

El presente libro, expone cinco capítulos resultados de investigación, en el marco del derecho constitucional, en el cual, se presenta a la comunidad científica el desarrollo de rigurosos temas sobre la disciplina que reclaman hegemonicamente toda su atención en el siglo XXI.

En este sentir, *Dialéctica Constitucional* recorre diferentes temas nucleares como el constitucionalismo no positivista, el constitucionalismo desde una lectura de decolonial, las facultades sancionatorias del Estado desde un enfoque constitucional, el constitucionalismo del derecho y finalmente, se presenta una rigurosa descripción de las extensas capacidades interdisciplinarias de la Corte Constitucional colombiana.

DIALÉCTICA CONSTITUCIONAL

DIALÉCTICA CONSTITUCIONAL

Ferney Rodríguez-Serpa
C o m p i l a d o r

Escanee el código QR para conocer
más títulos publicados por Ediciones
Universidad Simón Bolívar



ISBN 978-958-53453-8-6



9 789585 345386

Ferney Rodríguez-Serpa | Compilador



Res. 23095 del MEN

DIALÉCTICA **CONSTITUCIONAL**

Compilador
Ferney Rodríguez-Serpa

DIALÉCTICA CONSTITUCIONAL

© Abraham Zamir Bechara Llanos - Ferney Rodríguez-Serpa - Carolina Cárdenas Arrieta - Giselle de la Torre Soto - Diemer Lascarro-Castellar - Carlos Lascarro-Castellar - Jorge Mejía Turizo - Álvaro Antonio Jaramillo Barceló - Jame Camilo Bermejo Galán - David de Jesús Anibal Guerra - Claudia Llinás Torres - Helmuth Efrén Castiblanco Mandón

Compilador: Ferney Rodríguez-Serpa

Grupo de Investigación Derechos Humanos, Tendencias Jurídicas y Sociojurídicas Contemporáneas

Líder: Ines Rodriguez

Proceso de arbitraje doble ciego

Recepción: Enero de 2021

Evaluación de propuesta de obra: Febrero de 2021

Evaluación de contenidos: Marzo de 2021

Correcciones de autor: Abril de 2021

Aprobación: Mayo de 2021

DIALÉCTICA CONSTITUCIONAL

Compilador
Ferney Rodríguez-Serpa

Abraham Zamir Bechara Llanos - Ferney Rodríguez-Serpa - Carolina
Cárdenas Arrieta - Giselle de la Torre Soto - Diemer Lascarro-Castellar -
Carlos Lascarro-Castellar - Jorge Mejía Turizo - Álvaro Antonio Jaramillo
Barceló - Jame Camilo Bermejo Galán - David de Jesús Aníbal Guerra -
Claudia Llinás Torres - Helmuth Efrén Castiblanco Mandón

Dialéctica Constitucional / compilador Ferney Rodríguez-Serpa; Abraham Zamir Bechara Llanos [y otros 11] -- Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2021.
148 páginas
ISBN: 978-958-53453-8-6 (Versión electrónica)

1. Ciencias políticas 2. Derecho constitucional 3. Positivismo 4. Antropología política 4. Derechos políticos 5. Función pública I. Rodríguez-Serpa, Ferney, compilador-autor II. Bechara Llanos, Abraham Zamir III. Cárdenas Arrieta, Carolina IV. De la Torre Soto, Giselle V. Lascarro-Castellar, Diemer VI. Lascarro-Castellar, Carlos VII. Mejía Turizo, Jorge VIII. Jaramillo Barce-ló. Álvaro Antonio IX. Bermejo Galán, Jame Camilo X. Aníbal Guerra, David de Jesús XI. Llinás Torres, Claudia XII. Castiblanco Mandón, Helmuth Efrén XIII. Universidad Simón Bolívar. Grupo de Investigación Derechos Humanos, Tendencias Jurídicas y Sociojurídicas Contemporáneas 342 D536 2021 Sistema de Clasificación Decimal Dewey 22ª. Edición

Universidad Simón Bolívar – Sistema de Bibliotecas

Impreso en Barranquilla, Colombia. Depósito legal según el Decreto 460 de 1995. El Fondo Editorial Ediciones Universidad Simón Bolívar se adhiere a la filosofía del acceso abierto y permite libremente la consulta, descarga, reproducción o enlace para uso de sus contenidos, bajo una licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional. <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



©Ediciones Universidad Simón Bolívar
Carrera 54 No. 59-102
<http://publicaciones.unisimonbolivar.edu.co/edicionesUSB/>
dptopublicaciones@unisimonbolivar.edu.co
Barranquilla - Cúcuta

Producción Editorial
Editorial Mejoras
Calle 58 No. 70-30
info@editorialmejoras.co
www.editorialmejoras.co

Junio de 2021

Barranquilla
Made in Colombia

Cómo citar este libro:

Rodríguez-Serpa, F. (Comp.). (2021). *Dialéctica Constitucional*. Barranquilla, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

Contenido

Prólogo	9
Constitucionalismo no positivista: Entre el constitucionalismo de los derechos y el no positivismo principialista.....	11
<i>Abraham Zamir - Bechara Llanos</i>	
Introducción	13
1. El paradigma de la separación entre ley y derechos	14
2. El constitucionalismo de los derechos de Prieto Sanchís	18
3. El no positivismo principialista de García Figueroa	25
Conclusiones	32
Referencias bibliográficas.....	33
La Corte Constitucional Colombiana como jurisdicción de la interdisciplinariedad	37
<i>Ferney Rodríguez-Serpa - Carolina Cárdenas Arrieta Giselle de la Torre Soto</i>	
Introducción	39
1. Antecedentes de la Corte Constitucional.....	41
2. La jurisdicción de la interdisciplinariedad	46

2.1. La jurisdicción constitucional como respuesta a los problemas económicos de la sociedad colombiana.....	47
2.2. La jurisdicción constitucional como respuesta a los problemas sociológicos	50
2.3. La Jurisdicción de constitucional como respuesta antropológica	52
2.4. La jurisdicción constitucional como un problema de las ciencias políticas.....	53
Conclusión	54
Referencias bibliográficas.....	56

Constitucionalismo desde una lectura decolonial:

algunos rasgos descollantes.....	61
<i>Diemer Lascarro-Castellar - Carlos Lascarro-Castellar</i>	
<i>Jorge Mejía Turizo</i>	
Introducción	63
1. Ciertas precisiones preliminares	66
2. ¿Es posible hablar en términos sustantivos de un nuevo constitucionalismo latinoamericano?	67
3. Estado de cosas de las concepciones teóricas en clave de lectura decolonial del nuevo constitucionalismo latinoamericano	70
3.1. Una orientación decolonial	71
3.2. Reparos asiduos al neoconstitucionalismo.....	72
3.3. La condición política del indígena (sujeto político) y la cara oculta del constitucionalismo	75
3.4. Dinámicas descolonizadoras	77
3.5. Una resignificación de la noción de poder	83
3.6. Un vuelco de paradigmas o hacia una re-constitución del Estado.....	87
Breves conclusiones	89
Referencias bibliográficas.....	90

Enfoque constitucional de la facultad sancionadora del Estado frente a cargos de elección popular	93
<i>Álvaro Antonio Jaramillo Barceló - Jame Camilo Bermejo Galán</i>	
Introducción	95
1. El derecho disciplinario como salvaguarda de la función pública en el ordenamiento jurídico colombiano ...	97
2. La importancia de la democracia pluralista y participativa en el interior del ordenamiento jurídico colombiano.....	104
3. La tensión entre el derecho disciplinario y el derecho a elegir y ser elegido ante sanciones impuestas a funcionarios electos mediante voto popular	109
Conclusiones	120
Referencias Bibliográficas	120
Constitucionalidad del derecho a la defensa técnica en el procedimiento ordinario del código disciplinario único	123
<i>David de Jesús Aníbal Guerra - Claudia Llinás Torres</i>	
<i>Helmuth Efen Castiblanco Mandón</i>	
Introducción	125
1. Estado del arte.....	126
1.1. Consideraciones generales del procedimiento ordinario de la Ley 734 de 2002.....	126
1.2. El derecho fundamental al debido proceso	129
1.3. El Bloque de Constitucionalidad en la jurisprudencia constitucional	132
1.4. Las garantías judiciales en el Pacto de San José.....	135
1.5. Aplicación del Control de Convencionalidad.....	138
1.6. El derecho a la defensa técnica en la Ley 734 de 2002: Vacío normativo	140
2. Método.....	144
3. Discusiones y conclusiones	145
Referencias Bibliográficas	146

Prólogo

El Grupo de Investigación Derechos Humanos, Tendencias Jurídicas y Sociojurídicas Contemporáneas de la Universidad Simón Bolívar presenta a la comunidad científica nacional e internacional el libro en formato digital titulado DIALÉCTICA CONSTITUCIONAL, el cual registra un trabajo riguroso y amplio de la comunidad científica local, regional y nacional en torno al derecho constitucional.

El título de esta obra es una radiográfica de las disímiles dificultades y tensiones del derecho constitucional, que es dinámico y repudia cualquier posibilidad estática, concluyente e involutiva, de ahí su carácter dialéctico que lo hace dinámico no solo en las aportaciones presente, sino en el devenir histórico que el derecho constitucional nos presentes en sus incertidumbres.

Como se advierte en el párrafo precedido, el libro en su dialéctica no solo recoge el trabajo propio de nuestra casa de estudios, también es un diálogo abierto de investigación con la comunidad científica sobre el derecho constitucioal, de modo que se hacen presentes aquí la transferencia de conocimiento de otros investigadores y grupos, producto de la hermanada y las afinidades electivas en redes de investigación científica.

En tal sentido este libro recoge cuatro capítulos que ampliamente dan cuenta del interés dialéctico de investigaciones en derecho constitucional. En el primero de esos capítulos se presenta el trabajo del profesor e investigador invitado Abraham Bechara, sobre Constitucionalismo no positivista: Entre el constitucionalismo de los derechos y el no positivismo principialista; como bien se devela, es un trabajo profundo de la principialística constitucional en el constitucionalismo moderno.

En un segundo capítulo, se hacen presentes los resultados de la investigación en relación a la Corte constitucional colombiana como jurisdicción de la interdisciplinariedad. En esta investigación, las doctoras Carolina Cárdenas, Giselle De la Torre y el suscrito, presentan los resultados parciales de la investigación que evidencian los altos niveles de racionalidad de los magistrados de la corte constitucional al destacar los diferentes escenarios epistemológicos de intervención jurisprudencial.

En un tercer capítulo hacen presencia en este libro los hermanos Lascarro-Castellar y el doctor Jorge Mejía, destacados investigadores de la Universidad del Atlántico, quienes presentan los resultados de investigación asociados a una deconstrucción en relación al Constitucionalismo desde una lectura decolonial: algunos rasgos descollantes.

Finamente, se cierra este libro con el trabajo de investigación titulado Enfoque constitucional de la facultad sancionadora del Estado frente a cargos de elección popular. A diferencia de las anteriores, dialécticamente es un capítulo que aterriza en la mirada materialista más que en la reflexión de las ideas, aunque sin descuidar el rigor de las categorías centrales que orienta la investigación en el trabajo de los doctores Álvaro Jaramillo y Jaime Bermejo.

