1992-2005

Corporación	Sentencias conocidas por la Corte Constitucional	Tutelas concedidas
Corte Suprema de Justicia		
Sala Plena	0	0
Sala Laboral	30	14
Sala Civil	14	4
Sala Penal	32	13
TOTAL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	76	31
Consejo de Estado		
Sala Plena	12	3
Sección Primera	3	1
Sección Segunda	18	2
Sección Tercera	11	5
Sección Cuarta	8	4
Sección Quinta	14	3
TOTAL CONSEJO DE ESTADO	66	18

Tampoco lo son las diferencias que se generan entre las Altas Cortes de justicia y la nueva Corte o tribunal constitucional.

El control constitucional de la actividad de los jueces ordinarios ha dado lugar a múltiples desavenencias, por decir lo menos, entre los tribunales ordinarios y los tribunales a los que se asigna la guarda y supremacía de la Constitución. En efecto, especialmente en los Estados que han adoptado modelos de control concentrado o mixto de constitucionalidad,⁵⁶ se han producido fuertes e importantes disputas entre las cortes y tribunales mencionados, hasta el punto de que en la literatura italiana y española se ha llegado a hablar de “la guerra entre las cortes”.⁵⁷ No obstante, en estos países los conflictos no han girado en torno a la existencia del control de constitucionalidad de las sentencias —en Italia se hablaría del control de constitucionalidad de la interpretación de la ley. En efecto, en estos casos no se ha puesto seriamente en duda —ni en riesgo— los mecanismos de control de las cortes o tribunales constitucionales sobre las sentencias judiciales de última instancia. Lo que se discute, en cambio, es el alcance de las facultades del Tribunal o Corte Constitucional y la necesidad de desarrollar una doctrina capaz de mantener la frontera entre las distintas jurisdicciones.

En Colombia estamos, sin embargo, viviendo todavía el tránsito hacia la real aceptación de la primacía normativa de la Constitución y de las correspondientes competencias de la Corte Constitucional. Precisamente, los términos en los que se ha planteado el conflicto sobre la acción de tutela contra las sentencias judiciales muestra cómo el país no ha logrado evacuar completamente esa transición.

56 Pero también en los sistemas de control difuso, donde los recursos originalmente establecidos para la revisión de las resoluciones judiciales desde una perspectiva meramente legal han evolucionado, en la mayoría de los casos por vía de interpretación judicial, hasta el punto de servir de vehículo para el control de constitucionalidad de las sentencias. En estos casos, el órgano de cierre del sistema es la Corte Suprema de Justicia, organismo encargado de definir, en última instancia, la interpretación autorizada de la Constitución. García y Uprimny, *op. cit.*, recalcan en este sentido la importancia de la sentencia *Martin v Hunter's Lessee*, de 1816, de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en la que la Corte reafirmó la necesidad de que existiera un órgano que uniformara la interpretación de la ley y la Constitución, luego de que un tribunal estatal se rehusara a acatar su jurisprudencia.

También en Argentina la Corte Suprema de Justicia puede revisar la constitucionalidad de las sentencias judiciales a través del recurso extraordinario federal. Ver al respecto, entre otros, a Vanossi, Jorge Reinaldo: *Recurso Extraordinario Federal, Control de Constitucionalidad*. Universidad de Buenos Aires, 1984; Bidart Campos, Germán: *La interpretación y el control constitucional en la jurisdicción constitucional*. Ediar, Buenos Aires, 1987; Sagues, Néstor Pedro: *Elementos de Derecho Constitucional*, tomo I. Astrea, Buenos Aires, 1997.

57 Al respecto pueden consultarse, entre otros, Assini, Nicola: *L'oggetto del giudizio di costituzionalità e la "guerra fra due corti"*. Giuffrè, Milan, 1973; Serra Cristóbal, Rosario: *La Guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*. Tecnos, Madrid, 1999.

Por su relevancia para el tema que se discute en el presente artículo, en las páginas que siguen haremos una breve referencia a los modelos alemán y español, los cuales han ejercido una muy importante influencia en el desarrollo de la jurisdicción constitucional en Latinoamérica de las últimas décadas,⁵⁸ y fueron probablemente los referentes más importantes que tuvo en cuenta el constituyente colombiano de 1991 a la hora de diseñar nuestro modelo constitucional.

1. El control de constitucionalidad de las decisiones judiciales en el ordenamiento jurídico alemán

En septiembre de 2001, el Tribunal Constitucional Federal alemán cumplió 50 años de labores. El Tribunal es considerado como una de las creaciones más destacadas del orden constitucional establecido por la Ley Fundamental de 1949 y como el verdadero guardián de esa Constitución. Además, se manifiesta que el Tribunal se ha constituido en una de las columnas fundamentales para la consolidación del primer Estado democrático y de derecho en el territorio alemán.⁵⁹ Dado el reconocimiento nacional e internacional de la labor desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal, su experiencia en materia del control constitucional de las sentencias judiciales es muy importante desde la perspectiva comparada.

El recurso de queja por inconstitucionalidad⁶⁰ es un recurso extraordinario de impugnación que puede ser presentado por cualquier ciudadano ante el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, cuan-

58 Ver Lösing, Norbert: *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*. Fundación Konrad Adenauer – Dykinson, Madrid, 2002, pp. 36 y ss.

59 Ver Scholz, Rupert: *Fünfzig Jahre Bundesverfassungsgericht*, en: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 2001, B 37-38, p. 6. En el mismo sentido, Simon cita la siguiente declaración de los miembros de la Asociación Alemana de Derecho Político, contenida en el libro editado por Christian Starck, *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, en 1976, con ocasión de los XXV años de labores del Tribunal: “No es concebible una Ley Fundamental en la que desapareciera el Tribunal Constitucional, con sus amplias competencias, sin que aquella sufriera una reforma en su esencia. El Tribunal Constitucional se ha evidenciado como el más importante garante del respeto por el resto de los órganos estatales al derecho Constitucional. La consiguiente contención de poder político en beneficio de la normatividad de la Constitución ha hecho arraigar el importante significado de la Ley Fundamental en la conciencia social y ha contribuido considerablemente a la consolidación del nuevo orden político”. Cfr. Simon, Helmut: *La jurisdicción constitucional*, en: Benda/ Maihofer/ Vogel/ Hesse/ Hiede: *Manual de Derecho Constitucional*. Marcial Pons *et al.*, Madrid, 1996, p. 823.

60 La expresión alemana es “Verfassungsbeschwerde”, que puede ser traducida literalmente como queja de inconstitucionalidad o recurso de queja por inconstitucionalidad. El recurso cumple el papel que se le asigna en Latinoamérica al amparo.

do considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados por alguna autoridad pública federal o estatal.⁶¹

El numeral tres del artículo primero de la Ley Fundamental establece que los derechos fundamentales “vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable”. Con base en lo anterior y en la determinación de que el recurso de queja cabe contra toda vulneración de los derechos fundamentales por parte del Poder Público, se acepta sin controversias que el recurso de queja por inconstitucionalidad puede ser usado para atacar sentencias judiciales.⁶² Al respecto señala la expresidenta del Tribunal, Jutta Limbach:

...el artículo 1o, inciso 3, de la Ley Fundamental dispone expresamente que los derechos fundamentales vinculan, como derecho inmediatamente aplicable, al legislador, al Ejecutivo y también a la jurisdicción. Sin embargo, si la protección judicial en el ámbito de los derechos fundamentales es también función de los tribunales ordinarios, resulta previsible el peligro de su interpretación y aplicación incorrectas, así como de los principios estructurales del derecho constitucional (por ejemplo, el del Estado de derecho o el del Estado social). En este caso la jurisdicción constitucional abre la posibilidad de corregir el error y su instrumento es el recurso constitucional...

En todo caso, el Tribunal Constitucional Federal entra en acción una vez que se han agotado los recursos ordinarios. No hay primacía de la jurisdicción constitucional. Por el contrario, conforme al principio de subsidiariedad, el Tribunal hace notar al recurrente que debe solicitar primero la protección de los tribunales ordinarios también respecto de sus derechos fundamentales. Cuando las resoluciones de última instancia se someten

61 El recurso está establecido en el artículo 93 de la Ley Fundamental, en su numeral 4.a., el cual fue introducido en la Constitución a través de la decimotava ley para la reforma de la Ley Fundamental, en 1969. La norma indicada reza: “Artículo 93. 1. El Tribunal Constitucional Federal decidirá: [...] 4.a. de los recursos de queja por inconstitucionalidad, que pueden ser interpuestos por cualquiera que se crea lesionado por el Poder Público en uno de sus derechos fundamentales o en uno de sus derechos contenidos en el artículo 20 inciso 4, o en los artículos 33, 38, 101, 103 y 104”. Los artículos a los que se hace referencia tratan sobre el derecho de resistencia frente a quienes ataquen el orden constitucional (art. 20.4); los derechos propios de los ciudadanos (art. 33); el derecho de sufragio activo y pasivo (art. 38); la prohibición de los tribunales de excepción y el derecho al juez natural (art. 101); los derechos del acusado (derecho a ser oído, y las prohibiciones de las leyes penales con efectos retroactivos y de ser sancionado dos veces por la misma falta, art. 103); y las garantías jurídicas de las personas privadas de la libertad (art. 104).

62 El numeral 1 del artículo 90 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG), establece: “Artículo 90 (1). Legitimación activa. Cualquier persona puede presentar un recurso de queja por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal, con la declaración de haber sido vulnerada por el Poder Público en uno de sus derechos fundamentales o en alguno de los derechos establecidos en los artículos 20, numerales 4, 33, 38, 101, 103, y 104 de la Ley Fundamental”.

a la revisión del Tribunal Constitucional Federal, es preciso considerar el diverso radio competencial de ambas jurisdicciones.

En primer término, se encuentra la idea de que el Tribunal Constitucional Federal no es un tribunal de instancia que deba revisar en toda su extensión las resoluciones de otros tribunales. La Ley Fundamental es el único parámetro del Tribunal y, en este sentido, la aplicación del derecho ordinario no corresponde, en principio, a sus funciones, sino que más bien le toca, sencillamente, garantizar que los tribunales ordinarios respeten las normas y criterios de los derechos fundamentales. En una de sus primeras sentencias, el Tribunal Constitucional Federal puso en claro que no es ni una instancia de súper revisión jurídica ni fáctica, pues no le corresponde determinar si las sentencias son correctas conforme al derecho ordinario. Así, en una resolución de 1952 se señala que la configuración del procedimiento, la determinación y apreciación de los supuestos de hecho, la interpretación de las leyes y su aplicación al caso particular son, en principio, responsabilidad exclusiva de los tribunales y están exentos de revisión por el Tribunal Constitucional Federal. El Tribunal controla únicamente si la sentencia judicial “viola derecho constitucional específico”. Esto quiere decir que solo puede “actuar correctivamente cuando el resultado de la interpretación por el tribunal ordinario va más allá de los límites marcados por la Ley Fundamental, en particular, cuando dicha interpretación sea incompatible con el significado y el alcance del derecho fundamental a la libertad personal...”⁶³

La regulación procesal de la figura se encuentra en los artículos 90 a 95 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal. En el artículo 90 se dispone que siempre que exista un recurso judicial para impugnar la vulneración de un derecho fundamental es necesario que el interesado agote todas las instancias judiciales antes de acudir al recurso de queja ante el Tribunal Constitucional Federal. El recurso de queja debe ser instaurado dentro del mes siguiente a la notificación de la sentencia de última instancia. Así, pues, el recurso está gobernado por el principio de subsidiariedad.⁶⁴ Sin embargo, la misma ley contempla que el

63 Limbach, Jutta: Función y significado del recurso constitucional en Alemania, en: *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 3, UNAM, México, 2000. www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=cconst&n=3

64 En Alemania no existe la acción popular de inconstitucionalidad. Por eso, quien considera que una ley es violatoria de la Ley Fundamental tiene que plantear esa posición dentro de un proceso judicial ordinario y procurar que el tema llegue al Tribunal Constitucional Federal a través del denominado control concreto de constitucionalidad —mediante el cual el juez de conocimiento eleva una solicitud al Tribunal para que se pronuncie sobre la constitucionalidad de la norma—, o a través del recurso de queja constitucional, luego de que se hubieren agotado todas las instancias. Solamente pueden ser demandadas directamente ante el Tribunal las leyes o actos de soberanía (*Hoheitsakte*) contra los cuales no exista ningún recurso judicial. En este caso, el recurso de queja constitucional debe instaurarse dentro del año siguiente a la entrada en vigor

Tribunal puede decidir inmediatamente sobre un recurso de queja presentado antes de haberse agotado todos los recursos judiciales, cuando la queja trata sobre un tema de interés general o cuando el actor puede demostrar que la exigencia de utilizar todos los mecanismos judiciales le podría ocasionar un perjuicio grave e irremediable.

Por su parte, en el artículo 92 se establece que el peticionario debe indicar cuál es el derecho que le fue vulnerado y señalar cuál fue la acción u omisión del órgano o la autoridad pública que le causó la mencionada vulneración.

Es importante anotar que la ley contempla un proceso de admisión previa de los recursos de queja instaurados ante el Tribunal, a través de salas conformadas para el efecto, las cuales deciden por unanimidad. Las salas pueden inadmitir los recursos, sin el deber de fundamentar cada decisión. Su resolución en este sentido es inapelable. Igualmente, las salas pueden conceder el amparo solicitado en los casos en los que establezcan que el problema jurídico constitucional ya ha sido aclarado por la jurisprudencia del Tribunal.