Ferney Asdrúbal Rodríguez-Serpa

Constitucionalismo no positivista:

Entre el constitucionalismo de los derechos y el no positivismo principialista¹

Non-positivism constitutionalism: Between the constitutionalism of rights and the non-positivism principalist

Abraham Zamir Bechara Llanos²

Como citar y referenciar: Bechara, A. (2019). Constitucionalismo no positivista: Entre el constitucionalismo de los derechos y el no positivismo principialista. En Rodríguez-Serpa, F (Ed). *Dialéctica constitucional* (pp. 11-36), Barranquilla, Colombia. Ediciones Universidad Simón Bolívar

- 1 El presente capítulo se desprende de la investigación Doctoral titulada: La carga invertida de los derechos fundamentales: el estado constitucional como principios y como garantías. realizada en la Universidad Autónoma de Barcelona-España. Bajo la dirección del Prof. Dr. Joan Lluís Pérez Francesch. Este a su vez se deriva del proyecto: Derechos fundamentales y región Caribe: un modelo de regionalización jurídica. Financiado por la Corporación Universitaria del Caribe - CECAR.
- 2 Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona, España. Magister en Derecho de la Universidad del Norte. Abogado y Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Libre de Colombia. Docente de tiempo completo de La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe-CECAR. Sincelejo. Profesor de Filosofía del Derecho, Hermenéutica y Argumentación Jurídica y Sistema Nacional de Protección de Derechos Humanos ORCID 0000-0002-6571-9804 abraham.becharall@cecar.edu.co

RESUMEN

El presente estudio evidencia la importancia de la teoría principialista de los derechos fundamentales y su fuerte influjo como uno de los más importantes postulados del constitucionalismo. Defendiendo la tesis que soporta una teoría de los derechos fundamentales desde su visión principialista, y sus desarrollos en la teoría constitucional contemporánea. El trabajo se centra en tres tópicos fundamentales. (I). El primero analiza las implicaciones teóricas que trae para la principialista el paradigma de la separación entre ley y derechos, como escenario alternativo al criterio clásico de distinción entre normas tipo regla y tipo principio. (II). En el segundo tópico se estudia la principialista española desde la propuesta de Prieto Sanchís, como uno de los más grandes exponentes de la principialista en lengua castellana. (III). En tercer lugar se mira las tesis del no positivismo principialista desarrollada por García Figueroa, como una postura terciaria a las que se han gestado en clave de Dworkin y Alexy. Finalmente la construcción de ambas tesis y postulados construye lo que hemos denominado: *constitucionalismo no positivista*.

Palabras clave: constitucionalismo, principios, derechos fundamentales, constitucionalismo español, constitucionalismo europeo.

ABSTRACT

The present study evidences the importance of the principialist theory of fundamental rights and its strong influence as one of the most important postulates of constitutionalism. Defending the thesis that supports a theory of fundamental rights from its principialist vision, and its developments in contemporary constitutional theory. The work focuses on three fundamental topics. (i). The first analyzes the theoretical implications that the paradigm of the separation between law and rights brings to the principialist, as an alternative scenario to the classic criterion of distinction between rule-type and principle-type norms. (ii). In the second topic the Spanish principialist is studied from the proposal of Prieto Sanchís, as one of the greatest exponents of the principialist in the Castilian language. (iii). In third place, the thesis of principialist non-positivism developed by García Figueroa is regarded as a tertiary position to which they have developed in the code of Dworkin and Alexy. Finally, the construction of both theses and postulates builds what we have called: non-positivism constitutionalism.

Keywords: constitutionalism, principle of rights, fundamental rights, spanish constitutionalism, european constitutionalism.

INTRODUCCIÓN

La *teoría principialista* mira a los derechos fundamentales desde su estructura normativa de principios, permitiendo <<la construcción de argumentos y razones de juicio en la interpretación de los mismos>>. La principialista³ se muestra como una de las características esenciales del Estado constitucional y su alcance, diversificando la tesis de los principios a partir de una <<visión iusnaturalista renovada>> o de un <<no positivismo jurídico>>, expresando la necesidad en el mundo jurídico contemporáneo, que los principios sean vistos como criterios axiológicos⁴-deónticos de las manifestaciones de las normas y disposiciones fundamentales. Esto siempre referenciado en la Constitución como norma de normas⁵, en todo el sistema jurídico en relación a su conjunto normativo, permitiendo identificar <<los principios como un orden fundamental de los derechos>>, según los criterios de fundamentalidad (Bechara, 2011: 72).

En este orden de ideas, los principios constitucionales entendidos como los criterios materiales para la determinación de los contenidos de fundamentalidad de los derechos, <<juegan un papel preponderante en el control de constitucionalidad>>, van a delimitar las funciones de juridicidad de la misma Constitución como norma fundamental dentro

3 En Colombia la *principialista* ha sido construida principalmente desde los estudios de la teoría de principios aplicada al contexto del sistema jurídico colombiano. (Estrada, 2000). (Estrada, 2016). La jurisprudencia al bloque de constitucionalidad, desde la visión jurisprudencial de las normas y disposiciones fundamentales, lo que hemos denominado como *jurisprudencia de principios* (Bechara, 2017:16). (Bechara, 2019). Además de la aplicación material de la teoría de principios en el sistema judicial de los derechos fundamentales en Colombia. (Bechara, 2016), (Carrillo y Bechara, 2018). Como la construcción no solo de la fase teórica, sino de su aplicación pragmática en los órdenes concretos de justificación de las decisiones judiciales. En: Bechara. (2017). *Jurisprudencia de principios e interpretación de la Constitución: El escenario de la Corte Constitucional colombiana. Justicia*. Vol. 32, pp.15-37.

4 "Las normas fundamentales reciben esos contenidos axiológicos desentendiéndose de su valencia o de su capacidad legitimadora del ordenamiento constitucional. (...) A esas direcciones lo que les importa no es su valencia, sino la validez de las normas conforme al orden normativo". (Verdú, 1997:88-89).

5 "También Kelsen se refería al concepto de Constitución como la norma situada en el lugar superior a todas las demás, y a «la idea de un principio supremo que determina todo el ordenamiento estatal, y la esencia de la comunidad constituida por este ordenamiento», pero dentro de un contexto dogmático —el de la *Stufenbau* (construcción piramidal o escalonada) y los criterios conexos para determinar la invalidez de las normas inferiores— algo ignorado completamente al otro lado del océano" (Pegoraro, 2002: 398).

de un ordenamiento jurídico. En esta línea argumentativa los derechos fundamentales pueden ser vistos como *cláusulas morales investidas de eficacia jurídica*; estos derechos presentan <<técnicas de garantías reforzadas>> que permiten su cumplimiento en el plano material de los derechos.

Presentaremos con especial atención *la principialista española de los derechos* desde la propuesta de Prieto Sanchís y García Figueroa, como dos de los principales exponentes del constitucionalismo de principios no solo en lengua castellana, sino de manera global en la defensa principialista en las Constituciones modernas. En este sentido, <<El constitucionalismo de los derechos>> como el mismo Prieto Sanchis (2013) acuña y recoge un gran número de trabajos orientados a la discusión entre otros de: (I). los presupuestos del neoconstitucionalismo. (II). La relación entre garantismo y constitucionalismo. (III). Las relaciones entre el derecho y la moral. (IV). La objetividad en la interpretación de los conceptos morales de la Constitución. (V). El constitucionalismo y la globalización.

Por otra parte, se estructura <<El no positivismo principialista>> de García Figueroa (1998), como propuesta que conjuga los dos modelos principialistas de mayor difusión en términos globales, nos referimos a Dworkin y Alexy.

1. EL PARADIGMA DE LA SEPARACIÓN ENTRE LEY Y DERECHOS

El Estado constitucional⁶ de derecho como paradigma superador del Estado liberal de derecho dentro de sus múltiples rasgos distintivos,

6 Sobre la propuesta del Estado constitucional y su integración desde los márgenes de aplicación del derecho en una construcción de principios, encuentra total recepción la perspectiva de Giorgio Pino en la materialización de los derechos fundamentales: "La adhesión ideológica al Estado constitucional es una consecuencia del hecho de que tal forma de organización ius-política es considerada particularmente adecuada para realizar y tutelar valores determinados, como la democracia en sentido sustancial, la igualdad, los derechos fundamentales, etc." (Pino, 2011: 205).

pone de presente la incidencia de las *normas jurídicas de principio*⁷ en el desarrollo de la teoría del derecho contemporánea, como un modelo que plantea su construcción en la teoría del constitucionalismo⁸. En este sentido, la trascendencia del uso de la *teoría de principios* en los planos concretos de aplicación del derecho, han girado en torno a los *derechos fundamentales* y como estos a través de una *estructura distintiva* dentro del modelo del Estado constitucional, posibilitan los *márgenes de acción* para la Constitución, y esta, no solo sea vista desde su fuerza normativa, sino desde los escenarios reales para la construcción de la *decisión judicial*. (Molinares y Bechara, 2017).

Bajo esta perspectiva, los estudios contemporáneos de *teoría del derecho constitucional* giran en torno a la concepción de la Constitución y de los derechos fundamentales; algunos estudios como los que se han cuestionado por la idea de los modelos de interpretación y adjudicación del derecho en el Estado constitucional contemporáneo como la ponderación⁹ y el principio de proporcionalidad¹⁰, mientras que otros trabajos desarrollados han conducido a la elaboración de las modernas tesis que han formado en la ciencia del derecho el actual constitucionalismo.

El estudio que aquí proponemos muestra una coherencia y una pertinencia, en el estudio del derecho a través de los principios constitu-

7 Desde la perspectiva de Sieckmann (2011) los principios se estructuran como <<argumentos normativos de razones>>, como otro modelo que distingue los principios, apartándose de forma crítica de la propuesta de Alexy como mandatos de optimización. Sieckmann propone una principialista orientada hacia una argumentación abierta a criterios iusfundamentales.

8 Sobre el neoconstitucionalismo se ha escrito mucho, y sobre diversos puntos de vista, desde un análisis estrictamente teórico, nos apoyamos en la lectura que al respecto hace Paolo Comanducci: "El neoconstitucionalismo representa por tanto una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que esta no refleje más la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos" (Comanducci, 2002, p.97).

9 "En la ponderación se han de cumplir exigencias opuestas que no pueden realizarse integralmente a la vez. Pero también debe efectuarse un resultado óptimo, es decir, un resultado que realice los principios en conflicto en la mejor medida posible". (Sieckmann, 2014: 256).

10 "Resulta muy interesante constatar que la ubicación del fundamento constitucional del principio de proporcionalidad en diversos textos constitucionales es poco clara y muy debatida. En la Constitución española, por ejemplo, se discute su adscripción a los artículos 1.1, 9.1 y 10.2, este último en conexión con la convención europea de derechos humanos y su interpretación en la jurisprudencia de la corte europea de derechos humanos". (Borowski, 2003: 128-129).

cionales, estudiando el derecho del Estado constitucional¹¹ moderno. Así, bajo esta concepción entender cómo se dio el paso del Estado de derecho legalista y de tradición legislativa¹² preponderante, para mirar a un Estado donde se desmitifica la ley como única fuente del derecho, con apoyo a la propuesta de *los principios*¹³ y *los derechos fundamentales* pensada para la construcción del derecho no solo constitucional sino en su sentido general, posibilitando reflexiones que construyen el derecho¹⁴ de nuestros días.

En este orden de ideas, como posición contraria a la defendida por la *corriente del positivismo jurídico*, se pensó que el derecho debía contener como modelo de validación contenidos y estándares de justicia, siendo el *principio de justicia en el derecho* el que integrara un modelo para la ciencia jurídica contemporánea. La no observancia de la justicia en el derecho era el sustento que permitía considerar al derecho como tal, es decir, un derecho extremadamente injusto no podía ser considerado derecho, estructurándose el argumento de que la justicia extrema no es ni puede ser considerada derecho, lo que Alexy ha denominado como

11 La visión del Estado constitucional, va a estar representada desde la teoría del derecho y la filosofía jurídica para defender el establecimiento de los derechos fundamentales como normas de especial interés y jerarquía, no solo vinculantes para el legislador, y todos los poderes públicos si no su extensión a los particulares y sus efectos de "irradiación normativa" de todo el sistema jurídico. En este sentido García Pelayo destaca las diferencias del establecimiento del Estado constitucional sobre el Estado de derecho: "El primero se caracteriza por el principio de legalidad, es decir, por la afirmación de la primacía sobre los restantes actos del Estado hecha efectiva por el funcionamiento de unos tribunales destinados a garantizar la legalidad de la acción de la administración estatal. El segundo se caracteriza por el principio de constitucionalidad, es decir, por la primacía de la Constitución sobre la ley y por el funcionamiento de una jurisdicción que entienda de la constitucionalidad de los actos del Estado, incluida la propia ley. (1991:33).

12 Antes del nacimiento de las Constituciones de posguerra, especialmente las Constituciones que siguen históricamente al escenario de la segunda guerra mundial, la idea de derecho o aquello que podía ser considerado como derecho era construida desde el escenario específico de la ley, y del reconocimiento del principio de legalidad en sentido estricto. Con esto, el argumento imperante y protagonista era el de la autoridad del legislador, el cual era concebido como un ente sabio donde solo el derecho escrito o positivo tenía relevancia para la construcción de su derecho válido.

13 Dentro de la noción que al respeto se tiene hoy sobre ellos como conceptos que integran la visión del Estado constitucional en su teoría de principios. apoyándonos especialmente como elemento fundamental de este estudio, a una reconstrucción de los puntos más relevantes desarrollados por Robert Alexy, en lo que respecta a su teoría de los principios, como teoría que posibilita la *comprensión estructural* de los derechos fundamentales, y su construcción *dogmática en el Estado constitucional* democrático de derecho.

14 "Para comprender el Derecho tal como es en las democracias constitucionales, debemos comprender el Derecho tal como debe ser según la filosofía política ilustrada. No se trata, es obvio, de una relación necesaria; pero para comprender cabalmente los ordenamientos jurídicos de las democracias constitucionales debemos conocer aquello que estos ordenamientos jurídicos aspiran a ser". (Moreso, 2008: 285).

la tesis de la injusticia extrema. “Lo que tiene de particular esta fórmula es que deja que el Derecho positivo sea válido aun cuando sea injusto. Tan solo si se traspasa el umbral de la extrema injusticia pierden las normas establecidas validez jurídica” (Alexy, 2009: 77).

Al separar la ley del derecho, los principios jurídicos o principios constitucionales toman un papel preponderante, estas normas tienen condiciones totalmente distintas como las normas básicas, normas-reglas, ya que los principios en sí mismos, constituyen un marco u orden fundamental que integra todo el sistema jurídico. “El derecho, como disciplina práctica, está anclado en la realidad al ser esos criterios de valor, parte de la misma; sin que por ello pretenda que exista una preeminencia de lo fáctico sobre lo normativo” (Rodríguez, 2005: 34).

Esta relación generó un cambio en la concepción del *constitucionalismo clásico*, el cual presentaba grandes inquietudes no descifradas o resueltas, por sus marcos fundamentales. Y era precisamente la necesidad de que aquellos derechos, que tenían una categoría especial referida a la fundamentalidad, gozaran de garantías materiales de protección, predicando además de altos contenidos de fuerza normativa, traducándose en una protección efectiva de los mismos.

Lo que configura a los principios como las normas características de los derechos fundamentales, y es en ese sentido, que las normas de principios actúan como valor fundante del Estado constitucional¹⁵ de derecho, con un fuerte valor axiológico, reclamado en su integridad

15 Es así, que en el Estado constitucional se construye una *axiología de los principios* que le permitirá a nuestra propuesta, la construcción del derecho vigente hoy, mirando más hacia una deslegalización sacramental de sus instituciones y fenómenos jurídicos, es decir se aleja ya estrictamente de una tradición de un Estado legalista decimonónico: “En esta transformación del Estado de Derecho, que puede sintetizarse en la fórmula «del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho» (o «del imperio de la ley» al «imperio de la constitución»), se ha situado también la crisis del paradigma positivista en la cultura jurídica y el tránsito hacia un paradigma postpositivistas. (...) El Derecho está dejando de ser general (pues la aplicación de los principios constitucionales acaba desembocando en el Derecho del caso). (Aguiló, 2007: 666-668).

por el derecho constitucional que vive en tiempos de constituciones normativas:

El derecho constitucional es en su integridad un ordenamiento fundamentalmente axiológico y por tanto orientado a la garantía de determinados valores, señaladamente la separación de poderes, los derechos fundamentales y la democracia. (Díaz Revorio, 2009:225)

2. EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS DE PRIETO SANCHÍS

La propuesta que presenta el profesor español Luis Prieto Sanchís, acerca de las normas jurídicas de principio, parece enclavarse en la misma concepción de los textos constitucionales como normas fundamentales de carácter o de corte *principial*. Con esta postura pone de presente, que en el caso de la Constitución Española de 1978, esta es, abiertamente, además de ser <<un cuerpo constitutivo de libertades públicas y derechos fundamentales con especial fuerza normativa>>, indicándola como una norma no apartada en su orden de concreción normativo o de su fuerza normativa particular, siendo particularmente una carta de disposiciones iusfundamentales presentada a un <<sistema de fuerte corte principial>>. Es así, como lo plantea en su perspectiva:

[...] la Constitución de 1978, que es un texto claramente <<principial>> [...] la constitucionalización de un amplio catálogo de principios y, en general, su recepción en normas expresas no tiene solo un sentido programático o de manifestación pública del orden de valores en que descansa el sistema, sino que ofrece también una virtualidad práctica indudable que permite diferenciar los principios expresos de los tradicionales principios generales del derecho. (Prieto Sanchís, 2011: 206)

Es claro aquí la distinción, entre principios generales del derecho que construyen el derecho desde una fuerza implícita del orden jurídico, y de su objeto preeminentemente normativo a los principios, como normas jurídicas especiales dentro de los sistemas legales-normativos abiertamente constitucionalizados. Siendo así, “un principio constitucional, ostenta la fuerza del documento que lo consagra, por tanto, cualquier disposición contrastante ya no será una excepción, sino una *infracción* del mismo, lo que significa que constituyen un límite sustantivo a la producción de normas inferiores”. (Pietro Sanchís, 2011: 206-207).

Los problemas que <<la principialista>> quiere solucionar, desde las concepciones estrictamente positivistas, o en culturas jurídicas¹⁶ de estirpe codificadora, muestran una inclusión por la apertura de sus disposiciones al debate de la utilización de las fuentes formales o tradicionales del derecho como formas de producción jurídica. Solucionar principalmente, la prohibición de la función creadora del derecho, para así desmitificar el rol del legislador racional, frente al papel del sistema jurídico en orientar sus vías de actuación representadas en una unidad cerrada y completa.

Como otro de los puntos relevantes, en los que Prieto Sanchís centra su producción jurídica, es el correspondiente a los conflictos normativos, más puntualmente conocidos como antinomias. Es este orden, <<la confrontación normativa de antinomias o conflictos de reglas, es uno de los tópicos que toca con especial relevancia la propuesta de la teoría principialista del derecho o de los derechos>>, pues aquí, las formas de solucionar conflictos de reglas o antinomias jurídicas, se desplazan

16 Prieto Sanchís (2011) en su teoría del derecho, presenta un análisis de la cultura jurídica europea orientada hacia la codificación y la exégesis extremas de sus formas de producción jurídica. Proponiendo un cambio desde la visión del orden jurídico como un sistema preeminentemente fundamentado por una axiología principialista, que puede llegar a llenar los vacíos, frente a los problemas constantes de órdenes normativos influenciados por un positivismo legalista o legicentrista, presentando oscuridad e indeterminaciones en la escogencia de las fuentes del derecho que responden a las vicisitudes de una centralización de la producción jurídica en la conciliación de antinomias y lagunas permeadas a lo largo del mismo sistema.

desde el plano tradicional de las reglas jurídicas, a la dimensión constitucional superior, nos referimos concretamente a los principios.

Desde otro escenario normativo, destacadas como colisiones de principio, en las que normas de textura abierta presentan <<confrontaciones de igualdad jerárquica>>, desplazándose de la dimensión de validez-jurídica, a una dimensión constitucional principial o en palabras de Dworkin la dimensión del peso, frente a su rango como normas consagradas en igualdad de condiciones hipotéticas en una Constitución en sentido material-normativo. La colisión de principios puede ser entendida también, como una condición explícita de dos o más derechos fundamentales, que por los medios de solución clásicos de antinomias desbordan la esfera tradicional de aplicación por una constelación propia de los modernos Estados constitucionales:

Son principios también las llamadas directrices o mandatos de optimización, que se caracterizan no ya por la nota de la incondicionalidad, sino por la particular fisonomía del deber que incorporan, consistente en seguir una cierta conducta finalista que puede ser realizada en distinta medida, aquí la ponderación es necesaria porque la determinación de la medida o grado de cumplimiento del principio que resulta exigible en cada caso depende de distintas circunstancias y, en particular, de la presencia de otros principios en pugna. (Pietro Sanchís, 1996, pp.180-183)

Frente al papel de las colisiones de principio, es notable que las condiciones de precedencia de un principio sobre el otro no solamente pueden depender de un equilibrio o balance de los derechos fundamentales en oposición, es decir, <<a un juicio de ponderación concreto>>, pues la labor del intérprete o del operador jurídico quedaría relevada, a la simple concreción mecánica de una lógica ponderativa y a la directriz del mandato de optimización, enfrentando un reduccionismo en la

producción y construcción del derecho a través de elementos discretivos en el juez, o administrador de justicia.

La mayor o menor medida posible de concreción de los principios contrapuestos, esta dada también a la apertura por un entendido axiológico valorativo, por la realización de los fines materiales de protección de los derechos fundamentales dentro de un Estado constitucional, y como, esas normas jurídicas de principio atienden a la labor orientadora de la garantía en la esfera de decisión de los derechos, más cercana a una propuesta concertada de un neiusnaturalismo, o desde las mismas bases del constitucionalismo. “La justicia constitucional encierra dos postulados: uno es que el poder debe estar limitado, otro, que esa limitación ha de ser una tarea judicial, y este segundo aspecto requiere una determinada concepción de interpretación y aplicación del derecho” (Prieto Sanchís, 1996, p.95).

Sobre la distinción estrictamente normativa, entre enunciados jurídicos que presentan condiciones de reglas y enunciados normativos que presentan condiciones de principio, Prieto Sanchís, propone un universo más complejo que inclusive aquel que puede plantear al hablar de reglas como un tipo de normas totalmente distintas a las normas de principios, enfrentadas a los problemas de indeterminación en la vaguedad del lenguaje jurídico, propondrían por soluciones totalmente aisladas las unas de las otras, simplemente abordadas desde una *textura cerrada* frente a algo totalmente contrario a las normas de principio como es su *textura abierta*.