En aquellos casos en los que el Tribunal Constitucional concede el amparo impetrado, la sentencia debe señalar cuál precepto de la Ley Fundamental fue vulnerado y a través de cuál omisión o actuación se produjo la vulneración. Si el objeto del proceso era una sentencia judicial, esta será anulada y el proceso será reenviado al juez competente. En caso de que el objeto del proceso fuera una ley, se declarará la nulidad de la misma. Si el objeto del proceso era una decisión judicial que se basaba en una norma inconstitucional también se declarará la nulidad de esta norma.⁶⁵

Las estadísticas que publica el Tribunal Constitucional Federal muestran que los recursos de queja por inconstitucionalidad constituyen, de lejos, los procesos más tramitados por el Tribunal. Entre el 7 de septiembre de 1951 y el 31 de diciembre de 2005 ingresaron al Tribunal 157.233 procesos, de los cuales 151.424 (el 96,30 %) eran recursos de queja por inconstitucionalidad. Es interesante anotar que de todos esos recursos, solamente 3.699 (el 2,5 %) fueron exitosos para el demandante.⁶⁶

de la ley o a la promulgación del acto administrativo.

65 Para más detalles sobre los procedimientos ante el Tribunal Constitucional Federal, ver Schlaich, Klaus: *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, Munich, 1990, 2a. ed.; Benda, Ernst/ Klein, Eckart: *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*. Heidelberg, 1991; y Pestalozza, Christian: *Verfassungsprozessrecht*, München, 1991, 3a. ed.

66 Entre 1991 y 2005 se entablaron 68.502 recursos contra sentencias judiciales, de las cuales fueron anuladas 1.925, es decir, el 2,37 %, un porcentaje similar al anotado arriba.

Las salas de admisión deciden sobre un altísimo número de recursos de queja por inconstitucionalidad —en la inmensa mayoría de los casos inadmitiéndolas—. En la página de Internet del Tribunal aparece también un cuadro acerca de las decisiones tomadas por la Sala Plena, las salas de decisión y las salas de admisión. Allí se observa que hasta 2005 el Tribunal había decidido 131.845 recursos de queja por inconstitucionalidad, de los cuales 3.951 habían sido resueltos por las Salas de Decisión y 127.894 por las salas de admisión.⁶⁷

RECURSOS DE QUEJA POR INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA DECISIONES DE LOS TRIBUNALES FEDERALES SUPREMOS DESDE 1991*

	1991-2001	2001	2002	2003	2004	2005	Total
Tribunal Federal	2.792	303	316	456	471	432	4.770
Tribunal Administrativo Federal	1.536	150	93	128	148	129	2.184
Tribunal Social Federal	1515	139	112	157	186	172	2281
Tribunal Federal del Trabajo	945	61	51	57	58	51	1223
Tribunal Federal de Hacienda	1045	85	107	122	167	146	1672
Total	7833	738	679	920	1030	930	12130

DECISIONES DE LOS TRIBUNALES FEDERALES SUPREMOS QUE HAN SIDO ANULADAS DESDE 1991**

	1991-2001	2001	2002	2003	2004	2005	Total
Tribunal Federal	46	5	9	7	7	432	91
Tribunal Administrativo Federal	101	1	2	5	—	129	111
Tribunal Social Federal	11	1	7	—	5	172	28
Tribunal Federal del Trabajo	15	—	—	—	1	51	16
Tribunal Federal de Hacienda	18	—	1	2	—	146	22
Total	191	7	19	14	1030	13	268

* La página electrónica del Tribunal es www.bverfg.de/. Como es sabido, el Tribunal funciona a través de dos salas de decisión. En los cuadros que aporta el Tribunal se diferencia entre las quejas decididas por las dos salas. Aquí se ha decidido presentar las cifras sin tener en cuenta las salas.

** Teniendo también en cuenta procesos iniciados antes de este año.

67 Evidentemente, el número total de recursos de queja por inconstitucionalidad que aquí se presenta es distinto al que consta en el párrafo anterior. En las estadísticas no se da ninguna explicación al respecto. Una explicación posible es que en la primera cifra se cuentan todos recursos de queja que ingresaron, mientras que la segunda se refiere solamente a los que fueron decididos. Es decir, en esta última cifra no se tendrían en cuenta los recursos que fueron retirados por los actores o que fueron rechazados o resueltos de otra manera.

Dadas las especificidades del recurso de queja alemán, la mayoría de los recursos que se instauran son precisamente contra sentencias. Así, de los 4.857 recursos de queja por inconstitucionalidad presentados en 2005, 4.545 fueron contra sentencias, 172 contra normas legales y 140 contra actos administrativos de la Federación o de los *Länder*. Una parte importante de los recursos de queja contra sentencias fue presentada contra las decisiones de los Tribunales Federales Supremos, como se observa en el cuadro.

Como se puede observar, el 2,21 % de los recursos presentados contra las decisiones de los Tribunales Supremos Federales es exitoso, porcentaje muy similar al de los recursos de queja en general.

La misma presentación de estos cuadros en la página electrónica del Tribunal Constitucional Federal permite concluir que la existencia del recurso de queja contra las sentencias —incluso las dictadas por los Tribunales Supremos Federales— no ofrece motivos de controversia. Tampoco en la literatura especializada se observa mayor debate acerca de la existencia del recurso contra las sentencias.⁶⁸

Lo que sí genera discusión es cuál debe ser el alcance de la revisión que realiza el Tribunal sobre las providencias judiciales. Existe claridad acerca de que el Tribunal Constitucional Federal no puede actuar como un tribunal superior de revisión. Además, el mismo Tribunal ha asegurado que él supervisa solamente si la sentencia no ha vulnerado el derecho constitucional específico. A pesar de lo anterior, la diferenciación entre el derecho constitucional y el derecho ordinario no es siempre fácil. La tesis acerca de que toda violación del derecho ordinario puede convertirse en una violación de un derecho fundamental y el efecto de irradiación de los derechos fundamentales dificultan en los

68 Ver los libros citados en la nota 64. Ver también, entre muchos otros, Hesse, Konrad: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1991, 18a. ed.; Schmalz, Dieter: *Grundrechte*, Baden-Baden, 1991, 2a. ed.; Pierrot, Bodo/Schlink, Bernhard: *Grundrechte. Staatsrechte II*, 1993, Heidelberg, 9a. ed. En el libro de Benda y Klein se dice al respecto: “El principio de que las decisiones judiciales pueden ser objeto de un recurso de queja por inconstitucionalidad no ofrece problemas. A diferencia del art. 19, inciso 4, de la Ley Fundamental, el art. 93, inciso 1, numeral 4o., comprende también las decisiones judiciales cuando se refiere a los actos del Poder Público. Esto resulta de la vinculación de todo el poder estatal a los derechos fundamentales (inciso 3 del art. 1 de la Ley Fundamental). Puesto que [...], en principio, los ciudadanos deben utilizar y agotar los respectivos mecanismos judiciales existentes, que son garantizados por el inciso 4o. del art. 19, antes de poder acudir al recurso de queja por inconstitucionalidad, la mayoría de los recursos de queja se dirigen contra decisiones de los tribunales judiciales. Además, del art. 90, inciso 2, de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal se deriva que no cualquier decisión judicial puede ser atacada, sino únicamente aquellas de última instancia, que ya estén ejecutoriadas y que solamente pueden ser impugnadas mediante el recursos de queja por inconstitucionalidad” (p. 184).

casos concretos la separación entre el derecho constitucional específico y el ordinario.⁶⁹

Para finalizar este aparte es importante hacer mención del procedimiento denominado control concreto de constitucionalidad de las normas, contemplado en el numeral 1 del artículo 100 de la Ley Fundamental. De acuerdo con este, si una autoridad judicial considera que es inconstitucional una norma que es imprescindible para la decisión sobre un proceso, habrá de suspender el proceso y de remitir la cuestión al Tribunal Constitucional Federal, para que este decida definitivamente sobre la constitucionalidad del precepto. Para ello deberá fundamentar por qué la norma es imprescindible para el proceso que está adelantando y cuáles son las razones que lo conducen a considerar que la norma es inconstitucional. En el caso de que el Tribunal considere que, en efecto, la norma es inconstitucional, declarará su nulidad.

El control concreto de constitucionalidad implica que la decisión acerca de si una norma es inconstitucional solamente la puede tomar el Tribunal Constitucional Federal. Por lo tanto, cuando los otros tribunales consideren que una norma es inconstitucional no pueden simplemente inaplicarla por vía de excepción, sino que tienen que solicitarle al Tribunal Constitucional que se pronuncie sobre ella. De esta manera, en el derecho constitucional alemán, el Tribunal Constitucional cuenta con el monopolio sobre la interpretación de la Constitución y sobre la facultad de retirar del orden jurídico las normas que no sean compatibles con la Constitución.⁷⁰

69 Por eso Limbach, *op. cit.*, sostiene: “En vista de la concepción de los derechos fundamentales que sostiene el Tribunal Constitucional Federal, parece un afán inútil la búsqueda de criterios materiales que permitan una clara separación de los ámbitos del derecho constitucional específico y el derecho ordinario. Esta es una consecuencia innegable de las sentencias Elfes y Lüth, ya que, en virtud de que los derechos fundamentales irradian hacia el derecho ordinario y tienen efectos e influencia sobre él, se difumina la delimitación entre derecho constitucional y derecho ordinario. Si además toda violación de la ley constituye al mismo tiempo una violación de derechos fundamentales, se incrementa en tal medida el potencial de control del Tribunal Constitucional Federal. Sin embargo, no resulta posible abandonar esta orientación fundamental, en el sentido de un ‘derecho privado (o del derecho ordinario en general) exento de los derechos fundamentales’. Esto lo impide la sujeción de todo el Poder Público a los derechos fundamentales que establece el artículo 1o., inciso 3, de la Ley Fundamental...”. Más sobre el debate en Schlaich, *op. cit.*, pp. 168 y ss.; Benda/Klein, *op. cit.*, pp. 253 y ss.; y Pestalozza, *op. cit.*, pp. 167 y ss.

70 Más sobre el control concreto de constitucionalidad en los libros de Schlaich, Benda/Klein y Pestalozza, *op. cit.*

2. El control de constitucionalidad de las decisiones judiciales en el ordenamiento jurídico español

El recurso de amparo español está regulado por la Constitución,⁷¹ la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)⁷² y los Acuerdos del Tribunal Constitucional.⁷³ Este recurso consiste en una auténtica acción judicial autónoma, subsidiaria, extraordinaria, informal y definitiva.⁷⁴ A través de esta acción se cumplen simultáneamente dos finalidades constitucionales. De una parte, se protegen los derechos fundamentales de las personas residentes en territorio español y, de la otra, se asegura la aplicación prevalente de la Constitución en el ordenamiento

71 El artículo 53 de la Constitución señala: “Artículo 53. Tutela de las libertades y recursos de amparo.

“1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

“2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

“3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

A su turno, los artículos 161 y 162 de la Carta indican: “Art. 161. Competencia del Tribunal Constitucional.

“1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: [...]

b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.

“Art. 162. Recursos de inconstitucionalidad y de amparo. 1. Están legitimados [...] b) Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal”.

72 Respecto al tema que nos ocupa, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC): (2/1979 de 2 de octubre), en su Título III, artículos 41 a 58, configura el recurso de amparo. Así, el Capítulo I regula su procedencia e interposición; el Capítulo II se ocupa de su tramitación, mientras el tercer capítulo se encarga de la resolución del recurso y de sus efectos.

73 El artículo 22 de la LOTC atribuye a este Tribunal competencia para dictar “reglamentos sobre su propio funcionamiento y organización”, los cuales han sido empleados por este órgano para cubrir aspectos procesales no contemplados por la ley.

74 Para todo lo relacionado con el recurso de amparo en España puede consultarse a Pérez Tremps, Pablo: *El recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. Sobre el tema del amparo contra actos judiciales, ver pp. 112- 134.

jurídico.⁷⁵ La doble finalidad que el recurso de amparo está llamado a cumplir lo convierte en un elemento neurálgico del sistema de protección reforzada de los derechos fundamentales.

Según el artículo 44.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el recurso de amparo constitucional protege a todos los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos y libertades fundamentales “originadas por disposiciones, actos jurídicos o simples vías de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes”. A su turno, el artículo 44.1 de la misma Ley establece que las violaciones de los derechos fundamentales que tuvieren origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar al recurso de amparo siempre que: 1) se hubieren agotado los recursos disponibles; 2) la violación tenga origen en la actuación del juez; y 3) el derecho fundamental vulnerado se hubiere invocado dentro del proceso en la primera oportunidad procesal a la que hubiere lugar. Si bien estos tres requisitos son fundamentales para evitar que el recurso de amparo termine convirtiéndose en una cuarta instancia y su exigencia tiende a impedir que se premie a la parte que por incuria o negligencia dejó de ejercitar sus derechos en el momento oportuno, lo cierto es que el Tribunal Constitucional ha sido relativamente flexible a la hora de interpretar su alcance. Así, por ejemplo, ha entendido que el agotamiento de los mecanismos ordinarios se refiere fundamentalmente a los medios de defensa que hubieren podido resultar idóneos para la defensa de los derechos fundamentales vulnerados y no a todos los mecanismos que el ordenamiento arbitra para impugnar la actuación judicial en el respectivo proceso.