Pues el derecho que se construye en conjunto con una pretensión sistemática del ordenamiento jurídico, no abordaría desde la coherencia, <<posibles soluciones a indeterminaciones normativas en las zonas de penumbra del derecho>> mirándose los unos a los otros (reglas y

principios), como dos tipos de normas opuestas en un mismo sistema jurídico.

En este sentido, si los principios como normas jurídicas que expresan derechos fundamentales, estos a su vez pueden presentar grados de concreción o de materialización con la pretensión de que ese mandato en particular sea cumplido, es decir, la textura abierta de los principios va a permitir que la labor del intérprete le otorgue unos grados de concreción, los cuales pueden ser objeto de una optimización justa y racional, sobre la base teórica que desde el punto de vista de la estructura de los principios a diferencia de las normas tipo regla; estas se aplican concretamente *todo o nada*, como mencionábamos en líneas anteriores; permitiendo que el grado de optimización de los principios pase de un modelo puro de reglas (positivismo jurídico) a un modelo puro de principios (Neiusnaturalismo). La propuesta aquí, no es decir tomemos un modelo en lo radical y olvidemos al otro, ya que el postulado que presenta Prieto Sanchís, busca más, entender el modelo o la teoría de principios en conciliación a su vez, a la aplicación de un modelo reglado del derecho que no excluye o aísla por completo un derecho construido por principios, desde la óptica del Estado constitucional y democrático de derecho. Sobre esta base es importante la visión sobre los márgenes de acción de la textura de los dos tipos de normas, tanto principios como reglas:

Desde esta perspectiva la distinción entre reglas y principios no es anterior, sino posterior a la interpretación, es decir, posterior al encuadramiento de un caso individual en el caso genérico descrito por la norma. Antes de ese momento reglas y principios parecen presentar unos problemas semejantes de textura lingüística o de vaguedad semántica, quizá agravados en el caso de los principios por su generalmente menor concreción. (Prieto Sanchís, 1993, pp.317-320).

En este contexto, el problema actual de la aplicación o no de las normas jurídicas de principio sobre la concreción de normas tipo reglas, en los modernos sistemas jurídicos¹⁷, es la interpretación y alcance de las normas constitucionales y puntualmente de las normas de derechos fundamentales, que en sentido estricto de su estructura normativa son principios. “El género de interpretación que reclaman las Constituciones actuales pone sobre la mesa una serie de técnicas y argumentos ajenos a la tradición positivista” (Prieto Sanchís, 2000, p.161).

Frente al problema de la aplicación o no de los principios, Prieto Sanchís (2000), se muestra partidario que la posible irracionalidad¹⁸ que puede observarse del intérprete que en un caso concreto solucione colisiones entre normas tipo principio, puede verse controlada por los mismos límites que impone la Constitución sobre los derechos fundamentales, y sobre la intensión de la interpretación constitucional siempre destinada a que ningún derecho en concreto se vea lesionado por otro específico.

Configurándose una apertura de los textos constitucionales por la desformalización de los contenidos jurídicos, que solo miraban el núcleo político de los textos constitucionales, el viraje parece extenderse más allá de una postura moderada de asunción del derecho, y la revolución jurídica contemporánea no está en cabeza de una democracia en su cuerpo representativo, sea un parlamento o congreso, sino en una lucha por los derechos dada en los ámbitos de protección y de garantía material de los bienes e intereses jurídicos, siendo en esta dimensión,

17 Lo que indica, que la principalista o la teoría principalista de los derechos fundamentales, se aleja un poco de las concepciones del derecho, cerradas solo a un modelo positivista de observancia de la ciencia jurídica. Sobre esta concepción, se centra el debate de la protección constitucional de las normas de principio como verdaderos derechos fundamentales en el papel que juegan los tribunales o cortes constitucionales en la judicabilidad de estos derechos, y la oposición del papel del legislador como fuente del derecho que reclama su papel principal, un poco relegado por el Estado constitucional contemporáneo y la inclusión de los textos constitucionales con normas fuertes como los principios.

18 Sobre esta base teórica, se está abiertamente en oposición a lo que prescribía la Constitución de los Estados de derecho decimonónicos, frente a los grandes márgenes de acción y de gran discrecionalidad que tenía el legislador para llenar de contenido material lo que los mismos cuerpos constitucionales no podían establecer por sus magnos rasgos de formalismo extremo.

que los principios constitucionales¹⁹ como normas dúctiles y maleables puestas a la interpretación, no responderían a propuestas de únicas respuestas correctas, ni de menos a más equívocas para la solución del caso concreto, sino, configurándose en el plano fáctico y jurídico la respuesta como la más razonable y proporcional que equilibre ambos intereses contrapuestos:

La Constitución a través de los principios supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial; bien es verdad que no se trata ya de la misma discrecionalidad, y la diferencia es esencial: la del legislador ha sido, siempre una discrecionalidad inmotivada, mientras que la del juez pretende venir domeñada por una depurada argumentación racional. (Prieto Sanchís, 2000, p.173)

Prieto Sanchís presentará su propuesta sobre una principialista que se apoya fundamentalmente en <<la tesis de la conexidad necesaria entre el derecho y la moral>>. Pero a su vez critica a Alexy al decir, “resolver un caso a la luz de los principios entraña siempre un conflicto entre derechos constitucionales y, salvo que entendamos que existen herramientas infalibles para hacer frente a esos conflictos, nada garantiza que nuestro caso reciba una respuesta moralmente correcta”. (2013, p.118). Lo que parecería en este punto, que la principialista busca ligar la aplicación de los enunciados normativos, a la utilización de una argumentación jurídica fuerte, apoyada hacia una interpretación²⁰ del derecho abierta

19 Los principios constitucionales, como normas jurídicas por excelencia dentro de los modernos Estados constitucionales, van a permitir una posible conciliación frente al dualismo positivismo jurídico e iusnaturalismo, es decir, un derecho desde una postura abiertamente positivista, nunca pensó en orientar sus fuentes de producción a propuestas que partieran del reconocimiento más allá de un derecho expresamente consagrado, aunque los mismos principios son normas constitucionales. El debate se expresa en la fuerza axiológica de los principios y en sus postulados de interpretación frente a los casos concretos, nos referimos a una fuerza normativa que supera no solo la aplicación directa de la norma fundamental en el entendido de la aplicación de los derechos fundamentales, sino su criterio de unificación del mismo sistema jurídico.

20 Tal interpretación presenta inconvenientes o circunstancias de inaplicabilidad material cuando se realiza una interpretación constitucional bajo un precepto legal, como lo plantea el Profesor español Francisco Díaz Revorio: “la interpretación que se considera constitucional, y sobre cuya base se supera el contraste del precepto con la norma suprema, no puede obtenerse forzando la letra de la ley, sino que ha de poder derivar lógicamente del texto del precepto”. (2002, p.199).

al escenario constitucional, construido por el desarrollo de la teoría del neoconstitucionalismo como una teoría general del derecho, que busca reivindicar la posición de un derecho contemporáneo fundamentado sólidamente en la idea material²¹ de la Constitución²², y como sus normas más importantes los derechos fundamentales, cobran protagonismo especial cuando estos se soportan desde una idea de principios.

3. EL NO POSITIVISMO PRINCIPIALISTA DE GARCÍA FIGUEROA

El no positivismo principialista como concepción del derecho, surge de la necesidad de afrontar los temas centrales de la crisis del positivismo jurídico y su pérdida de relevancia conceptual en la moderna teoría del derecho. En este sentido, la propuesta del no positivismo principialista, busca afrontar a los principios constitucionales no como un tema exclusivo del derecho natural, sino como un tópico que presenta unos alcances teóricos normativos, que van construyendo su propia definición. Es decir, esta corriente, si así se valida, presenta una ruptura a la idea de pensar exclusivamente el tema de los principios constitucionales, como un aporte teórico de la corriente del derecho natural, pero es a partir del estudio de Alfonso García Figueroa en la tradición filosófico-jurídica española, que se construye una visión terciaria en la teoría de principios, como él lo denomina “no positivismo Principialista”.

21 La Constitución en sentido material desde la perspectiva principialista, permite esencialmente, la aplicación directa de las normas constitucionales, como los derechos fundamentales o disposiciones iusfundamentales, cuya característica estructural, es precisamente la de ser normas de principio, desde el sentido material de la Constitución en tiempos de constitucionalismo: “Lo decisivo y novedoso de este constitucionalismo radica, precisamente, en las cualidades materiales o sustanciales de la Constitución, que la tornan prácticamente omnipresente en toda operación y creación del derecho”. (Cruz, 2009: 16).

22 Sobre la idea de Constitución en Pietro Sanchis: “La Constitución es así, ante todo, una norma «interna» a la vida del Estado, que garantiza solo el pluralismo en la formación parlamentaria de la ley, y no una norma «externa» que desde la soberanía popular pretenda dirigir o condicionar de manera decisiva la acción política de ese Estado, es decir, el contenido de sus leyes”. (2001: 204-205).

Como primera medida, <<esta teoría identifica el sistema de principios y valores²³, a una visión contra-mayoritaria al positivismo jurídico>>, pero no totalmente partidaria de su aspecto natural, en otras palabras la identificación de un no positivismo Principialista, en la teoría del derecho y la iusfilosofía contemporánea, construye una visión moderada del constitucionalismo de principios:

La simultaneidad de la crisis del positivismo jurídico y el auge de los principios en el derecho no obedece, así pues, a la curiosidad, en el actual estado de cosas constituiría una exactitud ignorar tanto que los principios deben gran parte de su fortuna a su virtualidad en contra del positivismo jurídico; como que el declive del positivismo o las críticas que recibe apelan a la singularidad de un nuevo derecho formado precisamente por principios. (García Figueroa, 1998: 29)

Lo que permite abrir paso, a una nueva concepción del derecho en la posmodernidad, alejada de la corriente del positivismo jurídico como fundamento de la expresión, *la injusticia legal*, para articular así, lo que fue el derecho válido, construido desde *la Fórmula Radbruch*, como *injusticia extrema*, por lo tanto no podía ser considerado derecho. En este sentido, El derecho se pensó ya no como la ley de las circunstancias, que fuera manipulable o maleable a las pasiones del momento, piénsese en el uso autoritario del poder sobre un estado y una sociedad. <<El derecho formado precisamente por principios, constituye un modelo real de concreción efectiva de los postulados constitucionales, se direcciona en sentido garantista de los derechos fundamentales de los ciudadanos, pregona ahora la protección especial por parte del Estado>>. Veamos entonces, cuál es la tesis central que defiende el no positivismo Principialista, como lo señala el mismo autor:

23 Díaz Revorio (2012:14), establece un destacado análisis de la conformación de los valores como normas jurídicas fundantes de la norma constitucional superior, distingue principalmente los alcances teóricos que provienen originariamente de la filosofía del derecho y que luego se "conectan" teóricamente con el derecho constitucional.

El no positivismo Principialista afirma que los principios constituyen un elemento inaprehensible por el positivismo jurídico, lo cual conduce, una vez verificada la presencia de aquellos en el derecho, a una concepción no positivista, a la vinculación conceptual de derecho y moral. (García Figueroa, 1998: 22)

Esta concepción de la vinculación conceptual del derecho y moral, blinda en el Estado constitucional los principios fundamentales, ya que los proporciona de técnicas de garantías tales, que estos a través de su fuerza normativa sean judiciales y protegidos por los jueces en sus fallos y providencias. “La calificación principialista obedece a la centralidad del recurso a los principios para explicar las insuficiencias del modelo positivista del derecho” (García Figueroa, 1996: 88). Esta protección especial de los principios como derechos fundamentales²⁴, constituye la razón práctica de los postulados centrales de un Estado constitucional de derecho. Superado con la concepción no positivista de los principios, y con el argumento de la vinculación conceptual del derecho y la moral²⁵, constituyendo un punto conveniente en el modelo del constitucionalismo de principios.