Ahora bien, el artículo 44.3 de la LOPJ establece un término de caducidad de la acción de veinte días, contados a partir de la notificación de la resolución adoptada en el proceso judicial. Este término ha sido estrictamente interpretado y aplicado por el Tribunal Constitucional.⁷⁶

En principio, el Tribunal Constitucional ha considerado que cualquier tipo de actuación judicial —sentencia, providencia o auto— puede ser objeto de recurso de amparo. Adicionalmente, ha señalado que el amparo procede no solo a raíz de las decisiones que se adopten con motivo de las respectivas actuaciones judiciales, sino incluso a causa de los motivos que dan lugar a dichas decisiones. En efecto, en casos puntuales, el Tribunal Constitucional ha reconocido que la parte motiva de

75 *Ibid.*

76 *Ibid.*

un acto judicial puede vulnerar derechos fundamentales, independientemente de la decisión adoptada.⁷⁷

Según el artículo 46.1.b) de la LOPJ, están legitimadas para acudir al amparo contra actuaciones judiciales, “quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal”. Adicionalmente, el Tribunal Constitucional ha señalado que tienen legitimación para impugnar dicha actuación los terceros interesados, es decir, aquellos que sin haber sido sujeto procesal, demuestren un interés legítimo en el asunto debatido (STC 84/2000).⁷⁸

El recurso de amparo contra actuaciones judiciales procede, en la mayoría de los casos, en nombre de la protección del derecho fundamental al debido proceso o a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, lo cierto es que el Tribunal Constitucional puede conceder el amparo y ordenar la anulación de una sentencia de última instancia cuando quiera que encuentre que la misma ha vulnerado cualquiera de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución Española.

Cuando se trata del control de constitucionalidad de las decisiones judiciales, el Tribunal se limita a ordenarle al juez o tribunal que profirió la decisión impugnada que anule la correspondiente decisión y que proceda a proferir una nueva, de conformidad con el contenido del derecho que se encontraba vulnerado. No obstante, en algunos casos el Tribunal ha debido dejar sin efectos alguna sentencia de tribunales superiores —incluso del Tribunal Supremo— y conferir plenos efectos jurídicos a una sentencia inferior.⁷⁹

En suma, en España está expresamente regulada la procedencia del recurso de amparo contra sentencias, siempre que se trate de una protección subsidiaria, que la causa de la presunta vulneración sea la

77 Sobre ello se pronunció la STC 157/2003, en su fundamento jurídico 7: “... debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que es perfectamente imaginable la existencia de supuestos en los que las declaraciones de la resolución judicial, contenidas en su fundamentación jurídica, generen un perjuicio para el recurrente, con independencia absoluta del contenido de la parte dispositiva. Y, sobre esta base, no existe razón alguna para negar, con carácter general, que la vía de los recursos pueda ser utilizada para la impugnación de aquellas declaraciones, so pretexto de una concepción de los recursos como limitados a aquellas pretensiones que tengan por objeto la alteración de la parte dispositiva de la resolución judicial recurrida, concepción limitada que no encuentra fundamento jurídico que la sostenga, máxime teniendo en cuenta que con la misma se están restringiendo las posibilidades de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas y, en consecuencia, afectando a un derecho fundamental de las mismas, el reconocido en el art. 24.1”. Cfr. Pérez Tremps, *op. cit.*, pp. 112-134.

78 *Ibid.*

79 Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994. Cfr. Marín, José Ángel: *Naturaliza Jurídica del Tribunal Constitucional*. Ariel, Barcelona, 1998, pp. 121 y ss.

actuación del funcionario judicial y que el derecho se hubiere invocado dentro de la primera oportunidad procesal disponible. Por lo anterior, en principio, debe afirmarse que el recurso de amparo constitucional procede exclusivamente contra decisiones judiciales de última instancia. No obstante, por disposición de los artículos 163 CE y 93 LOTC están excluidas del recurso de amparo todas las decisiones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional.⁸⁰

Ahora bien, según la Constitución española, el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en relación con las garantías constitucionales. En esta materia, el Tribunal Constitucional ejerce la supremacía (CE art. 123.1, 161 y LOTC art. 1.1). Adicionalmente, el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 6 de 1985 señala que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que define el contenido constitucional de los derechos fundamentales es vinculante para los restantes jueces y tribunales.⁸¹ Como ya fue visto, en desarrollo de este diseño institucional la Constitución y la LOTC consagran la procedibilidad del recurso de amparo contra decisiones judiciales de última instancia y establecen los requisitos especiales que en estos casos debe reunir el recurso para poder dar lugar a una sentencia de fondo. Uno de tales requisitos es aquel según el cual el amparo solo puede proceder si la actuación judicial impugnada viola o amenaza directamente un derecho fundamental o una garantía constitucional. Este tipo de requisitos busca que el recurso de amparo contra decisiones judiciales sirva para articular las jurisdicciones ordinaria y constitucional a partir del principio de supremacía constitucional.

Sin embargo, pese a este elaborado sistema institucional, en España no resultan extrañas las tensiones institucionales entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Al respecto vale la pena mencionar dos casos de marcada importancia. El primero de ellos se originó en la sentencia STC 07 de 1994 del Tribunal Constitucional.⁸² A través de la sentencia citada, el Tribunal Constitucional anuló la sentencia de 30 de abril de 1992 del Tribunal Supremo, mediante la cual esta alta corporación consideró que nadie podía ser obligado a someterse a pruebas

80 Asimismo, están excluidas las decisiones del Ministerio Fiscal, pues tampoco hace parte de la Rama Judicial. En cuanto a los actos del Consejo General del Poder Judicial, dada su naturaleza de actos administrativos, son susceptibles de amparo, en virtud del artículo 43 de la LOCT.

81 “Artículo 5.1. La Constitución es la norma suprema del Ordenamiento Jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

82 Para un análisis de este caso ver, entre otros, las obras citadas de José Ángel Marín y de Serra Cristóbal.

para definir su paternidad y que, en el caso concreto, ante la inexistencia de tales pruebas, la paternidad no estaba demostrada. Esta decisión revocaba una sentencia de la Audiencia Provincial, según la cual la negativa del demandado a practicarse las pruebas de paternidad, valorada en conjunto con las restantes pruebas del expediente, permitían concluir la paternidad. Al conocer el caso, el Tribunal Constitucional consideró que el razonamiento del Tribunal Supremo violaba los derechos fundamentales de la menor. En su criterio, la decisión recurrida imponía a la madre y a la menor recurrentes una carga probatoria desproporcionada, vulnerando con ello su derecho a la tutela judicial efectiva. En consecuencia, el Tribunal Constitucional procedió a anular la sentencia recurrida. Sin embargo, el fallo no solo anulaba directamente la sentencia del Tribunal Supremo, sino que concedía validez y eficacia jurídica a la sentencia que había dictado la Audiencia Provincial de Madrid dentro del respectivo proceso ordinario, y que había sido revocada por el Supremo como superior funcional de aquella. La decisión del Tribunal Constitucional perturbó tanto a los magistrados del Tribunal Supremo que incluso llegaron a plantear la posibilidad de apelar al rey de España, para que él, en su calidad de “máximo moderador del Estado”, resolviera el conflicto planteado.

La polémica en torno a esta tensión institucional fue larga y originó múltiples reacciones de la comunidad jurídica y de los más importantes sectores de opinión. Sin embargo, finalmente, el tema terminó por decantarse, bajo el entendido de que si bien el recurso de amparo contra actuaciones judiciales es necesario para articular las dos jurisdicciones, también es cierto que el Tribunal Constitucional debe ser particularmente cuidadoso a la hora de ejercer el control de las decisiones judiciales. En otras palabras, se apeló a la autorrestricción del Tribunal Constitucional, de forma tal que limitara su actuación a ejercer el control que le corresponde como máximo garante de los derechos y garantías constitucionales.

El segundo y más polémico caso se produjo con ocasión de las sentencias STC-115 de 2000 y STC-186 de 2001.⁸³ Los hechos que originaron el caso se refieren a la difusión pública de múltiples datos de la vida privada de una persona de notoriedad pública en España. Estos datos habían sido “vendidos” a una revista por una persona que había trabajado durante casi dos años en la casa de quien era titular de dichos datos, como niñera de su hija. La información privada fue publicada y ampliamente difundida, luego de lo cual la persona afectada demandó

83 Para un análisis más detallado de este caso, ver Fernández Segado, Francisco: La Guerra de los Tribunales en España, en: *Revista Contribuciones*, año XIX, No. 3 (75), Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2002, pp. 71-130.

civilmente a la revista. Los jueces de primera y segunda instancia condenaron al medio de comunicación por violación del derecho a la intimidad y le ordenaron el pago de la respectiva indemnización. En particular, el juez de segunda instancia (la Audiencia Provincial) condenó al pago de diez millones de pesetas a favor de la accionante. Sin embargo, el Tribunal Supremo encontró que la información difundida era tan poco importante que no podía calificarse como “atentatoria de la intimidad”. En su criterio, la difusión de datos sobre los hábitos privados de la persona afectada, la ropa y accesorios de que disponía y los problemas “estéticos” que la afectaban, entre otros, era una información de menor importancia cuya difusión no atentaba contra la intimidad de la afectada.

Esta sentencia fue revocada por el Tribunal Constitucional, mediante la citada sentencia STC-115 de 2000. En su decisión, el Tribunal Constitucional encontró que la providencia del Tribunal Supremo había vulnerado los derechos fundamentales de la actora, pues consideró que en ese caso se había producido una intromisión ilegítima en el ámbito de protección del derecho de la recurrente a la intimidad personal y familiar. En consecuencia, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales vulnerados, anuló la sentencia del Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo profirió una nueva sentencia (la sentencia 776/2000), en la que pretendió seguir la doctrina del Tribunal Constitucional y proteger el derecho a la intimidad de la actora. Sin embargo, lo cierto es que a la hora de definir la indemnización correspondiente revocó la decisión de la Audiencia Provincial de imponer una indemnización de diez millones de pesetas, para ordenar el pago de solo veinticinco mil pesetas (\$200 US aprox.). A juicio del Tribunal, el bajo monto de la indemnización correspondía a la poca importancia que tenía la información difundida para la imagen pública de la afectada. En otras palabras, el Tribunal vuelve nuevamente a su argumentación original, cumpliendo de forma, pero incumpliendo de fondo, la doctrina constitucional sobre el alcance constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad.

Esta decisión fue recurrida en amparo y revocada posteriormente por la sentencia STC-186 de 2001. A juicio del Tribunal Constitucional, la sentencia recurrida vulneraba los derechos de la recurrente a una tutela judicial efectiva y, por esta vía, a la intimidad. La vulneración se producía, entre otras cosas, por la casi inexistente motivación para la adopción del monto de la reparación y por la ausencia de valoración de los intereses y derechos fundamentales afectados, a la hora de definir dicho monto. En consecuencia, con la finalidad de no seguir postergando indefinidamente la protección del derecho fundamental vulnerado, el Tribunal Constitucional anuló la sentencia del Tribunal Supremo y

restableció la indemnización que había sido fijada en la sentencia proferida por la Audiencia Provincial, en su calidad de juez de segunda instancia. Esta decisión generó una tensión muy fuerte entre los dos Tribunales, tensión que dio lugar a que el Tribunal Supremo llegara incluso a sostener, en una decisión posterior, que la sentencia STC 186 de 2001 constituía poco menos que un prevaricato.⁸⁴

Los casos mencionados, pese a plantear duras confrontaciones entre los más altos órganos de justicia en España, no han generado un replanteamiento del modelo constitucional. En efecto, las tensiones se han presentado no por el hecho en sí de que el Tribunal Constitucional conozca y anule una sentencia del Tribunal Supremo, sino por el alcance de la decisión constitucional concreta. En el primer caso, la disputa se generó por la orden del Tribunal Constitucional en virtud de la cual quedó en firme la sentencia de la Audiencia Provincial. En el segundo caso estudiado, a la decisión de dejar en firme una sentencia que había sido revocada por el Supremo se sumó el hecho de que dicha decisión versaba sobre el monto de una indemnización, asunto que, según el Tribunal Supremo, no era de competencia del juez constitucional. La polémica en España ha girado, entonces, en torno al alcance de la sentencia de amparo y no a la existencia misma del recurso contra decisiones del Tribunal Supremo.

En efecto, en España, el recurso de amparo contra actuaciones judiciales sigue siendo la herramienta más importante para lograr efectivamente la aplicación prevalente, ordenada y coherente de la Constitución en todas las parcelas del derecho. Las cifras en materia de recurso de amparo ayudan a reforzar esta conclusión. Como lo muestran las estadísticas del 2004 del Tribunal,⁸⁵ de los 7.814 recursos de amparo ingresados en ese año, 7.702 fueron interpuestos contra actuaciones judiciales⁸⁶ y de ellos 2.424 lo fueron contra actuaciones judiciales del Tribunal Supremo. En el 83,48 % de los recursos interpuestos se invocó como vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española. En ese mismo año, el Tribunal Constitucional anuló 13 sentencias del Tribunal Supremo, 34 de los Tribunales Superiores de Justicia, 9 de la Audiencia Nacional, 35 de las Audiencias provinciales y 37 de otros juzgados. Adicionalmente, el Tribunal anuló 47 resoluciones judiciales distintas a las sentencias. En total, las 195 sentencias de amparo proferidas en

84 Sentencia 1064 de 2001, del Tribunal Supremo, citada por Fernández Segado, *op. cit.*, pp. 124 y ss.

85 Ver <http://www.tribunalconstitucional.es/MEMORIAS.htm>

86 Se excluyen de esta cifra los 59 amparos interpuestos contra la jurisdicción militar.

el curso del mismo año tuvieron como efecto la anulación de 175 resoluciones judiciales por violación de los derechos fundamentales de los recurrentes. Las cifras mencionadas muestran una constante en el funcionamiento de la justicia constitucional en España durante sus más de 20 años de existencia.

Todo lo anterior permite afirmar que el recurso de amparo contra actuaciones judiciales en España, pese a ser el origen de algunos conflictos institucionales de particular importancia, se encuentra ampliamente consolidado en el sistema jurídico español y constituye una de las piezas más importantes para garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales en el sistema judicial.

V. Consideraciones finales

En el constitucionalismo moderno impera la idea de que la Constitución constituye una norma jurídica, de obligatorio cumplimiento para todas las ramas del Poder Público. Ello ha conducido a la creación de los tribunales constitucionales, con el propósito de garantizar que el Poder Público — y en algunos casos también las personas particulares — ajusten su actividad a los mandatos constitucionales.

Los tribunales judiciales forman parte del Poder Público. Por eso, sus decisiones también deben estar en armonía con la Constitución. Para supervisar que así sea, es necesario que los tribunales constitucionales tengan la posibilidad de revisar si sus sentencias se ajustan a las normas constitucionales. Es por eso que en la mayor parte de los países en los que la guarda de la supremacía de la Constitución se encuentra asignada a tribunales constitucionales, separados de los tribunales supremos nacionales, se ha concedido a aquellos la facultad de controlar las sentencias de estos últimos en lo referido a su constitucionalidad. Tal es el caso de los tribunales constitucionales de Alemania y España, dos tribunales que han tenido una gran influencia en el desarrollo de la jurisdicción constitucional en Latinoamérica.

La situación anotada genera naturalmente conflictos en aquellos países, como Colombia, donde la Corte Constitucional no se encuentra incluida dentro de la estructura de las instancias propia de la justicia ordinaria y no aparece como superior funcional de los demás tribunales superiores. De allí que sea comprensible que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado levanten su voz contra la posibilidad de que sus sentencias sean revisadas a través de la acción de tutela.

En ese sentido, en entrevista reciente, el exmagistrado del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional español Rafael de Mendizábal manifestaba, en relación con su país, que allí también se habían producido enfrentamientos entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal

Supremo, y afirmaba que ese era “el producto de la adaptación de las normas”. Anotaba que no se presentaban problemas con los tribunales inferiores y que era necesario acostumbrarse a esas tensiones, pues allí donde existen varias cabezas en la Rama Judicial —como ocurre en el sistema continental europeo y en muchos países latinoamericanos— surgen naturalmente los conflictos.⁸⁷

Empero, lo cierto es que la facultad del tribunal constitucional de conocer sobre las sentencias de los demás tribunales supremos, para determinar si ellas se ajustan a la Constitución, es una consecuencia lógica de la decisión de asignarle al tribunal constitucional la tarea de garantizar que todas las ramas del Poder Público se adecuen a la Constitución.⁸⁸ Claro está que en su labor de guardián de la Constitución, el tribunal constitucional debe también apelar a la autorrestricción, con el objeto de garantizar que los tribunales especializados preserven un amplio margen para la interpretación y el desarrollo

87 Entrevista publicada en *Ámbito Jurídico*, del 9 al 22 de mayo de 2005, Bogotá. El texto de la parte pertinente de la entrevista dice: “Á. J.: ¿Procede el recurso de amparo frente a decisiones judiciales? R. de M. A.: En el 99 % de los casos es procedente, incluyendo las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia. El Tribunal Constitucional ha anulado varias decisiones judiciales, porque se ha infringido, vulnerado o quebrantado un derecho fundamental. En España, todos los poderes públicos están sometidos al poder Judicial y este, a su vez, está controlado por el Tribunal Constitucional. Á. J.: ¿Eso crea inseguridad jurídica? R. de M. A.: No. Aunque técnicamente no es un recurso más, el amparo funciona y afecta la cosa juzgada de la misma manera como lo hace una decisión apelada ante una corte colegiada o ante el Tribunal Supremo. Si el Tribunal Constitucional no dice la última palabra en derechos fundamentales, no hay cosa juzgada. Á. J.: ¿Esto ha enfrentado a las altas cortes judiciales? R. de M. A.: Es el producto de la adaptación de las normas. Los principales enfrentamientos se han dado entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. No hay problemas cuando se trata de un tribunal inferior. Los jueces ya se han habituado y lo aceptan con normalidad. Eso no tiene remedio. Nos debemos acostumbrar, porque es la consecuencia del propio sistema. Esas tensiones, por ejemplo, no se dan en EE. UU., porque solo hay un tribunal supremo que, a la vez, es constitucional. En los países hispanoamericanos se ha seguido el sistema constitucional europeo, que permite la existencia de dos tribunales. Por tal razón, es apenas natural que las dos cabezas tiendan a enfrentarse”.

88 En este sentido se entiende la afirmación de Benda acerca de que, en la práctica, los Tribunales Constitucionales son los tribunales superiores, dada la función que desempeñan y el estatus que ella les brinda. El autor advierte, sin embargo, contra la idea de que los Tribunales Constitucionales son tribunales de súper revisión. Ver Benda, Ernst: *Die Verfassungsgerichtsbarkeit der Bundesrepublik Deutschland*, en: Starck, Christian/ Weber, Albrecht (eds.): *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Baden-Baden, tomo I, p. 125. Es también por eso que para el caso del sistema parlamentario alemán se propuso reconceptualizar la separación de poderes, para abandonar la idea de la tríada Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y asumir que la separación real de poderes se da entre el Gobierno y la mayoría parlamentaria; la oposición parlamentaria y el Tribunal Constitucional (Sternberger, Dolf: *Gewaltenteilung und parlamentarische Regierung in der Bundesrepublik Deutschland*, en: *Politische Vierteljahresschrift*, 1960, tomo I, pp. 22-37).

del derecho ordinario, y para la valoración de las pruebas dentro de los procesos concretos.

En el caso colombiano, en un principio, la Corte Constitucional apenas tuvo oportunidad de desarrollar su jurisprudencia sobre el control de las sentencias. Muy pronto fue dictada la sentencia C-543 de 1992, que determinó la inconstitucionalidad de las normas en las que se apoyaba el control constitucional sobre las sentencias ordinarias. Con el tiempo, sin embargo, y utilizando el mismo texto de la mencionada sentencia, la Corte desarrolló la doctrina sobre las vías de hecho. Y ante los vacíos producidos por la sentencia C-543 de 1992, la misma Corte Constitucional —y en un caso el Gobierno— han tenido que fijar los requisitos para la instauración de la tutela contra sentencias, los cuales básicamente tienden a reeditar las normas declaradas inconstitucionales por la sentencia citada.

La doctrina sobre las vías de hecho ha generado un amplio consenso dentro de la Corte Constitucional. Desarrollos más recientes sobre la tutela contra sentencias requieren todavía de un mayor desarrollo por parte de la jurisprudencia. Sin embargo, con el fin de ponerle término a todos los debates generados alrededor del mecanismo de la tutela contra sentencias, parece indicado que el legislador reglamente la materia. Para ello habría de reafirmar la facultad de la Corte Constitucional para conocer sobre las sentencias dictadas por las otras Altas Cortes, con el fin de unificar el entendimiento acerca del contenido y alcance de los derechos fundamentales. Además, habría de fijar procedimientos claros para estas acciones, con el fin de respetar las jerarquías funcionales y de fijar un término de caducidad, entre otros propósitos.

Algunos manifiestan que las decisiones de las Altas Cortes no pueden ser revisadas a través de la acción de tutela, puesto que ellas son los órganos límites dentro de sus respectivas jurisdicciones. A ello cabe solamente responder que si todas las ramas del Poder deben estar sujetas a la Constitución, no hay ninguna razón válida para que las decisiones de las Altas Cortes no sean revisadas desde la perspectiva constitucional. Además, es importante indicar que es muy reducido el número de tutelas instauradas contra sentencias de las altas cortes que ha sido seleccionado para revisión por parte de la Corte Constitucional.

Sobre este punto es también necesario mencionar que la misma Corte Constitucional ha admitido que sus sentencias sean impugnadas, si bien las normas reglamentarias de los distintos procesos ante la Corte Constitucional no contemplaban ningún recurso contra sus sentencias y decisiones. A través de su jurisprudencia, la Corte creó el recurso de nulidad contra sus sentencias, por medio del cual ha decidido anular hasta ahora 15 de ellas.

El conflicto entre las Altas Cortes colombianas alrededor de la tutela contra sentencias judiciales se ha agudizado en los últimos años. Si bien este litigio tuvo desde un principio amplia resonancia pública, las características actuales del mismo lo hacen realmente muy grave. Ya no se trata de una mera diferencia de opiniones, que incluso se ventilaba por medio de la prensa, sino de enfrentamientos verdaderos entre las Altas Cortes. De allí que algunas se nieguen decididamente a conocer sobre acciones de tutela contra sentencias judiciales o a cumplir las sentencias de tutela, mientras que la Corte Constitucional intenta resolver esta situación a través de distintas medidas de creación jurisprudencial. Pero, además, el conflicto ya ha pasado a otras instancias, tales como la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La situación planteada no es ciertamente favorable a los intereses de los ciudadanos. El conflicto entre las Altas Cortes los deja en la incertidumbre acerca de los procedimientos por seguir en el caso de que consideren que una sentencia les ha vulnerado sus derechos fundamentales, y los somete a trámites adicionales y prolongados en el caso de que decidan acudir a la acción de tutela. Además, incluso en el caso de que obtengan un fallo de tutela en su favor se encuentran en muchas ocasiones con la renuencia de las Altas Cortes para cumplirlo.

Pero la situación planteada también genera un grave daño a la imagen de la administración de justicia, con consecuencias difíciles de prever. A pesar de la inestabilidad política que ha sufrido Colombia casi desde el principio de su existencia, el país ha podido consolidar una importante tradición de independencia judicial. Este legado ha sido fortalecido con la Constitución de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. De esta manera, la Rama Judicial se ha perfilado como una verdadera instancia de control de las demás ramas del Poder Público.⁸⁹

Sin embargo, las divisiones entre las Altas Cortes allanan el camino para el recorte de la independencia de la Rama Judicial. Hasta el momento se han presentado distintas propuestas de reforma constitucional y legal dirigidas a restringir los alcances de la acción de tutela, a limitar las posibilidades de revisión de la Corte Constitucional sobre la declaración de los estados de emergencia, a eliminar el Consejo Superior de la Judicatura, a restringir la acción y los procedimientos de pérdida de investidura, etc. Esos intentos de reforma no han fructificado

89 Ver al respecto: Cepeda Espinosa, José Manuel: La defensa judicial de la Constitución, en: Cepeda Ulloa, Fernando: *Fortalezas de Colombia*. Ariel-BID, Bogotá, 2005, 2a. ed., pp. 145-211; Sanín Greiffenstein, Jaime: *La defensa judicial de la Constitución*. Temis, Bogotá, 1977, pp. 101 ss.

hasta el momento. No obstante, la división existente entre las Altas Cortes alrededor del tema de la tutela contra sentencias puede facilitar la aprobación de una reforma constitucional que cercene las facultades de los órganos de la Rama Judicial y, por consiguiente, restrinja la independencia judicial.

Bibliografía

- Assini, Nicola: *L'oggetto del giudizio di costituzionalità e la "guerra fra due corti"*. Giuffrè, Milan, 1973.
- Benda, Ernst: Die Verfassungsgerichtbarkeit der Bundesrepublik Deutschland, en: Starck, Christian/ Weber, Albrecht (ed.): *Verfassungsgerichtbarkeit in Westeuropa*, tomo I. Baden-Baden.
- Benda, Ernst/ Klein, Eckart: *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*. Heidelberg, 1991.
- Bidart Campos, Germán: *La interpretación y el control constitucional en la jurisdicción constitucional*. Ediar, Buenos Aires, 1987.
- Botero Marino, Catalina: Tutela contra providencias judiciales, en revista *Precedente*, Facultad de Derecho y Humanidades, ICESI, Cali, 2002.
- Cepeda Espinosa, José Manuel: La defensa judicial de la Constitución, en: Cepeda Ulloa, Fernando: *Fortalezas de Colombia*. Ariel-BID, Bogotá, 2005, 2a. ed.
- Fernández Segado, Francisco: La Guerra de los Tribunales en España, en revista *Contribuciones*, año XIX, No. 3 (75), Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2002.
- García Villegas, Mauricio / Uprimny Yepes, Rodrigo: La reforma a la tutela, ¿ajuste o desmonte?, en: *Revista de Derecho Público*, No. 15, Universidad de los Andes, 2002.
- Hesse, Konrad: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg, 1991, 18a. ed.
- Limbach, Jutta: Función y significado del recurso constitucional en Alemania, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 3, UNAM, México, 2000.
- Lösing, Norbert: *La jurisdicción constitucional en Latinoamérica*. Fundación Konrad Adenauer –Dykinson, Madrid, 2002.
- Marín, José Ángel: *Naturaleza Jurídica del Tribunal Constitucional*. Ariel, Barcelona, 1998.
- Pérez Tremps, Pablo: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- Pérez Tremps, Pablo: *El Recurso de Amparo*. Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- Pestalozza, Christian: *Verfassungsprozessrecht*. München, 1991, 3a. ed.
- Pierrot, Bodo/ Schlink, Bernhard: *Grundrechte. Staatsrechte II*. Heidelberg, 1993, 9a. ed.