La visión terciara o de tercera vía que plantea García Figueroa tal como lo mencionábamos líneas arriba, se encuentra enclavada entre las dos posturas más representativas del argumento de los principios abanderadas en Dworkin y Alexy. Ya indicábamos en el primer párrafo

24 Retomando la idea de mirar a los principios como verdaderos derechos fundamentales, dentro del sistema jurídico, se forma la necesidad de encontrar, cuáles son los rasgos generales de esta condición, tomando como referencia teórica, lo propuesto por Carrillo y Bernal : “debemos mirar los principios, como unas condiciones reales de concreción fáctica, atendiendo a las necesidades del caso concreto y particular, es decir, la concepción de mandatos de posibilidades fácticas en la aplicación judicial del derecho”, (Carrillo, 2009: 147). “En la relación principios y derechos, nace la asimilación conceptual de una dualidad normativa, de ambos conceptos, menester de la especial protección por la constitución, esto es así, además, porque las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos en las realizaciones concretas de los derechos”. (Bernal, 2008: 97).

25 El sistema jurídico propuso además de la renovación o renacimiento del derecho natural, la inclusión del principio de justicia, según el cual el derecho será justo de conformidad a sus propios contenidos materiales, y no por su procedimiento, es decir, el derecho justo será el que en su contenido exprese la conformación de un marco general de equidad y equilibrio social, esto amparado en la visión de principios, construye el modelo posmoderno del estado actual, el busca principalmente que la constitución y sus principios, estén al alcance de todos los individuos de la sociedad.

de este apartado, que el argumento de los principios manifestado en la posición no positivista, dirige directamente una postura teórica que no revalida el lugar del positivismo jurídico en cuanto a sus desarrollos, en el período comprendido por las últimas décadas del siglo XX y los años de inicio del siglo XXI en lo atinente a la cultura jurídica global.

La posición de García Figueroa es clara frente al positivismo jurídico, al afirmar que el argumento de principios incluye elementos flexibles a las normas iusfundamentales cuando existen panoramas jurídicos inmersos de pluralismo, y junto con *el argumento de la injusticia* el cual se desarrolla primigeniamente en *la fórmula Radbruch* y reconstruido por Alexy en tiempos de Estado constitucional, exponen la falta de contingencia del positivismo jurídico proponiendo su eventual ocaso. El no positivismo principialista como tesis que recoge el argumento de los principios, propone más allá que una tensión frente a reglas y principios²⁶ en los criterios clásicos de distinción, estableciendo una medida real de concreción en el papel de los principios no solo frente al positivismo jurídico, sino en el derecho del Estado constitucional:

Según el argumento de los principios, la presencia de principios en el derecho implica la conexión de derecho y moral. Dicho de otro modo, la presencia de principios en el derecho demuestra la inviabilidad del positivismo jurídico. El argumento, empleado por Ronald Dworkin en la cultura jurídica angloamericana y por Robert Alexy en la continental europea, reposa finalmente sobre la noción de principio. (García Figueroa, 2009: 105)

26 La posición de García Figueroa frente a la distinción de reglas y principios en el Estado constitucional, es determinadamente radical, debido a que el profesor español considera que no existen las reglas en los Estados constitucionalizados, de tal punto que la clásica distinción entre reglas y principios pierde su praxis en el Estado de los derechos fundamentales: Lo que desbarata la virtualidad de la distinción entre reglas y principios en el Estado constitucional; consiste en que no puede haber reglas inmunes a revisión constitucional (esto me parece profundamente garantista), ya que ninguna norma de un ordenamiento jurídico constitucionalizado puede quedar, por razones conceptuales, desvinculada de la Constitución. Por tanto, no es posible distinguir entre reglas y principios sencillamente porque no existen reglas (*i.e.* normas inmunes a las exigencias constitucionales) en los Estados constitucionales. (2011:133).

En este orden de ideas, la pregunta fundamental que hasta aquí se haría el lector, es precisamente cuáles son los aportes de García Figueroa al argumento de los principios²⁷ y por ende al no positivismo principialista. El profesor español, propone cuatro distinciones fundamentales que desengloban el argumento de los principios; (i). La distinción sobre el criterio de la mayor determinación semántica de las reglas y una cierta carga axiológica de los principios. (ii). La distinción de asociación de los juristas a una aplicación subsuntiva de las reglas y a una actividad ponderativa de los principios. (iii). La distinción pragmática en los principios en la exigencia de una mayor carga en la actividad de la argumentación por el aplicador del derecho. (iv). La distinción que asocia a las reglas a los casos fáciles²⁸ y a los principios a los casos difíciles.

Bajo este entendido de las cuatro distinciones que propone García Figueroa, a nuestro parecer la más importante en el plano de la concreción jurisprudencial de los principios expresados como derechos fundamentales, respondería a la tercera distinción. Sobre la base, de la exigencia no solo de una carga de la argumentación²⁹, sino además de una carga de la interpretación especial para los derechos fundamentales³⁰, como normas prevalentemente estructurales desde la categoría de principios.

27 El argumento de los principios desarrollado especialmente por Alexy, determina una crítica a la estructura abierta del positivismo, no a su textura, pues el profesor alemán distingue entre la estructura del derecho y la textura del derecho. Esta estructura del derecho, desde la vista positivista, permite la creación judicial del derecho apoyándose los jueces y los juristas en elementos extrasistémicos, cuando los casos son dudosos, o se presentan vaguedades en el lenguaje jurídico: "El argumento de los principios dice que el juez, también en el ámbito de apertura del derecho positivo, es decir, del derecho impuesto y eficaz, esta jurídicamente ligado y lo está de una manera que crea una vinculación necesaria entre el derecho y la moral. A ello responde la afirmación del Tribunal Constitucional Federal en el ya mencionado fallo sobre la creación judicial del derecho". (2004:74).

28 Sobre los casos fáciles y los casos difíciles es importante destacar la postura en la concreción de los mismos desde la mirada de Atienza: "la distinción entre casos fáciles y casos difíciles juega un papel esencial en lo que cabría denominar como "teorías estándar" de la argumentación jurídica y también, más en general, en la teoría del derecho contemporáneo". (1997: 8).

29 La carga de la argumentación defendida por Alexy (1997) muestra principalmente una importancia práctica; esta busca la estabilidad del principio de seguridad jurídica en los modernos sistemas jurídicos constitucionales, a la hora de apartarse del precedente como la decisión anterior que puede generar la respuesta correcta, quien se aparte se autoimpone una carga de argumentación en la suficiencia objetiva, para lograr la razonabilidad de la nueva decisión.

30 Es importante destacar la posición puntual de García Figueroa sobre la determinación de los derechos fundamentales como normas de principio en los Estados constitucionales: "En los Estados constitucionales los derechos fundamentales han transformado el derecho en sus aspectos estructural, funcional y material. Se trata de una transformación estructural porque los derechos fundamentales suelen contemplarse como *principios* cuya configuración es diversa, al menos en alguna medida,

Tal distinción, propone la superación dialéctica al criterio clásico de reglas y principios, <<el cual se dirige en la anquilosada tensión positivismo jurídico e iusnaturalismo, inclusive entre legalismo versus constitucionalismo>>, el cual García Figueroa propone que responde más a un neoconstitucionalismo, como un tipo de constitucionalismo jurídico y no en estricto sentido político que se proyectó en el Estado liberal de derecho, llamado el constitucionalismo de los derechos por Prieto Sanchís, y el cual nosotros denominamos el constitucionalismo viviente³¹.

La tercera distinción sobre la base de una carga especial de interpretación de los principios en el moderno Estado constitucional³², solo es posible gracias a la derrotabilidad de los principios, es decir, al grado de concreción material que poseen los mismo a la propia judiciabilidad de los derechos fundamentales, postura defendida por García Figueroa, y que sustenta teóricamente desde dos lados opuestos, al menos para su consideración, de dos posiciones teóricas del derecho disimiles, aunque defensoras de la inclusión de los principios en las Constituciones de posguerra, especialmente en Europa. En una primera medida, la defensa no positivista de Alexy, en su teoría de principios, como una teoría especial de su teoría general del derecho no positivista, y por otro lado en la propuesta de Ferrajoli, en su teoría del garantismo como tesis especial de su teoría general del derecho positivista:

Alexy sostiene que los derechos fundamentales no solo pueden, sino que deben venir configurados como principios. La derro-

de la que presentan el resto de las normas del ordenamiento (*reglas*). Estos cambios interesan a la teoría de la norma jurídica, que debe esclarecer cuáles son las características formales de los principios". (2003:198).

31 Existe una posición similar al menos semánticamente hablando, llamada *constitucionalismo del árbol vivo*, defendida por el profesor Wilfrid Waluchow (2015:231-274).

32 Resulta vital denotar la defensa del Estado constitucional desde su objetivo principal en Pérez Francesch: "El objetivo central de todo Estado constitucional, es decir, de todo Estado de derecho, es la garantía de la libertad. La libertad con mayúscula, como la estatua de la libertad de Nueva York, en el marco de la cual se pueden desarrollar las diversas libertades concretas (*freedom*)". (2016:1).

tabilidad sobre bases éticas de los principios iusfundamentales puede parecer a primera vista un inconveniente, pero en realidad es consecuencia de un rasgo de estos que bajo la ideología del Estado constitucional representa una virtud: su fuerte carga axiológica. (...). El reforzamiento de la corrección material tiene lugar a costa de cierta *imperfeción* formal en el derecho del Estado constitucional, por eso como escribe Ferrajoli: la posible imperfección es, paradójicamente, su mayor mérito. (García Figueroa, 2006:114)

En este orden de ideas, resulta importante la carga de la interpretación de los principios³³ en el Estado constitucional de derecho, porque solo la correcta interpretación de los mismos permitirá una acertada concreción en la decisión judicial como *respuesta correcta*³⁴, no basta ya solamente la carga de la argumentación³⁵ acuñada por Alexy (1997) sino; además del contenido mínimo de concreción interpretativa³⁶ para las normas iusfundamentales reflejada en una adecuada carga de la interpretación. Si el juez³⁷ o el operador del derecho a la hora de construir la decisión judicial³⁸, adelantara un procedimiento interpretativo adecuado ex-ante y no de manera ex-post, que es precisamente el procedimiento que se

33 "La técnica de los principios es aplicable siempre, y no solo en presencia de enunciados normativos dotados de ciertas características, porque siempre está al alcance del juez transformar en principios las reglas que sustentan la posición de cada parte" (Prieto Sanchís, 1996:47).

34 La decisión judicial correcta vista desde múltiples respuestas, ha sido defendida entre otros por el profesor colombiano Rodolfo Arango (2016). Existen además posturas y reflexiones teóricas, sobre si es posible que el razonamiento jurídico moderno enfrente una única respuesta correcta, frente a un caso problemático para el derecho. Se destacan las de Atienza (2009), Aarnio (1990), Peczenik (1992) y Comanducci (1998).

35 "En esta situación aparece como cuestión de principio la exigencia del respeto de los precedentes, admitiendo el apartarse de ellos, pero endosando en tal caso la carga de la argumentación a quien quiera apartarse" (Alexy, 1997:263).