- Quinche Ramírez, Manuel: *Vías de hecho, Acción de Tutela contra providencias*. Ed. Huella de Ley, Bogotá, 2001.
- Sagues, Néstor Pedro: *Elementos de Derecho Constitucional*, tomo I. Astrea, Buenos Aires, 1997.
- Sanín Greiffenstein, Jaime: *La defensa judicial de la Constitución*. Temis, Bogotá, 1977.
- Schmalz, Dieter: *Grundrechte*. Baden-Baden, 1991, 2a. ed.
- Schlaich, Klaus: *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. Munich, 1990, 2a. ed.
- Scholz, Rupert. Fünfzig Jahre Bundesverfassungsgericht, en: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 37-38, 2001.
- Serra Cristóbal, Rosario: *La Guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*. Tecnos, Madrid, 1999.
- Simon, Helmut: La jurisdicción constitucional, en: Benda/ Maihofer/ Vogel/ Hesse/ Hiede: *Manual de Derecho Constitucional*. Marcial Pons, Madrid, 1996.
- Sternberger, Dolf: Gewaltenteilung und parlamentarische Regierung in der Bundesrepublik Deutschland, en: *Politische Vierteljahresschrift*, tomo I, 1960.
- Vanossi, Jorge Reinaldo: *Recurso extraordinario federal, control de constitucionalidad*. Universidad de Buenos Aires, 1984
- Wöhrmann, Gotthard. *The Federal Constitutional Court: an Introduction*. <http://www.iuscomp.org/gla/literature/Inbverfg.htm> .

Entrevistas

- Ámbito jurídico, 9 al 22 de mayo, Bogotá.
- El Tiempo*, 20 de febrero de 2005.

Autos:

- Auto 004 de 2004 de la Sala Plena de la Corte Constitucional.
- Auto del 17 de febrero de 2004 de la Sala Plena de la Corte Constitucional.
- Auto del 29 de junio de 2004 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

Sentencias Corte Suprema de Justicia

- Sentencia 19 de agosto de 2004 de la Sala de Casación Penal
- Sentencia 4 de febrero de 2005 de la Sala de Casación Civil

Sentencias Consejo de Estado:

- Sentencia 3 de febrero de 1992.
- Sentencia 18 de julio de 2002.
- Sentencia 9 de julio de 2004.
- Sentencia 4 de noviembre de 2004.
- Sentencia 2 de diciembre de 2004.
- Sentencia 3 de febrero de 2006.

Sentencia 9 de febrero de 2006.

Sentencias Corte Constitucional:

C-543 de 1992
C-590 de 2005.
T-006 de 1992.
T-442 de 1992.
T-079 de 1993.
T-111 de 1993.
T-147 de 1993.
T-158 de 1993.
T-173 de 1993.
T-055 de 1994.
T-231 de 1994.
T-538 de 1994.
T-572 de 1994.
T-329 de 1996.
T-668 de 1997.
T-008 de 1998.
T-100 de 1998.
T-567 de 1998.
T-654 de 1998.
T-589 de 1999.
T-804 de 1999.
T-1625 de 2000.
T-407 de 2001.
T-527 de 2001.
T-733 de 2001.
T-759 de 2001.
T-1031 de 2001.
T-1180 de 2001.
T-349 de 2002.
T-362 de 2002.
T-522 de 2002.
T-575 de 2002.
T-705 de 2002.
T-685 de 2003.
T-699 de 2003.
T-678 de 2003.
T-951 de 2003.
T-606 de 2004.

T-900 de 2004.
T-199 de 2005.
T-282 de 2005.
T-315 de 2005.
T-309 de 2008.
SU-447 de 1997.
SU-478 de 1997.
SU-961 de 1999.
SU-159 de 2000.
SU-1722 de 2000.
SU-014 de 2001.
SU-1184 de 2001.
SU-1185 de 2001.
SU-159 de 2002.
SU-1159 de 2003.

PARTE 4. DEBATES Y COMBATES

**4.1. Hablemos de reforma agraria
(Nada por aquí nada por allá)**

**4.2. El vulnerable poder electoral
colombiano**

4.3. Para no repetir el horror

4.4. La lucha contra el latifundio

4.5. La identidad latinoamericana

**4.6. Los retos de Colombia como país
minero**

**4.7. ¿Qué hacer con la reelección
presidencial inmediata?**

4.8. La reforma al fuero penal militar

4.1. Hablemos de reforma agraria (Nada por aquí nada por allá)

Texto publicado en Cinep, ¿Qué Pasó?, fascículo 3, 1984.

“El Concejo de Villavieja se solidariza con 100 familias campesinas que ocupan el predio El Porvenir de propiedad del Incora”. “La policía detiene a 20 campesinos en Sucre por invadir tierras”. “El Común, organización que integra a 120.000 campesinos de 50 pueblos de Santander, se tomó la Gobernación”. “Mil colonos invaden 27 fincas en el Cesar”. “Dos muertos y 39 heridos en choques de indígenas con la policía en Caloto, Cauca”. “Cinco campesinos muertos en Landázuri”. “Cerca de 50 indígenas se toman la iglesia de Caloto para exigir la presencia del Procurador, el Gerente del Incora y la Comisión de Paz”. “Más de 500 campesinos del Magdalena Medio se tomaron el Palacio de Justicia de Bucaramanga”. “150 campesinos desalojados se toman la iglesia de Plato, Magdalena”. “1.611 familias ocupan 33 predios en el Cesar”. “Los Tiznados asesinan a 3 campesinos en Charalá”.¹

¿Qué está sucediendo en los campos colombianos? ¿Se trata de manifestaciones de la subversión importada que intenta desestabilizar el régimen democrático del país, o más bien de nuevos brotes de una vieja y profunda crisis que tiene sus orígenes en la inexistencia de una real reforma agraria en el país?

Un repaso a la historia reciente

Si se echa un vistazo a los conflictos rurales que tuvieron lugar en la década anterior, es posible constatar que las movilizaciones campesinas que se dieron a comienzos de los setenta, cuando se realizaron 984 invasiones a predios casi todos de propiedad privada en los 23 departamentos del país, siendo Córdoba, Sucre, Magdalena y Huila las regiones de mayor conflicto (más de un centenar de tomas en cada uno de ellos hasta 1978), no fueron suficientes para contrarrestar los

1 Algunos titulares sobre conflictos de tierras registrados por El Tiempo, El Espectador, *El Siglo*, *La República*, *El Colombiano* y *Vanguardia Liberal*, ocurridos entre enero y marzo de 1984. Archivo de prensa, Cinep.

defectos estructurales inherentes a los programas de reforma agraria, de los cuales se derivan los actuales problemas en el agro colombiano. Basta con decir que las tierras redistribuidas representaron apenas el 2,6 % del total de superficie agropecuaria censada en 1970, que se afectó tan solo el 8,7 % de los predios con tamaños mayores a las 1.000 hectáreas, y que las 30.467 familias que obtuvieron parcelas constituían apenas el 3,2 % de los beneficiarios potenciales de la reforma agraria, que en 1970 alcanzaban la cifra de 935.000.²

En consecuencia, desde mediados de la década anterior unas 900.000 familias campesinas sin tierra o con tenencia precaria buscaron nuevas alternativas ocupacionales, ante el afianzamiento de la contrarreforma como política estatal y la consecuente agudización de la represión oficial y terrateniente. Esas alternativas fueron el empleo generado por el café y el algodón, el auge de la economía marihuanera, el mercado de trabajo en Venezuela y, en último término, el atractivo del mercado laboral en las ciudades.

Al comenzar la década de los ochenta, las circunstancias económicas y sociales que disminuyeron momentáneamente la presión campesina por la tierra han venido desapareciendo gradualmente con la crisis económica nacional y la de los países vecinos que empleaban mano de obra colombiana, de tal manera que la lucha por la tierra resurge con nuevas características.

Las regiones que fueron más beligerantes en el pasado constituyen un nuevo escenario de estas luchas y registran actualmente grandes movilizaciones por la tierra en razón a que, si bien anteriormente se logró que algunos predios fueran titulados a familias campesinas, una gran mayoría continúan sin ser adjudicados cuando no desafectados por el Incora, obedeciendo a la presión de los terratenientes.

En la actualidad unas 600.000 familias se hallan en condición de tenencia precaria (menos de tres hectáreas cada una) o desprovistas de tierra y conforman la base social del problema agrario. El programa DRI, creado hace 8 años y diseñado para propietarios entre 1 y 20 hectáreas, no tiene tampoco una cobertura significativa ni muestra resultados económicos claros, solo atiende al 7 % del millón de tales explotaciones y ha venido favoreciendo la “descomposición” de los predios inferiores a 10 hectáreas, al no lograr con ellos el objetivo de aumentar la productividad.

2 Zamosc, León. *Los usuarios campesinos y las luchas por la tierra en los años setenta*. Cinep, 1984, pp. 231 y ss.

La magnitud del conflicto

El siguiente cuadro ilustra parcialmente la cobertura del movimiento campesino por la tierra en los últimos tres años:

TOMA DE TIERRAS POR DEPARTAMENTOS SEGÚN PREDIOS Y FAMILIAS IMPLICADAS, 1981-1984

Departamentos	Municipios afectados	No. de predios	No. de familias
Antioquia	2	2	180
Atlántico	1	1	26
Bolívar	-	-	-
Caquetá	-	-	-
Cauca	-	-	-
Cesar	3	27	1.000
Córdoba	7	-	3.300
Cundinamarca	5	-	-
Huila	13	65	3.000
Magdalena	3	10	600
Meta	3	-	-
Norte de Santander	2	-	850
Risaralda	3	-	300
Santander	7	30	600
Sucre	16	42	2.600
Tolima	3	-	-
Total	68	177	12.456

Como puede observarse, los conflictos de tierras se presentan en las dos terceras partes del total de departamentos, afectan el 7% de los municipios, e involucran a un número considerable de familias en la acción directa de toma de predios con un costo social muy alto para estos años: 30 campesinos asesinados, más de 400 heridos y cerca de un millar de detenidos, además de las pérdidas en términos de quema de viviendas, daños en cultivos, destrucción de cercas y otras mejoras. Hay regiones como Nariño y Boyacá, no incluidas en el cuadro, cuya estructura de tenencia precaria constituye un conflicto latente por el progresivo deterioro de sus economías parcelarias.

La magnitud del problema no permite pensar que se trata simplemente de una cuestión de orden público cuya solución debe ser de corte policivo, sino que es más bien fruto de la descomposición de las relaciones sociales en el campo cuyo origen está, a su vez, en el

monopolio y la consiguiente subutilización de la tierra agropecuaria. La nueva presión por la tierra, aún dispersa en las diferentes unidades de territorio nacional, es la salida desesperada a un problema históricamente aplazado por el Estado colombiano: la democratización de la tenencia de la tierra y el mejoramiento de las condiciones de vida y trabajo para la población campesina en su conjunto y para sus estratos más bajos en particular.

Respuesta legislativa: monumento a la burocracia

Según las disposiciones emanadas de la Ley 135 de 1961 y decretos reglamentarios vigentes en materia de adquisición de predios, se deben cubrir unos 10 pasos que van desde la resolución inicial de afectación hasta el acto final de adjudicación por parte del Incora. Esta maraña administrativa ha hecho que aproximadamente el 90 % de los expedientes que adelanta el Instituto para realizar expropiaciones se archiven por considerarse que los predios afectados (es decir, en investigación) son “adecuadamente explotados”, mediando en ese concepto interpretaciones parciales y amañadas de normas legales, que casi nunca son cuestionadas.

El caso más reciente al respecto es el de 13 predios en Campoalegre y otros municipios del Huila, los cuales acaban de ser declarados por el Incora como “adecuadamente explotados” y por lo tanto no afectables, sin que el informe haga una sola alusión a si allí se cumple o no la serie de requisitos que además exige la ley para lograr esa calificación, los cuales son el suministro de vivienda adecuada para los trabajadores, educación gratuita para los hijos de estos y conservación y protección de los recursos naturales.

Ahora bien, el 10 % de los predios que eventualmente pueden seguir el camino hacia la expropiación tardan en promedio 9 años en ser adquiridos por el Incora, pues el trámite administrativo hasta dictar la llamada resolución de expropiación (visita al predio, pruebas sobre explotación, etc.) se demora normalmente 3 años, que son seguidos por otros 3 años de trámites ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (en acción de “nulidad”) y finalmente otros 3 años adicionales que demora la demanda del Incora ante las autoridades jurisdiccionales (trámite judicial para hacer cumplir la resolución de expropiación). Es frecuente que en este largo camino muchos expedientes se queden rezagados y no culminen con resultados positivos para los grupos campesinos.

Adicionalmente, ocurre que la junta directiva del Incora es la que interviene en la firma de escrituras de adquisición de predios, pero su conformación actual no garantiza la defensa de los intereses

campesinos, ya que en ella toman asiento entre otros, representantes de la SAC, Fedegan, el Ministro de Agricultura (quien proviene generalmente de estas dos agremiaciones), las Fuerzas Armadas, dos senadores y dos representantes, un miembro de la jerarquía eclesiástica, y únicamente dos voceros de la Asociación de Usuarios Campesinos. Esto obviamente produce casos como el del predio San Miguel que se localiza en la jurisdicción de Sincelejo y de propiedad de la firma Inva-gro, de la cual es socio el actual Miniagricultura. Tal predio se encontraba en proceso de clarificación de la propiedad tendiente a obtener la extinción de dominio, hasta que el expediente fue archivado sorpresiva e inexplicablemente por el Incora. En la actualidad, la Procuraduría adelanta una investigación acerca de los hechos y de la conducta de los funcionarios involucrados en ellos.

De todo lo expuesto anteriormente se deduce con claridad que los campesinos no pueden abrigar esperanzas de solucionar su problema de tenencia de tierras siguiendo ese trámite legal totalmente burocratizado, y que por lo tanto han de acudir necesariamente a las acciones directas de toma de tierras que se han observado tan frecuentemente en los últimos meses.

Lo que dice y hace el gobierno

Si bien la Administración Betancur empezó diciendo a todo que “sí se puede”, en materia de reforma agraria decidió tácitamente lo contrario. Esto se puede ver, por ejemplo, en el Plan de Desarrollo “Cambio con Equidad”, donde se plantean únicamente unas ciertas estrategias de aumento de la productividad, incentivos tributarios, suministro de insumos, mejoramiento del mercadeo, incentivos a la investigación y a la transferencia tecnológica que no afectan la actual estructura de tenencia de la tierra.

En el fondo se continúa la tradición antirreformista de los tres gobiernos anteriores, y el propósito del actual se reduce a resolver marginalmente la demanda campesina por la tierra, otorgándola selectivamente en las áreas señaladas por el Plan Nacional de Rehabilitación (PNR) como de violencia política (108 municipios en 10 departamentos y una intendencia) y dejando que el Incora continúe expropiando a ritmo paquidérmico algunos predios en las pocas zonas afectadas por la Ley 135 de 1961.

Ante el laberinto jurídico administrativo para adquirir tierras por la Ley 135, y ante las necesidades derivadas de la aplicación de la Ley de Amnistía, este Gobierno resuelve más bien dejar intacto lo que quedó de la Reforma Agraria y se lanza a adquirir predios en las zonas de confrontación guerrilleras ubicadas en su mayoría por fuera

de la frontera agrícola, mediante los nuevos procedimientos del PNR y las prescripciones del Decreto Ley 222 de 1983 sobre contratación administrativa.

Novedades del PNR en cuanto a adquisición de tierras

De acuerdo con el Decreto 2895 de 1963, el pago de un predio debía hacerse según avalúo catastral. Pero en julio de 1983 se expide la Ley 14 que deroga la norma de 1963 y establece que en todo expediente deben aparecer tanto el avalúo catastral como el avalúo administrativo realizado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, siendo este último el que se debe tener en cuenta para determinar el precio del predio objeto de compra. Sobra aclarar que este avalúo es mucho más actualizado y que tiene un carácter casi comercial.

Los plazos para comprar predios por el Plan de Rehabilitación se reducen enormemente, pudiendo durar solamente entre uno y seis meses según acuerdan el Incora (o más exactamente su gerente general) y el propietario.

Por la vía de los trámites ordinarios de Reforma Agraria, las tierras que se califican como “adecuadamente explotadas” pueden ser adquiridas en los casos previstos por la Ley 135 (art. 58) y su pago se hace en 5 contados anuales con un interés del 8%; por su parte, las tierras “inadecuadamente explotadas” se pagan a los 15 años con contados anuales y sucesivos y con un interés del 4% anual.

Todo esto cambia con las tierras adquiridas por el Plan de Rehabilitación ya que, como se dijo, esta vez no importa la calificación de los predios, los pagos se hacen en pocos meses, el precio es fijado directamente con el propietario y su cancelación es en efectivo.

Las implicaciones que de esto se derivan son muy graves, pues los escasos recursos del Incora para compra de tierras irán a parar al bolsillo de los terratenientes ociosos que no querrán perder la oportunidad de venderle al Estado a un buen precio tierras colonizadas por otros pero en gran parte mantenidas incultas.

El presupuesto del Incora hasta 1986 para adquisición de tierras es de \$3.000 millones y hasta diciembre de 1983 se le habían ofrecido en venta voluntaria 45 predios en 8 departamentos con una superficie de 27.523 hectáreas y por un valor de 794.855.000. A su vez, las tierras ofrecidas y para adquirir en 1984 son 48 predios localizados en 9 departamentos los cuales cubren 34.115 hectáreas y le costarían al Incora \$697.830.000. En síntesis, al terminar 1984, el Estado habrá gastado casi \$1.500 millones en la compra de 61.638 hectáreas en las zonas de violencia. Estas cifras hablan por sí solas y muestran la política tan particular que el actual Gobierno ha diseñado para repartir tierras: compra

de predios incultos a precios comerciales, por fuera de la frontera agrícola y con pagos rápidos y en efectivo.

No creemos que se peque de demasiada suspicacia si alguien anticipa que en algunas zonas de conflicto de tierras, pero no incluidas en el PNR, los propietarios ya habrán pensado alguna forma de que sean incorporados para ganarse la lotería del Plan. ¿Violencia inducida? Podría ser.³

¿Beneficios para quién?

Las casi 12.000 familias que se han movilizado en estos últimos meses por la consecución de tierras son la punta de lanza de las 600.000 que disimulan su hambre y continúan esperando una verdadera política de reforma agraria en la cual se recupere el olvidado principio de la función social de la propiedad. Es de todos sabido que gran parte de la crisis económica del país se origina en la actual estructura de concentración de la propiedad rural, la cual generó desempleo, subutilización de la superficie agropecuaria, descomposición de la pequeña producción parcelaria y migración campesina a las ciudades. De otra parte, las tierras que reclaman el movimiento campesino actual no son precisamente las que están ofreciendo los latifundistas afanados por aprovechar las ventajas que les brinda el PNR, ubicadas estas en áreas del conflicto guerrillero y desprovistas de infraestructura, sino aquellas que están preferencialmente dentro de la frontera agrícola y con mayor cercanía a los centros de consumo.

De todo esto se concluye que no ha habido una reforma agraria en Colombia, ni la va a hacer el actual Gobierno. Lo primero se desprende de un análisis superficial de la legislación existente y que podría llamarse "ordinaria"; lo segundo se evidencia dando un rápido vistazo al Plan de Desarrollo "Cambio con Equidad" y su PNR. Con respecto a este último habría que agregar que con él se eliminan los pocos vestigios de reforma agraria en el país, pues a la vez que agota los magros recursos del Incora, antes destinados a la adquisición de predios por la vía ordinaria, contradice los principios esenciales sobre los que han descansado los programas de distribución de tierras, pues al señalar que estas se compran ahora a precios comerciales y casi de contado, lo que se hace es premiar a los terratenientes por haber concentrado la tierra colombiana en pocas manos.

3 Los últimos hechos en Charalá parecen confirmar la sospecha. Allí se venían haciendo trámites para la adquisición de varios predios por reforma agraria, que habían sido dilatados hasta el asesinato de tres campesinos el 1 de marzo de 1984.

4.2. El vulnerable poder electoral colombiano

Juan Fernando Jaramillo, investigador de DJS, invita a repensar el modelo de organización electoral en el país con base en el último informe de la ONU.

Columna de opinión publicada en *Semana*, el 23 de septiembre de 2005.

En agosto, la División de Asistencia Electoral de la Secretaría General de las Naciones Unidas (DAE), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la Agencia Colombiana de Cooperación Internacional (ACCI) y la Registraduría Nacional del Estado Civil presentaron el informe “Proyecto integral para la modernización del sistema electoral colombiano”, en el cual se propone una serie de reformas en materia electoral.

El informe se concentró en distintos temas. Dentro de los más importantes se encuentra el de las carencias de la organización electoral colombiana en materia de autonomía. Allí se resalta la necesidad de que el Consejo Nacional Electoral no sea un órgano de representación partidista. Propone evaluar la necesidad de dotar de facultades judiciales y de autonomía presupuestal y administrativa al Consejo. Los hallazgos del estudio exigen repensar el modelo de organización electoral en el país y, particularmente, los desaciertos introducidos en este campo mediante la reforma política de 2003.

Con el fin de ponerle punto final a las tradicionales prácticas de manipulación de los procesos electorales, desde mediados del siglo pasado, distintos países latinoamericanos comenzaron a confiar la organización y el juicio de las elecciones a organismos que gozan de autonomía con relación a los poderes ejecutivo y legislativo.

Con el tiempo, se han venido confiando cada vez más atribuciones a los organismos electorales, razón por la cual se han convertido en instituciones decisivas para la legitimidad de los procesos electorales y del sistema democrático. Así, aun cuando con diferencias entre los países, por lo general ellos están encargados de todas las tareas de preparación y administración de las elecciones; de formar el registro civil, el registro de ciudadanos y el censo electoral; de juzgar definitivamente sobre las elecciones; de reglamentar la ley electoral y de partidos políticos; de otorgar y extinguir la personería de los partidos y los movimientos políticos, de decidir sobre sus conflictos internos, y de controlar o participar en el control de sus finanzas, etc. Igualmente, para garantizar su

independencia, en algunos países se les ha concedido un tratamiento especial en materia presupuestal.

También Colombia se sumó a la tendencia de independizar la organización electoral y asignarle múltiples facultades. En 1948 se creó el modelo de organización electoral actualmente existente en el país, con la Corte Electoral —hoy Consejo Nacional Electoral— encargada de la dirección y la vigilancia general de las elecciones, y la Registraduría Nacional del Estado Civil, a cargo de la organización y la administración de las elecciones. Desde aquella oportunidad se decidió que los cargos directivos de la organización electoral fueran entregados a los partidos Liberal y Conservador, para que se controlaran mutuamente en el desarrollo de los procesos electorales.

De manera general, el control de los dos partidos tradicionales sobre la organización electoral les otorgó legitimidad a los procesos electorales. Por eso, en la Constitución de 1991 se decidió que la organización electoral continuara bajo el control de los partidos. Sin embargo, se decidió modificar la forma de integración del Consejo Nacional Electoral para cumplir con el propósito de abrir el espacio político a otros partidos y movimientos. De esta forma, se dispuso que el Consejo debía reflejar la composición política del Congreso de la República y que sus magistrados serían designados por el Consejo de Estado sobre ternas presentadas por los partidos políticos. Luego, la Ley de Partidos agregó que en el Consejo habría dos puestos para los partidos de oposición más votados que no hubieran alcanzado a tener representación en el Consejo y no estuvieran participando en el Gobierno.

Las normas indicadas fueron modificadas mediante la reforma política aprobada mediante el Acto Legislativo 01 de 2003. En ella se decidió que los miembros del Consejo Nacional Electoral serán elegidos por el Congreso de la República en pleno, sobre listas de candidatos presentadas por los partidos y los movimientos políticos con personería jurídica. Además, en la reforma se determinó que el registrador nacional del Estado Civil ya no será nombrado por el Consejo Nacional Electoral, sino por los presidentes de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, mediante un concurso de méritos.

Los mecanismos de integración del Consejo Nacional Electoral dispuestos en la Constitución de 1991 y en la reforma política de 2003 son inadecuados. El simple hecho de que los miembros del Consejo sean nombrados con base en las propuestas presentadas por los grupos políticos implica que estos delegados adquieran compromisos con sus partidos, lo cual, por lo menos, dificulta que ejerzan sus funciones de manera absolutamente imparcial. Además, las dos fórmulas permiten que un partido o una coalición controle la mayoría de los asientos del

Consejo. Si bien ello no le permite automáticamente imponer sus intereses, dado que el Código Electoral establece —todavía— que para las decisiones se requiere una mayoría de las dos terceras partes de los integrantes del organismo, sí le posibilita impedir resoluciones en contra de ellos.

Pero el mecanismo dispuesto por la reforma política es peor, pues elimina el papel moderador que podía desempeñar el Consejo de Estado en los nombramientos y suprime el derecho de los partidos minoritarios de contar con puestos en el Consejo Nacional Electoral. De esta forma, el Consejo pasa a ser manejado por la voluntad de las mayorías políticas en el Congreso, lo cual constituye un contrasentido para su misión de garantizarles a todos los partidos la honestidad y la equidad en los procesos electorales. De otra parte, dado que en adelante el registrador no va a ser nombrado o removido por el Consejo, se puede prever que en el futuro se presentarán conflictos entre estas dos instancias, tal como el que se dio recientemente alrededor de la implantación del voto electrónico, que condujo al hundimiento del proyecto de reforma electoral que cursaba en el Congreso de la República.

La última reforma de la organización electoral ha pasado casi inadvertida, a pesar de los serios problemas que alberga. Por eso es muy importante que el estudio de la ONU haya destacado la necesidad de debatir sobre ella y sobre el control de la organización electoral por parte de los partidos políticos, con todos los peligros que ello genera para la garantía de unas elecciones confiables.