36 "En un sistema jurídico conviven distintos principios contrastantes entre sí que pueden conducir a resultados contradictorios propiciando así la discrecionalidad o la elección entre alternativas diversas, por lo que no se puede afirmar que haya un criterio seguro para determinar su peso relativo en cada caso" (Gascón, 1993: 213).

37 "El tipo de razonamiento de un juez ordinario supone concebir la decisión «como si» derivase del legislador, mientras que el modelo de razonamiento del juez constitucional, al tener que definir el ámbito más o menos extenso de la licitud, reclama del intérprete la asunción de una mayor responsabilidad en la decisión" (Prieto Sanchís, 1991:177).

38 "Cuando se aplican principios, si bien no es fácil sostener que existe una única respuesta correcta, sí que, al menos, existen unos mecanismos para reducir al máximo la discrecionalidad judicial" (Ruiz, 2010:127).

surte en la adjudicación y precisamente en la construcción argumentativa de la decisión; múltiples problemas de *mala praxis judicial* entre la norma y la decisión posterior, pudiesen verse resueltos, y alcanzar los fines pretendidos por el derecho, no solo en cumplimiento del principio de justicia, sino en una verdadera corrección judicial de los problemas del sistema jurídico.

CONCLUSIONES

Los principios constitucionales no solo se instituyen en las normas jurídicas más importantes dentro de los sistemas de derecho actuales, su labor busca superar los índices concretos de *adjudicación del derecho*, ya que estos (los principios) *corrigen el sistema* de manera *intra-sistémica*, pues el valor axiológico-deóntico de estas normas, supera las pretensiones personales o particulares de aplicar el derecho, y se integran en las pretensiones universales de materialización de la justicia en sentido unificador del mismo sistema de derecho, ya que desde la axiología de valores superiores dentro del Estado constitucional, precisamente desde la dignidad humana, posibilitan las esferas de realización, de los postulados reales de justicia material de los derechos fundamentales.

La principialista española de los derechos fundamentales, orientada a partir de los trabajos de Prieto Sanchís y García Figueroa propone dos tesis fundamentales, La primera defendida por Prieto, busca determinar los alcances de los criterios de distinción más allá del debate estrictamente normativo, entre normas tipo regla y normas tipo principio, interesándose principalmente en cómo los principios construyen un punto de conexión entre el derecho y la moral o lo que el profesor español indica como el argumento de los principios, que posibilita que en los modernos sistemas jurídicos deben incorporar a su Constitución

dichos elementos normativos como supuestos cualificantes de las normas fundamentales.

García Figueroa, por su parte establece que es importante para el debate de los principios en el Estado constitucional la superación de los criterios clásicos de distinción en el modelo de las normas, y aquí encuentra una adhesión teórica a la propuesta de Prieto Sanchís, pero es original en afirmar, que los principios establecen la distinción pragmática en la exigencia de una mayor carga en la actividad de la argumentación por el aplicador del derecho, lo cual pone de presente, la relevancia para fines de la judiciabilidad de los derechos fúndameles, y para el establecimiento material para fijar los márgenes de la decisión constitucional en términos de decisión judicial iusfundamental.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aarnio, A. (1990). La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 8, 23-38.
- Aguiló, J. (2007). Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, 665-675.
- Alexy, R. (1997). *Téoria de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Traducción: Jorge M. Seña. Barcelona, España: Editorial Gedisa.
- Alexy, R. (2007). *Téoría de los derechos fundamentales*. (2^o ed.). Trad. y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2009). Los principales elementos de mi filosofía del Derecho. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32, 67-84.
- Arango, R. (2016). *Hay respuestas correctas en el derecho*. Segunda Edición. Bogota, Colombia: Siglo del hombre editores y Universidad de los Andes.
- Atienza, M. (1997). *Los límites de la interpretación constitucional de nuevo sobre los casos trágicos*. Isonomía. *Revista de Téoria y Filosofía del Derecho*, 6, 7-30.
- Atienza, M. (2009). Sobre la única respuesta correcta. *Revista Jurídicas*, 6(2), 13-26.

- Bechara, A. (2011). Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy. *Saber Ciencia y Libertad*, 6(2), 63-76.
- Bechara, A. (2016). Nuevos sujetos de especial protección constitucional: defensa desde la teoría principialista de los derechos fundamentales. *Justicia*, 21(29).
- Bechara, A. (2017). Jurisprudencia de principios e interpretación de la Constitución: El escenario de la Corte Constitucional colombiana. *Justicia*, 32, 15-37.
- Bechara, A. (2019). *Jurisprudencia de principios*. Barranquilla, Colombia: Editorial Universidad del Norte.
- Bernal, C. (2008). *El derecho de los derechos*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia,
- Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. N°. 25. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Carrillo, Y. y Bechara, A. (2018). *La balanza de los derechos*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Cruz, L. (2009). La Constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo. *Dikaion*, 23(18), 11-31.
- Comanducci, P. (1998). Principios jurídicos e indeterminación del derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21, 89-104.
- Comanducci, P. (2002). Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, 16, 89-112.
- Díaz Revorio, F. (2002). Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas. *Pensamiento Constitucional*, 8(8), 177-212.
- Díaz Revorio, F. (2009). Justicia constitucional y justicia electoral: un examen comparado México-España. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 13, 223-266.
- Díaz Revorio. (2012). Sobre los valores en la filosofía jurídica y en el derecho constitucional. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, 19, 13-50.
- Estrada, S. (2000). *La excepción de principalidad*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis. B
- Estrada, S. (2016). *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*. Sello Editorial de la Universidad de Medellín.
- Estrada, S. (2012). *Filosofía del derecho y neoconstitucionalismo*. En: A. Botero, (coord.). *Filosofía del derecho*. Sello Editorial Universidad de Medellín. Medellín, Colombia.

- García Figueroa, A. (1996). El no positivismo principialista en el diritto mite de Gustavo Zagrebelsky. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 13, 87-109.
- García Figueroa, A. (1998). *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo Principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García Figueroa, A. (2003). La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de derecho. *Diritto e Questioni Pubbliche*, 3, 197-227.
- García Figueroa, A. (2006). Norma y valor en el neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, 7(2), 107-121.
- García Figueroa, A. (2009). *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid, España: Editorial trota.
- García Figueroa, A. (2011). Neoconstitucionalismo: dos o (tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 121-137.
- García Pelayo, M. (1991). Estado legal y estado constitucional de derecho. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 82, 32-45. Universidad Central de Venezuela.
- Gascón, M. (1993). Igualdad y respeto al precedente. Derechos y Libertades: *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 2, 211-227.
- Guastini, R. (2010). Nuevos estudios sobre la interpretación. Trad. de Diego Moreno. Universidad Externado de Colombia. *Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho*, 55. Bogotá, Colombia.
- Molinares, V. y Bechara. (2017). Entre la interpretación y la norma: la tasa razonable de justificación constitucional. *Revista de Derecho*, 48, 163-188.
- Moreso, J. (2008). Ferrajoli o el constitucionalismo optimista. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, 279-287.
- Pino, G. (2011). Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 201-228.
- Peczenik, A. (1992). Objeciones de principio. Respuesta a Aleksander Peczenik y Luis Prieto Sanchís. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 12, 333-352.
- Pegoraro, L. (2002). La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 6, 393-416.

- Pérez Francesch, (2016). *En defensa del Estado de derecho. Estudios sobre las tensiones en la seguridad y la libertad en el mundo de hoy*. Barranquilla, Colombia: Editorial Universidad del Norte y Grupo Editorial Ibañez.
- Prieto Sanchís, L. (1991). Notas sobre la interpretación constitucional. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 9, 175-198.
- Prieto Sanchís, L. (1996). Diez argumentos sobre los principios. *Jueces para la Democracia*, 26, 41-49.
- Prieto Sanchís, L. (2001). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5, 201-228.
- Prieto Sanchís, L. (2007). Derecho y moral en la época del constitucionalismo jurídico. *Revista Brasileira de Derecho Constitucional*, 10.
- Prieto Sanchís, L. (2011). *Apuntes de teoría del derecho*. Sexta edición. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Prieto Sanchís, L. (2011). Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 229-244.
- Prieto Sanchís, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Ruiz, R. (2010). Sobre la discrecionalidad judicial en un Estado Constitucional. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 20, 119-132
- Sieckmann, J. (2011) Los derechos fundamentales como principios. En: Sieckmann, J. (ed.). *La teoría principialista de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons.
- Sieckmann, J. (2014). *La teoría del derecho de Robert Alexy, análisis y crítica*. Universidad Externado de Colombia. *Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho*, 67. Bogotá, Colombia.
- Verdú, p. (1997). Dimensión Axiológica de la Constitución. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 74. 85-168.
- Waluchow, W. (2015). Strauss, democracia y constitucionalismo del árbol vivo. En: J. Fabra y García Jaramillo. (Coord). *Filosofía del derecho constitucional*. UNAM. Mexico: Instituto de investigaciones jurídicas.

La Corte Constitucional Colombiana como jurisdicción de la interdisciplinariedad¹

The colombian Constitutional Court as jurisdiction of interdisciplinarity

Ferney Rodríguez-Serpa²
 Carolina Cárdenas Arrieta³
 Giselle de la Torre Soto⁴

Como citar y referenciar: Rodríguez-Serpa, F; Cárdenas, C y de la Torre, G. (2019). La Corte Constitucional Colombiana como jurisdicción de la interdisciplinariedad. En Rodríguez-Serpa, F (Ed). *Dialéctica constitucional* (pp.37-59), Barranquilla, Colombia. Ediciones Universidad Simón Bolívar.

- 1 El presente capítulo de libro, se deriva de los resultados parciales de la tesis doctoral titulada: "Legitimidad democrática de las decisiones judiciales de la corte constitucional colombiana", adelantado en el marco del Programa doctoral en Filosofía con orientación en ciencias políticas de la Universidad Autónoma de Nuevo León de Monterrey-México. Esta investigación es apoyada y financiada por la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla-Colombia a través del grupo de investigación científica "Derechos humanos, tendencias jurídicas y sociojurídicas contemporáneas y en colaboración con el Grupo de Investigación de ciencias sociales GINCIS de la Corporación Universitaria Corposucre.
- 2 PhD. En Filosofía con Orientación en Ciencias Políticas de la Universidad Autónoma de Nuevo León de Monterrey-México; Magíster en Derecho Procesal; Abogado; Sociólogo; Editor de la Revista Justicia de la Universidad Simón Bolívar, Colombia, docente-investigador vinculado al grupo de investigación científica "Derechos humanos, tendencias jurídicas y sociojurídicas contemporáneas" de la Universidad Simón Bolívar, Colombia. *rodriguezserpaabogados@gmail.com* ORCID ID: 0000-0002-8197-7010.
- 3 Magíster en Paz, desarrollo y ciudadanía de la Corporación Universitaria Minuto de Dios, Especialista en Derecho Procesal Civil CECAR, abogada, conciliadora. Directora del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria Antonio José de Sucre. Corposucre. *carolina_cardenas@corposucre.edu.co*
- 4 Magíster (c). En Educación de la Corporación Universidad de la Costa; Abogada y socióloga, docente de la Corporación Universidad de la Costa, Barranquilla, Colombia. *gdelator2@cuc.edu.co* ORCID ID: 0000-0001-9707-7976

RESUMEN

La Corte Constitucional Colombia con la carta política de 1991, surge como respuesta a las necesidades que el nuevo país demandó a finales del siglo XX, y las propias del siglo XXI. Ha ello, se suma la idea que el nuevo tribunal constitucional ampare sistemáticamente y amplie los derechos fundamentales históricamente desconocidos a la sociedad colombiana, y con ello, los derechos emergentes que el constituyente en su momento no haya podido prever. No obstante, más allá de su naturaleza jurídica para tutelar derechos, y efectuar un riguroso control de constitucionalidad, la Corte Constitucional en sus diferentes jurisprudencias ha evidenciado una capacidad interdisciplinaria en su jurisdicción, la cual es notoria en disímiles fallos con perspectivas propias de las ciencias políticas, la antropología, la sociología, la economía, entre otras. Se utilizó, un enfoque cualitativo, un método inductivo, y una técnica de investigación de análisis de texto. Como resultados, el capítulo demuestra las diferentes dimensiones interdisciplinarias de la Corte, y se concluye que este tribunal tiene la capacidad no solo para abordar estos temas, también tiene las facultades de salvaguardar la integridad y supremacía constitucional.