El informe de la ONU propone —con muy buen juicio— darle un revolcón a la organización electoral colombiana, con el objeto de otorgarle independencia respecto de los intereses políticos y de dotarla de funciones judiciales y de autonomía presupuestal. En realidad, lo ideal sería crear un verdadero poder electoral, independiente de los partidos políticos y con facultades judiciales, que garantice la transparencia de las elecciones para todos los partidos. Para ello sería conveniente que sus magistrados fueran elegidos a la manera de los miembros de la Corte Constitucional, mediante un procedimiento en el que intervinieran organismos políticos y judiciales, con el objeto de morigerar la influencia política en los nombramientos.

El informe de la ONU sentó las bases para el debate. Solamente queda esperar que las instancias políticas adviertan también los riesgos existentes e introduzcan las reformas necesarias para garantizar la credibilidad y la legitimidad de los procesos electorales.

4.3. Para no repetir el horror

Juan Fernando Jaramillo, de Dejusticia, manifiesta que es necesario impulsar una cultura política de la democracia y del respeto a las libertades y los derechos.

Columna de opinión publicada en *Semana*, el 5 de mayo de 2007.

Los colombianos hemos vivido un verdadero horror en las últimas décadas. Esto es lo que percibimos cuando oímos las declaraciones de antiguos paramilitares acerca de las barbaridades cometidas o cuando tenemos la oportunidad de leer las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que se ha condenado al Estado colombiano, como las relacionadas con las masacres de Pueblo Bello, Ituango y Mapiripán.

Y eso que apenas conocemos la punta del iceberg y que todavía falta por saber mucho sobre las atrocidades cometidas por la guerrilla.

Quizá lo más aterrador es saber que hay tantas personas que han estado dispuestas a cometer tantas inhumanidades. Porque lo cierto es que este horror que hemos vivido no ha sido obra de unos pocos, sino de muchos. Por eso, una pregunta que tenemos que hacernos es cómo podemos evitar que esto se vuelva a presentar.

La experiencia alemana constituye un referente importante en este sentido. Después de la Segunda Guerra Mundial, los alemanes miraron estupefactos lo ocurrido: ¿Cómo era posible que un pueblo cristiano, que era considerado entre los más cultos y avanzados del mundo, hubiera cometido tales crímenes? ¿Por qué no se había presentado una resistencia generalizada contra los designios de Hitler cuando se advirtió su carácter genocida? ¿Cómo se explicaba que tantos se hubieran negado a aceptar las evidencias existentes acerca del horror que estaba teniendo lugar?

Los alemanes concluyeron que una de las razones fundamentales para explicar lo ocurrido era la existencia de una cultura política impregnada de autoritarismo. Por eso se decidió que una de las tareas básicas por emprender era contrarrestar esa cultura política. Para ello, se propusieron, en primer lugar, no negar el pasado, sino tratar de establecer la verdad de lo ocurrido. Pero no para guardarla en los anaqueles o imprimirla en libros académicos, sino para que todas las generaciones la conocieran. De allí que en muchos pueblos todavía constituye una tarea escolar averiguar dónde vivían los judíos, qué

hacían y qué ocurrió con ellos. Y, evidentemente, surgen siempre las preguntas acerca de ¿qué hicieron mis padres o mis abuelos? y ¿qué puedo hacer yo para que no se repita la historia?

Además, se decidió crear el Instituto Federal para la Formación Política. Al Instituto se le fijó como objetivo fortalecer la conciencia democrática de las personas e incentivarlas y apoyarlas para participar en las actividades políticas de manera activa, independiente y crítica. Todo ello con el propósito de lograr que las personas se identifiquen con la propuesta de un Estado democrático, respetuoso de los derechos y las libertades, y guiado por los principios de la tolerancia, el pluralismo y la paz.

Los resultados obtenidos en los poco más de 50 años de trabajo en la formación de una cultura política democrática están a la mano. En realidad, la historia alemana, desde las últimas décadas del siglo XIX no daba muchas bases para augurar que la Ley Fundamental de 1949 pudiera conducir a la consolidación de un Estado democrático constitucional en Alemania. Pero lo cierto es que este país se ha convertido en uno de los modelos políticos por imitar, además de constituir un verdadero bastión del movimiento pacifista en el mundo.

Pues bien, pienso que la experiencia reseñada puede ser muy importante para el caso colombiano. Como los alemanes, debemos apostarle a la verdad, sin importar qué tan escandalosa sea. Es importante que todos los colombianos —los que vivimos ahora y los que vendrán— conozcamos y tengamos siempre presente el horror que hemos vivido, para que entendamos la importancia de evitar todo lo que nos pudo conducir a él.

Además, es fundamental trabajar en el campo de la formación política. Es preciso inculcar en las personas valores y actitudes favorables a la democracia, las libertades y los derechos de las personas. Ello implica promover los principios de la tolerancia, el pluralismo y la solidaridad, y eliminar la concepción de que la violencia —revolucionaria o contrarrevolucionaria— constituye un arma legítima para la política.

Será un trabajo arduo eliminar los rasgos autoritarios de nuestra cultura política. Pero para esa tarea podemos apoyarnos en algunas tradiciones que hemos desarrollado, tales como la independencia judicial, la libertad de prensa y el principio de que los gobernantes deben ser elegidos.

En fin, hace ya varios lustros, en un arrebatado de rebeldía arrogante, le protesté a mi papá por el país que su generación nos había dejado. ¡Qué bueno sería poder evitarme un reclamo semejante por parte de mis hijos!

4.4. La lucha contra el latifundio

No se ha visto que el Estado asigne tierras a los campesinos sino que se las da a pocos propietarios.

Columna de opinión publicada en *Semana*, el 10 de agosto de 2009.

En su libro sobre la *Revolución Mexicana*, Silva Herzog comenta que Porfirio Díaz realizó un proceso de adjudicación de tierras baldías que hizo que 27.500.000 hectáreas, algo más del 13 % de la superficie de la nación, quedara en manos de unas cuantas compañías, formadas por 29 personas. Así, una persona en Chihuahua poseía 7 millones de hectáreas; otra, en Oaxaca, 2 millones; dos personas en Durango otras 2 millones; y cuatro propietarios en Baja California 11 millones y medio.

El mismo Silva Herzog cuenta que la situación era de una dimensión tal que cuando en esa época se preguntaba si un general Terrazas era de Chihuahua se respondía que no, que Chihuahua era del general Terrazas.

Un proceso similar de concentración de la tierra en pocas manos se ha presentado en los demás países de América Latina. Pero tanta riqueza genera inmensa pobreza, abusos y humillaciones, y constituye un caldo de cultivo para todo tipo de conflictos y de revoluciones. ¿Qué mejor ejemplo que la revolución mexicana, que produjo más de un millón de muertos?

Por eso, la lucha contra el latifundio y por la reforma agraria siempre ha sido un tema pendiente en la región. Que los gobiernos no lo hayan afrontado explica buena parte del triunfo de las revoluciones mexicana (1917), boliviana (1952), cubana (1958) y nicaragüense (1979), todas las cuales se comprometieron con profundas reformas agrarias. La vigencia del tema se constata al observar constituciones actuales como la boliviana y la ecuatoriana, que prohíben el latifundio y la concentración de la tierra. Y si bien algunos han aducido que las reformas agrarias son ineficientes económicamente, estudios como los de Albert Berry han demostrado que las pequeñas propiedades pueden ser más productivas —en términos económicos y sociales— si se reúnen las condiciones necesarias.

En Colombia hemos hablado de reforma agraria por lo menos desde los años 30 del siglo pasado, cuando se expidió la Ley 200 de 1936.

Después, en los años 60, en el marco de la Alianza para el Progreso, se expidió la Ley 135 de 1961 y se creó la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos (ANUC), grupo de presión que habría de impulsar el proceso de reforma agraria.

Sin embargo, los resultados fueron muy magros. La ley perdió sus dientes a través de distintas reformas y la ANUC desapareció en medio de la violencia y las divisiones. Y lo peor de todo: se calcula que en este alud de violencia que nos golpea desde hace décadas los campesinos desplazados han perdido entre 4 y 6 millones de hectáreas, con lo cual se ha producido un impresionante proceso de contrarreforma agraria.

La inacción del Estado en esta materia ha tenido altísimos costos para la paz. Campesinos sin tierra y sin esperanzas terminan siendo los soldados de los distintos ejércitos que se disputan el control territorial. Esos grupos armados les ofrecen los ingresos y las oportunidades que el Estado les ha negado.

Lo anterior evidencia la necesidad de que el Estado, además de asegurar la restitución de las tierras objeto del despojo, desarrolle una política de asignación de tierras a los campesinos, de lucha contra el latifundio y de transformación del campo. Lamentablemente, no es eso lo que se ha visto.

Para la muestra están las denuncias sobre los casos de Carimagua y La Macarena, donde en vez de asignar tierras a los campesinos pobres se propuso entregarlas a grandes empresas agroindustriales, con lo cual se reconfirma el favorecimiento gubernamental a los grandes propietarios. También está el caso de la adjudicación de miles de hectáreas en el Vichada a un senador y sus allegados, un caso tan aberrante que incluso se ordenó la revocatoria de la adjudicación y se adelantan investigaciones penales y disciplinarias por ese hecho. Y, finalmente, no deja de intrigar que el tema de la tierra sea en el que menos avances se han logrado en materia de atención a los desplazados.

No tengo duda de que, lamentablemente, el Estado tiene que armarse para responder a los desafíos que le plantean los grupos armados ilegales. Sin embargo, tampoco dudo que la guerra que padecemos se va a prolongar más y más hasta que se entienda la necesidad de dotar de tierras a los campesinos y de transformar radicalmente sus condiciones de vida. Y, por cierto, es lo mínimo que les debemos después de tantos años de abandono y de tanto martirio por causa de la guerra.

4.5. La identidad latinoamericana

Latinoamérica solamente será reconocida en el mundo en la medida en que sea fiel a su identidad mestiza y mulata.

Columna de opinión publicada en *Semana*, el 16 de octubre de 2009.

Hace algún tiempo, el escritor mexicano Carlos Fuentes publicó un artículo en el que se quejaba de que la BBC no hubiera incluido ningún caso latinoamericano en una serie de reportajes sobre las grandes civilizaciones de la historia. El reproche de Fuentes expresa el sentimiento de muchos latinoamericanos de no ser valorados suficientemente en el mundo.

Pero, con independencia de la arrogancia propia de los países del norte, esta situación ha sido producto de nuestras mismas decisiones. Una vez obtenida la independencia, las nuevas repúblicas latinoamericanas decidieron negar sus raíces, para intentar ser como otros, como los desarrollados del momento, fundamentalmente como los países anglosajones.¹ En el camino, amplios grupos sociales continuaron siendo discriminados y sometidos por causa de su origen étnico.

El argentino Juan Bautista Alberdi lo expresó de la mejor manera, en su libro *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, publicado en 1852. En el escrito, afirmó que las élites americanas de ese momento “no eran otra cosa que europeos nacidos en América”. Añadió que “en América, todo lo que no es europeo es bárbaro” y que en la región no había más división que entre “el indígena, es decir, el salvaje”, y el europeo, “es decir, nosotros, los que hemos nacido en América y hablamos español, los que creemos en Jesucristo y no en Pillán (dios de los indígenas)”.

Al mismo tiempo, sin embargo, él les negó a los españoles la posibilidad de contribuir al progreso, y por eso propuso favorecer la inmigración de personas amantes de la libertad y el desarrollo, los anglosajones.

También por esos años el argentino Domingo Faustino Sarmiento manifestó que América tenía que escoger entre la civilización y la

1 (N. del E.) Esta tesis también es sostenida por el autor en “La Constitución de 1991: un análisis de sus aportes desde una perspectiva histórica” (ver pp. 28-61).

barbarie, y que la primera estaba representada por el mundo europeo y la segunda por los indígenas, los negros y los criollos.

Pero Alberdi y Sarmiento son solamente ejemplos del pensamiento de la época. Por eso, durante más tiempo del que uno podría creer se ha hablado en nuestra región del problema que representan las “razas inferiores” para el desarrollo. Buena muestra de ello son los escritos de autores colombianos como José María Samper, Luis López de Mesa y Laureano Gómez.

Por todo eso, durante mucho tiempo nuestros países le dieron la espalda a su realidad. Y esa fue una decisión fatídica, pues como lo comentaba el peruano Manuel González Prada, cuando a finales del siglo XIX analizaba la humillante derrota de su país ante Chile en la guerra del Pacífico, era imposible crear repúblicas democráticas y poderosas en medio de la exclusión y la opresión de millones de personas.

Pero las cosas han venido cambiando, a pesar de que los grupos indígenas y las comunidades afrodescendientes siguen siendo marginados y objeto de discriminación y explotación. Es decir, si bien en nuestros países todavía ronda el racismo, cada vez es más claro para muchos que, como bien lo dice el mismo Carlos Fuentes, independientemente del color de cada uno de los individuos, nuestra identidad “es multirracial: indígena, europea, negra y, sobre todo, mestiza, mulata”.

En toda esta transformación ha desempeñado un papel fundamental el arte. Por eso, los latinoamericanos tenemos una deuda profunda con personas como Mercedes Sosa, Celia Cruz y tantos otros que nos enseñaron a descubrir y valorar nuestra alma.