Palabras clave: Corte Constitucional, interdisciplinariedad, sociología, antropología, ciencias políticas y economía.

ABSTRACT

The Constitutional Court of Colombia, with its 1991 political charter, emerged in response to the needs that the new country was demanding at the end of the twentieth century, and those of the twenty-first century. In addition, the new constitutional court should systematically protect and extend the fundamental rights historically unknown to Colombian society, and in so doing, the emerging rights which the constituent at the time could not have foreseen. However, beyond its legal nature to protect rights and to carry out a rigorous constitutional review, the Constitutional Court in its various jurisprudence has demonstrated an interdisciplinary capacity in its jurisdiction, which is notorious in dissimilar failures with perspectives proper to the political sciences, anthropology, sociology, economics, among others. A qualitative approach, an inductive method, and a research technique of text analysis were used. As a result, the chapter demonstrates the different interdisciplinary dimensions of the Court, and concludes that this court has the capacity not only to address these issues, also has the power to safeguard constitutional integrity and supremacy.

Keywords: Constitutional Court, interdiction, sociology, anthropology, political sciences and economics.

INTRODUCCIÓN

No hay duda alguna que una de las instituciones sociales con mayor impacto en las entrañas del mundo de la vida (Paladino, 2011) de los mortales han sido los tribunales o cortes constitucionales. Su importancia como se ha dicho radica en su impacto, traducido en la capacidad de los tribunales constitucionales de dirimir diferentes conflictos sociales desde los reclamos de la empleada doméstica hasta resolver problemas relacionados con los animales pasando por temas trascendentales como la eutanasia, la dosis personal, el aborto y recientemente sobre la adopción de niñas y niños por parejas del mismo sexo (Peña, 2006).

En este sentido, asistimos a una de las instituciones jurídicas con el mayor grado de racionalidad para comprender los avatares de la vida social especialmente en aquellos países que han adoptado dicha figura como la gran mayoría de los ubicados en la sistemática del *civil law*, lo cual en esencia es un contrasentido pues la praxis de desarrollo de esta última no descansa en la constitucionalización del derecho, como sí ocurre con la racionalidad jurisprudencial que es más coherente con el *commun law* y los esquemas de precedente judicial y subreglas jurídicas (Jacob, 2016).

Esta aclaración previa de entrada permite entender que el lugar de la corte constitucional a partir del poder conferido a sus magistrados resulta desnaturalizado a la tradición del derecho continental, pero que en todo caso su presencia ya es un hecho a partir de la experiencia que construyen los alemanes desde la Ley Fundamental de Bonn de 1949, (Carbonell, 2008, p.51), la cual se ha constituido en el mayor de los referentes para los tribunales constitucionales de lengua hispana.

Ubicados en el contrasentido del lugar de las cortes constitucionales, surgen ciertas preguntas de carácter epistemológico o de gnoseología que resultan necesarias para comprender la capacidad de respuesta de

este órgano jurisdiccional frente a las demandas sociales. En tal sentido, nos podemos preguntar ¿es legítimo que una institución como la Corte Constitucional este formada por juristas que dirimen problemas que escapan a la sapiencia de su formación académica? En otros términos, ¿las respuestas de la Corte Constitucional colombiana en materia económica, social, antropológica, entre otras distintas a lo estrictamente normativo son razonables?

En relación a lo planteado la respuesta hipotética estriba en que la mayoría de edad en términos kantiano (Filgueiras, 2008) que alcanzan los magistrados de la corte constitucional, les permiten a estos desarrollar una capacidad lógica muy profunda en la cual sus raciocinios posibilitan entrarse en esferas aparentemente vetadas, pero imposibles para la colonización de la jurisprudencia constitucional.

Conforme a ello, el derrotero teleológico de este trabajo busca explicar desde diferentes perspectivas cómo la económica, la sociológica, las ciencias políticas y la antropológica tienen la capacidad de intervención interdisciplinaria de la corte, en los reclamos sociales en materia de derechos humanos y de protección de la constitución, por vía de control de constitucionalidad. Tal análisis vale la pena aclarar que es como se ha dicho de forma interdisciplinaria y no transdisciplinaria.

Para lo anterior, el presente ensayo se divide en dos grandes rutas, en la primera se revisaron los antecedentes de la jurisdicción de la liberta como dijo en su momento Mauro cappelletti; y en la segunda se adentra a la jurisdicción constitucional como jurisdicción de la interdisciplinariedad.

En esta última los problemas que la corte constitucional en sus 26 años de existencia ha logrado resolver desde diferentes ángulos disciplinares que a la postre se creería que son más que los aquí propuesto, mas sin embargo estimamos como aquellos de mayor impacto jurisprudencial,

como lo son los problemas económicos, los problemas sociológicos, las respuestas antropológicas y los problemas de las ciencias políticas.

1. ANTECEDENTES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Es evidente que el estudio de las instituciones políticas del presente –ineludiblemente–, tiene como objeto ir a la época más brillante de la civilización occidental, con ello se hace referencia a la democrática ateniense donde se dieron formas de revisión jurisdiccional de actos de los poderes públicos, no obstante, su antecedente más cercano se ubica en el siglo XVIII, a la luz del desarrollo sacramental de la ley y en efecto, el derecho (Rodríguez & Ruiz, 2010, p.201). Ya en estos tiempos, se establecen formas razonables de limitación del poder de gobierno, o al poder soberano, quien asumía un carácter predominantemente político o moral, razón esta que hacía de él, la necesidad de sujeción al control que reposaba en el derecho y en nombre de la legalidad (Narváez, 2006).

Por otra parte, con el surgimiento del principio de la división de los poderes basado en las teorizaciones de Locke y de Montesquieu, el límite al poder legislativo fue hallado en la atribución de los diversos poderes soberanos a órganos diversos e independientes, más que en un control judicial de las leyes (Celotto, 2002). En este sentido, a los jueces se les limitó el poder en absoluto, pues recuérdese que en el pasado estos fueron nombrados por los monarcas absolutistas y con posterioridad con la revolución francesa no sería visto con buenos ojos por parte de los revolucionarios atrincherados en la figura del parlamento.

No obstante, el antecedente de mayor impacto de las Cortes constitucionales se adjudica a la sentencia *Madison Vs. Marbury* de 1803. En aquel momento, no se contemplaba la posibilidad de revisión y control de la constitucionalidad en la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787.

En tal sentido, como suele ocurrir con las contingencias sociales, los hechos que pertenecen al ser de las cosas, escapan al margen del deber ser, de ahí la necesidad de reducir las incertidumbres sociales por el derecho y por supuesto de la sociología a través de la comprensión de los “hechos sociales” (Lorente, 2006, p.4) como diría Max Weber la “acción social” (Lutz, 2010, p.214).

Así las cosas, el hecho concreto se ubica en 1803 cuando la Corte Suprema negando a sí misma una competencia menor, como la de impartir órdenes a la administración, se atribuía un poder mucho mayor: el control de conformidad de las leyes a la Constitución. Surgiendo así el control constitucional de las leyes (Celotto, 2002, p.4).

En este sentido, la Sentencia del juez Marshall en 1803 en el resonado caso *Marbury Vs. Madison*, en aquel tiempo. La Constitución escrita ha sido considerada siempre como Ley Fundamental y Superior de la Nación y consecuentemente la teoría de tales Gobiernos ha de ser que un acto de la legislatura que repugne a la Constitución es nulo, y la necesidad de optar por una de las normas (Constitución/ley) en conflicto: Si una ley está en oposición a la Constitución, si ambas la ley y la Constitución, son aplicables al caso particular, el Tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto es la que rige el caso. La lógica preeminencia de la Constitución: Si los Tribunales han de observar la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura, la Constitución y no tal acto ordinario ha de regir el caso a que ambas se aplican, ya que otra cosa sería subvertir el verdadero fundamento de todas las constituciones escritas (Cerra, 2011, p.168).

Según la aclaración de voto de Calabresi, (1995):

En cierto momento, Estados Unidos tenía casi un monopolio sobre el control constitucional, y si una doctrina o planteamiento no se intentaba acá, no había ningún otro lado donde

buscarla. Esa situación ya no es la misma. Desde la Segunda Guerra Mundial, muchos países han acogido formas de control constitucional, que (a pesar de ser diferentes de la nuestra en múltiples detalles) sin lugar a dudas han tenido su origen e inspiración en la teoría y la práctica constitucionales norteamericanas. Estos países son nuestros ‘descendientes constitucionales,’ y la forma en que han tratado problemas análogos a los nuestros puede resultarnos muy útil cuando confrontamos asuntos constitucionales difíciles. Los padres sabios no dudan en aprender de sus hijos. (Sentencia *United States v. Then*)

El caso *Marbury contra Madison* es un proceso judicial abordado ante la Corte Suprema de los Estados Unidos y resuelto en febrero de 1803. Se considera el caso más importante de la jurisprudencia estadounidense, no por el asunto específico tratado, que no era menor, sino por los principios que estableció. La sentencia afirma la capacidad de los tribunales de realizar control de constitucionalidad, es decir juzgar la conformidad de la ley con la Constitución y para abrogar, inaplicándolas, aquellas que pudieran contravenirla. Este principio instituye la atribución más importante de los tribunales estadounidenses, y hace de ellos los primeros tribunales constitucionales de la historia (Zambrano, 2012).

El caso surgió como resultado de una querrela política a raíz de las elecciones presidenciales de 1800, en las que Thomas Jefferson, demócrata-republicano, derrotó al entonces presidente John Adams, federalista. En los últimos días del gobierno de Adams, el Congreso dominado por los federalistas, estableció una serie de cargos judiciales, entre ellos 42 jueces de paz para el Distrito de Columbia. El Senado confirmó los nombramientos, el presidente los firmó y el secretario de Estado estaba encargado de sellar y entregar las comisiones. En el ajetreo de última hora, el secretario de Estado saliente no entregó las comisiones a cuatro jueces de paz, entre los que se contaba William Marbury (Zambrano, 2012).