Solo se puede ser universal cuando se tiene conciencia de lo propio. Y Latinoamérica solamente será reconocida en el mundo en la medida en que sea fiel a su identidad mestiza y mulata. Y esto, pocos días después de la celebración del día de la raza, nos recuerda nuestro deber de reivindicar los derechos de todos los que han sido discriminados y sometidos en razón de su color.

Nota: estamos todos extrañados con el despido (pues no hubo renuncia) de la columnista Claudia López de *El Tiempo*. ¿Qué dirá la Sociedad Interamericana de Prensa sobre ese hecho?

4.6. Los retos de Colombia como país minero

De la manera como Colombia responda a los retos de la actual bonanza minera dependerá si esta resulta una tragedia o una gran oportunidad.

Columna de opinión publicada en *Semana*, el 29 de octubre de 2010.

Yo crecí con la idea de que Colombia era un país cafetero. Por eso, cuando en esos tiempos se hablaba de Colombia siempre se hacía referencia al café: el equipo de ciclismo que iba al Tour de Francia era el de Café de Colombia, los futbolistas colombianos eran los cafeteros, etc.

Pero las cosas han cambiado. De acuerdo con los datos oficiales,¹ si en el año 2000 las exportaciones mineras constituían el 38 % del total de las exportaciones del país, en el año 2009 alcanzaron el 51 % y se calcula que en los próximos 10 años ascenderán al 57 %. Además, entre 2000 y 2009, la participación del sector minero en la inversión extranjera directa se incrementó en 22 puntos (del 21 al 43 %) y se calcula que entre 2008 y 2015 el sector podrá recibir una inversión extranjera de 62.000 millones de dólares.

Lo anterior nos da una idea acerca de la importancia que han adquirido los productos mineros para el país. Por eso es que algunos manifiestan que el sector minero es ahora tan importante para Colombia como lo ha sido desde siempre para países mineros por excelencia como Australia, Chile y Perú.

Evidentemente, la primera pregunta que habría que formular es si este cambio de vocación productiva es conveniente para el país. Pero en esta ocasión quiero referirme a algunos de los retos que plantea para Colombia el convertirse en un país minero. Hasta ahora se ha debatido fundamentalmente sobre los retos económicos. Yo quiero resaltar cuatro desafíos que tienen que ver con los derechos de las personas.

El primero, muy actual, es el de la seguridad en las explotaciones mineras. En junio de este año murieron 73 mineros en Amagá, Antioquia, y se calcula que en los últimos 10 años han muerto más de 200 personas. Esta inseguridad se ve agravada por las explotaciones mineras ilegales y —un detalle muy colombiano— por la falta de inspección

1 El texto original remitía a un vínculo que actualmente no está disponible en la red.

y control por parte de Ingeominas, como bien lo afirmó el Ministro de Minas y Energía.

El segundo tiene que ver con el destino de las regalías. En 2008, el monto de las regalías ascendió a la impresionante suma de 6 billones de pesos. Este monto va a incrementarse considerablemente en los próximos 10 años. Por eso, es fundamental que el país llegue a un acuerdo acerca de cómo deben utilizarse esos recursos —y en mi concepto deberían utilizarse primordialmente para garantizar los derechos sociales de las personas—.

El tercer reto es el del medio ambiente. Son bien conocidos los desastres ecológicos que produce la explotación minera. Hace poco pudimos observar la catástrofe producida por la explotación —ilegal— de oro en el río Dagua. Muchos advierten sobre el peligro que representan para el agua los planes de explotación de oro en el Páramo de Santurbán y en Cajamarca. ¿Y cuánto más podríamos decir sobre los riesgos de las explotaciones petroleras o carboneras?

Y, finalmente, está el reto de las consultas previas con las comunidades indígenas y negras para la explotación minera en sus territorios. Hasta ahora, o no se han hecho las consultas o se han hecho sin ánimo de llegar a acuerdos reales. Y, sin embargo, la jurisprudencia nacional e internacional es cada vez más clara en exigir que los proyectos mineros sean consultados con las comunidades, e incluso en la necesidad de lograr el consentimiento de estas cuando se trata de proyectos que pueden alterar sustancialmente su entorno vital. Es por eso que las consultas tienen que funcionar.

Sé que la respuesta a estos retos —y a muchos más que no he mencionado— no es para nada fácil. Pero sobre lo que sí podemos estar seguros es de que de la forma como se afronten todos esos desafíos dependerá si esta bonanza minera resulta una bendición o una maldición.

4.7. ¿Qué hacer con la reelección presidencial inmediata?

Columna de opinión publicada en *La Silla Vacía*, el 9 de junio de 2011.

En la conmemoración de los 20 años de la Constitución de 1991, el expresidente César Gaviria aseguró que lo peor que le había pasado a la Constitución había sido la reforma que permitió la reelección presidencial.¹

Con esa idea estamos de acuerdo muchos colombianos. La reelección se estableció para favorecer al expresidente Uribe y eso es inaceptable desde la perspectiva democrática, pues con ello se cambiaron las reglas de juego en beneficio del gobernante de turno. Además, con el tiempo nos hemos enterado de todas las irregularidades que rodearon la aprobación de la reforma constitucional.

Igualmente, para el expresidente Uribe no fueron suficientes 8 años de gobierno y buscó que se autorizara una segunda reelección inmediata, propósito que en buena hora frustró la Corte Constitucional. Y, finalmente, los colombianos nos hemos enterado en forma paulatina del ambiente de corrupción que caracterizó al anterior Gobierno y que fue favorecido por los intentos reeleccionistas.

La pregunta que queda pendiente es qué se debe hacer ahora con la norma constitucional que autoriza la reelección presidencial inmediata. Creo que se puede afirmar que esa reforma tuvo un origen espurio. Pero, entonces, ¿qué hacemos con ella?

Algunos han afirmado que debe eliminarse la norma que autoriza la reelección presidencial inmediata, fundamentalmente porque ella facilita el surgimiento de regímenes autoritarios.

Yo creo que la norma debe mantenerse, es decir, que la Constitución debe permitir la reelección presidencial inmediata por una sola vez. Eso permite contrarrestar uno de los grandes problemas de los

1 (N. del E.) El autor también reflexionó sobre la reforma constitucional de 2004 que permitió la reelección presidencial por un solo periodo, en "La reelección presidencial inmediata en Colombia", texto que se reproduce en esta edición. Ver *supra* pp. 238-258. En ese artículo, Juan Jaramillo resaltaba los potenciales peligros de la reelección presidencial inmediata en la democratización del ejercicio del poder político en el país.

regímenes políticos latinoamericanos, cual es el de los términos presidenciales cortos que no permiten cumplir con los programas y planes de gobierno. De esta manera, si un presidente está haciendo un buen gobierno puede ser confirmado en el cargo por los ciudadanos, pero si estos no aprueban su gestión pueden sancionarlo negándole la reelección.

Las objeciones expuestas por los que favorecen la eliminación de la reelección presidencial inmediata son serias. Sin embargo, considero que Colombia ha demostrado que cuenta con ciudadanos e instituciones en capacidad de oponerse a los ánimos autoritarios. Además, esos reparos pueden ser atendidos a través de la reforma de otras normas de la Constitución, para impedir que el presidente reelecto logre el control de los otros poderes o de los organismos de control.

Por eso, repito, estoy a favor de preservar la norma constitucional que permite la reelección presidencial inmediata.

4.8. La reforma al fuero penal militar

Columna de opinión publicada en *La Silla Vacía*, el 10 de noviembre de 2011.

El martes pasado, la Plenaria del Senado aprobó en segundo debate el artículo de la reforma constitucional a la justicia en el que se determina que todas las acciones de la Fuerza Pública serán juzgadas por la justicia penal militar.

En la reforma se establece que “en todo caso, se presume la relación con el servicio en las operaciones y procedimientos de la Fuerza Pública”. A continuación se dispone que “cuando en estas situaciones haya lugar al ejercicio de la acción penal, la misma se adelantará por la Justicia Penal Militar y Policial”.

La reforma responde a un reclamo que, desde hace años, vienen presentando las Fuerzas Militares contra las limitaciones que ha impuesto la jurisprudencia de la Corte Constitucional a la aplicación del fuero penal militar. La Corte dispuso que las normas sobre el fuero debían ser interpretadas en forma restrictiva, de manera que solamente los actos directamente relacionados con el servicio pueden ser juzgados por los tribunales militares. Además, la Corte señaló que en todo caso el fuero militar no se aplica a los delitos de lesa humanidad.

Los defensores de la reforma dicen que la justicia ordinaria no está en condiciones de entender la lógica de los procedimientos militares y que la limitación del fuero permite que los militares sean víctimas de una “guerra jurídica”. Algunos también plantean que ello ha originado desmotivación en las filas, con la consiguiente ausencia de resultados.

La última afirmación es completamente contraria a la realidad. Nadie puede negar los grandes éxitos obtenidos en los últimos años en la lucha contra la guerrilla. Y esos importantes resultados se han logrado precisamente durante el periodo de vigencia de la jurisprudencia que limita el fuero penal militar.

Tampoco existe fundamento alguno para afirmar que los jueces penales ordinarios no están en condiciones de comprender el desarrollo de las operaciones militares y que, por ello, pueden equivocarse o ser más severos al dictar sus sentencias. Para el ejercicio de sus funciones, los jueces tienen que aprender a sumergirse en materias en las que no

son expertos. Por otro lado, podría decirse que los jueces penales pueden llegar a ser más deferentes en sus fallos sobre miembros de la Fuerza Pública, dado el respeto que genera el alto riesgo que estos asumen en el cumplimiento sus misiones.

Por otra parte, no es claro que exista una guerra jurídica contra la Fuerza Pública. Pero incluso si fuera así, es necesario decir que todo funcionario público está expuesto a ser objeto de denuncias penales y disciplinarias. Lo mismo ocurre con los militares. Y precisamente para protegerlos de ello se expidió la Ley 1224 de 2008, que implementa la Defensoría Técnica de la Fuerza Pública, la cual es también pagada con los recursos del Presupuesto Nacional.

Como se ve, no existen argumentos que justifiquen la extensión del fuero penal militar que dispone el artículo de la reforma judicial que cuestiono. Por el contrario, sí existen buenas razones para aconsejar que se mantenga la regulación actual.

La justicia penal militar tiene el gran problema de que no cumple con los requisitos de imparcialidad e independencia que se exigen a todo tribunal judicial. Esta característica, como bien lo ha dicho la Corte Interamericana, la inhabilita para conocer sobre las acusaciones de violación de los derechos humanos elevadas contra miembros de la Fuerza Pública. Y, en realidad, en la mayor parte de los casos tramitados ante la Corte Interamericana contra Colombia se observa que la justicia penal militar ha actuado, por lo menos, en forma negligente.

Los colombianos reconocemos y apoyamos la labor que desempeña la Fuerza Pública para la protección del orden constitucional y de nuestros derechos y libertades. Pero, al mismo tiempo, incluso por el buen nombre de la Fuerza Pública, tenemos interés en que las acusaciones sobre violaciones de los derechos humanos por parte de miembros de la Fuerza Pública sean investigadas por organismos imparciales e independientes.

Por eso, es necesario preservar la regulación existente acerca del alcance de la justicia penal militar.

Constitución, democracia y derechos

Textos escogidos de
Juan Fernando Jaramillo Pérez

La muerte de Juan Fernando Jaramillo Pérez, hace ya cuatro años, dejó un profundo vacío en la academia jurídica colombiana, para no hablar, claro está, de la inmensa pérdida que este doloroso hecho ha sido para sus familiares, sus amigos y sus alumnos. Para el mundo académico, la muerte de Juan entrañó, además, la interrupción de una obra que había venido madurando desde hacía muchos años y que estaba en el momento ideal para dar sus mejores frutos. Desgraciadamente, la muerte llegó en el mejor momento de su vida intelectual y nos arrebató la valiosa oportunidad de conocer temas muy avanzados en su reflexión. Por ello, en esta edición queremos rescatar los textos que alcanzó a publicar y así darles mayor difusión en la comunidad académica contemporánea.

El pensamiento de Juan Jaramillo gira alrededor del derecho constitucional. Pero la perspectiva con la cual abordaba este tema no era disciplinaria, sino abierta a todos los saberes sociales, sobre todo a la historia, a la sociología y a la ciencia política. Su obra no se reduce a las relaciones que el derecho constitucional mantiene con cada uno de estos tres ámbitos. Por el contrario, en sus textos se aprecia un interés marcado por comprender las Constituciones en toda su complejidad, desde un enfoque social, histórico y político, bajo el entendido de que ninguno de estos podía dar suficientes luces sin tener en cuenta sus relaciones con los demás.

El carácter interdisciplinario de la obra de Juan Jaramillo se constata igualmente por el hecho de abordar diversos tipos de cuestiones. Sus trabajos pueden ser clasificados alrededor de tres temas centrales, entre los cuales existen múltiples relaciones: i) el estudio de la Constitución colombiana, pero situándola en su contexto histórico; ii) el análisis de los sistemas electorales comparados, con énfasis en el caso colombiano; y iii) el análisis de la justicia constitucional y su relación con derechos fundamentales. En estos tres campos, Juan publicó importantes artículos científicos en libros y revistas especializadas, que representan aportes académicos notables, algunos de los cuales hemos reunido en este libro.

Bogotá, D.C., abril de 2016

ISBN 978-958-59192-9-7



9 789585 919297