El nuevo secretario de Estado del gobierno del presidente Jefferson, James Madison, se negó a entregar las comisiones porque el nuevo gobierno estaba irritado por la maniobra de los federalistas de tratar de asegurarse el control de la judicatura con el nombramiento de miembros de su partido. Marbury recurrió al Tribunal Supremo para que ordenara a Madison entregarle su comisión. Si el Tribunal fallaba a favor de Marbury, Madison todavía podría negarse a entregar la comisión y el Tribunal no tendría manera de hacer cumplir la orden. Si el Tribunal se pronunciaba contra Marbury, se arriesgaba a someter el poder judicial a los jeffersonianos al permitirles negar a Marbury el cargo que podía reclamar legalmente. El presidente del Tribunal Supremo John Marshall resolvió este dilema al decidir que el Tribunal Supremo no estaba facultado para dirimir este caso. Marshall dictaminó que la Sección 13 de la Ley Judicial, que otorgaba al Tribunal estas facultades, era inconstitucional porque ampliaba la jurisdicción original del Tribunal de la jurisdicción definida por la Constitución misma. Al decidir no intervenir en este caso, el Tribunal Supremo aseguró su posición como árbitro final de la ley (Zambrano, 2012, p.7).

En este caso la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos afirmó su control sobre los actos del Congreso al dejar sin efecto aquellos que entran en conflicto con la Constitución. En realidad, el caso *Márbury* no se refiere, como podría parecer, a una cuestión de derechos fundamentales, sino más bien a una de las posibles vías para garantizar –para hacer efectiva– la Constitución. Es decir, *Marbury* trata de un asunto de teoría general de la Constitución (la supremacía constitucional) y de teoría de derecho procesal constitucional (el papel de los jueces ante las leyes inconstitucionales). Para comprender el sentido de la sentencia *Marbury* conviene tener presente el contexto histórico y político en el que el fallo se produce y los múltiples factores que conducen hacia una decisión de tanta trascendencia (Carbonell, 2006, p.289).

Desde otra perspectiva, Beltrán & Gonzalez (2006), aunque son muy críticos inclusive con respecto a la calidad de jurista de John Marshall, expresan que:

sin duda, *Márbury* es la sentencia más citada del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Y según unos (por ejemplo, García de Enterría), la más famosa y la más importante de toda la historia. Muchos hemos leído la frase más citada del Chief Justice Marshall, aquella conforme a la cual la obligación de los jueces es 'to say what the law is', determinar qué es el derecho (p. 94)

De otra parte, en el viejo continente, con el mismo fin de ofrecer una garantía de la Constitución de manera objetiva, se confió la revisión de constitucionalidad a un Tribunal, idea tomada del modelo de Kelsen y que también fue tomado por la Constitución austríaca de 1920. En el resto de Europa, superada la Segunda Guerra Mundial, se adoptó de manera decidida, la creación de los tribunales y cortes constitucionales en varios países. En este entendido, Celotto (2002) afirmó:

con la reactivación de la Corte en Austria en 1946 y las previsiones de la Constitución italiana de 1948 y de la ley fundamental alemana de 1949. En Francia el *Conseil constitutionn* previsto por la Constitución de 1958 con funciones limitadas, ha asumido a partir de los años 70 un significativo papel de justicia constitucional; así como sucedió en Bélgica con la Cour d'arbitrage. Experimentos de justicia constitucional centrados sobre una adecuada Corte fueron intentados en Chipre (1960), en Turquía (1961), en Yugoslavia (1963) y, en años más recientes, con el fin de los regímenes dictatoriales, se consolidaron en Portugal (Constitución de 1976 revisada en 1982) y en España (Constitución de 1978) y en un cierto sentido, también en Grecia (1975). La gran parte de los países de la Europa occidental, desde el

fin de los regímenes socialistas, ha iniciado a experimentar la justicia constitucional, a partir de Polonia (1982) y de Hungría (1989). En el último decenio la institución de la Corte constitucional se ha convertido en una variable casi imprescindible en tales sistemas, como se deduce de las Constituciones de Rusia, Bulgaria, Lituania, República Checa, República Eslovaca, Rumania, Eslovenia, Croacia, Albania, Moldavia, Letonia, Estonia, y así sucesivamente. (pp.5-6)

Por su parte Eguiguren (2004), manifiesta que en los países Latinoamericanos se han establecido Tribunales o Cortes Constitucionales, en parte, bajo vestigios del difuso modelo americano y otras tratando de imitar la experiencia de países europeos como Alemania, Italia y España, como es el caso de Guatemala (1965 y 1985), Chile (1970 y 1980), Ecuador (1978), Perú (1979 y 1993), Colombia (1991) y Bolivia (1994) (p.9).

2. LA JURISDICCIÓN DE LA INTERDISCIPLINARIEDAD

Ahora bien, su caracterización como jurisdicción de la interdisciplinariedad no es gratis, su desarrollo a lo largo de la historia y en el caso colombiano ha llevado a esta corporación a intervenir en asuntos nunca antes pensados, es más con los pronunciamientos de la Corte constitucional se ha diluido las fronteras de la público y lo privado.

Como ya se ha dicho, tal papel de la jurisdicción constitucional ha sido determinado fundamentalmente por el alto nivel de racionalidad de las decisiones judiciales de esta institución. Sin embargo, la racionalidad no es un producto de la nada, es consecuencia de algo más y quizás sustancial para alcanzar tal nivel superior cognitivo de estos tribunales, y con ello me refiero en concreto al nivel de formación de los magistrados de estos tribunales que distan mucho del nivel de formación de los jueces de otros niveles de inferior jerarquía.

En otras palabras, la superioridad racional de juez (Rodríguez, 2011) tiene una estrecha correlación con el nivel de formación de estos. Dado es pertinente para comprender la capacidad metajurídica en materia cognitiva de los juez y en consecuencia las competencias de estos para asumir profundas interpretaciones y la construcción de argumentos interdisciplinarios sólidos, con un alto nivel de erudición .

2.1. La jurisdicción constitucional como respuesta a los problemas económicos de la sociedad colombiana

Quizás una de las más grandes apuestas de la Corte Constitucional colombiana desde su génesis, ha estado vinculada a los problemas económicos, pues la nueva Carta Política representó y representa una eterna tensión para no decir contradicción entre un nuevo modelo de Estado de corte prestacional que asume la carga de la mayor responsabilidad del desarrollo social desde lo público y por otra parte, la entrada en vigencia de un modelo neoliberal que no es más que la flexibilización de la responsabilidad fundamental del Estado y en consecuencia el otorgamiento de un amplio margen de libertad a la iniciativa privada.

En este sentido, “un ejemplo significativo es el primer trabajo de Salomón Kalmanovitz sobre el tema, en donde ese autor intenta un análisis sistemático y comprensivo de la jurisprudencia económica de la Corte, pero se queda en una visión puramente externa de las decisiones del juez constitucional, como lo muestra incluso el propio título de su artículo” (Uprimny, 2001, p.38), que lleva por nombre “Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional” (Uprimny, 2001, p.38).

Verbigracia de una lectura económica de las decisiones judiciales de la Corte Constitucional colombiana es el recordado fallo de la Sentencia C-700 de 1999. En aquel momento la Corte en la interpretación de Rodrigo Uprimny (2001):

decidió mantener, por algunos meses, el sistema UPAC, a pesar de considerar que era inconstitucional, con el fin de evitar vacíos normativos capaces de generar graves traumatismos económicos. Dijo entonces la Corte que era necesario consagrar un plazo para permitir que la ley establezca las directrices necesarias para la instauración del sistema que haya de sustituir al denominado UPAC, sin que exista un vacío inmediato, por falta de normatividad aplicable⁵. (p. 46)

Ahora el hecho que lo diga la Corte no significa “palabra de Dios”, pues a pesar de la defensa que se hace en este ensayo sobre la capacidad de racionalidad de los magistrados para decidir sobre temas metajurídicos. Para muchas tales invasiones a otras esferas del conocimiento no la ven con buenos ojos. En este caso, para Kalmanovitz (s.f) “fallos, como el del UPAC, no han sido claros, prestándose a varias interpretaciones. La forma como la Corte da pronunciamientos previos a la publicación de los textos de las sentencias revela cierta ansia de figuración ante los medios, induciendo reacciones innecesarias y a veces nocivas frente a temas que se mantienen en la incertidumbre por varias semanas” (p. 4).

En este mismo caso, en posteriores sentencias la Corte Constitucional siguió ampliando sus consideraciones vinculantes, como “la sentencia C-383 de 1999 que señala que la UPAC debía estar atada a la inflación y no a las tasas de interés, y la Sentencia C-747 de 1999, que decretó la inconstitucionalidad de la capitalización de intereses, en los programas

5 Sin embargo, esa prudencia judicial de la Corte Constitucional fue criticada por ciertos comentaristas, e incluso por algunos de los magistrados que aclararon su voto, quienes consideraron que era lógicamente inconsistente, y contrario a sus funciones, que la Corte decidiera mantener en el ordenamiento una disposición que era inconstitucional, por lo cual la sentencia debió declarar su inexequibilidad, sin importar las consecuencias. Como vemos, si la Corte declara la inmediata inconstitucionalidad de una norma económica, entonces se la crítica por no tener en cuenta los efectos de esa decisión; pero si, debido a las consecuencias traumáticas de una inexequibilidad inmediata, la Corte decide mantener temporalmente en el ordenamiento una disposición, que ha constatado que es inconstitucional, se la cuestiona por no cumplir sus funciones de guardiana de la supremacía de la Constitución (Uprimny, 2001, p.46).

de adquisición de vivienda, se fundaron en el principio de adecuación de las políticas económicas” (Uprimny y Rodríguez, *s.f.*).

Continuando con Uprimny (2001), sus palabras son claras en afirmar que es legítimo que se exija de los jueces que hagan una reflexión a fondo sobre las consecuencias de sus providencias, no solo en materia económica, sino en todas aquellas que se podrían derivar de ella. Ahora mucho más cuando en un sistema donde se reconocen ampliamente los derechos económicos y sociales e incluso los clásicos de primera generación en conexidad con los de segunda, se requieren de jueces con cierta insensibilidad por los efectos –financieros o políticas– de sus decisiones, pues implica que existe una autoridad estatal –el Estado hecho juez o Estado jurisdiccional– que estará dispuesta a proteger el equilibrio de ciertos valores y principios, sin importar que su decisión sea impopular o todo lo contrario que cueste mucho al erario público con tal de materializar los fines esenciales del Estado (p.47).

Finalmente, en cuanto a este punto, se ofrece en resumen una pequeña lista de algunos temas que en materia de derecho económico la Corte constitucional ha dirimido:

- » Normas sobre transferencias y Sentencia C-151 de 1995.
- » Impuestos no retroactivos y sentencia sobre bonos forzosos de seguridad. Sentencia C-149 de 1993.
- » Sentencia C-481 de 1999 que declaró inexecutable la expresión “que deberán ser siempre menores a los últimos resultados registrados” del párrafo del artículo 2º de la Ley 31 de 1992, por desconocer la autonomía del Banco de la República.
- » Prohibición de que la ley establezca exenciones a impuestos territoriales. Sentencias C-160 de 2000, C-1333 de 2000 y C-315 de 2004.
- » Inconstitucionalidad del Plan de Desarrollo Sentencia C-557 de 2000 o de la Ley de Regalías Sentencia C-737 de 2001 por vicios de procedimiento en su aprobación.

- » Sentencia C-122 de 1998 que limitó el alcance de la declaratoria de emergencia económica y estableció que los recursos debían ir a los sectores realmente afectados por la crisis financiera: banca pública y cooperativa
- » Noción de gasto social: Sentencia C-317 de 1998 que consideró que el gasto en deporte y recreación no podía ser considerado gasto social y declaró inexecutable la expresión “y constituyen gasto público social” del artículo 4° de la Ley 181 de 1995.
- » Reactivación económica, acuerdos de reestructuración y derechos de adquiridos acreedores. Sentencia C-586 de 2001. Sentencia C-754 de 2004 que declaró inexecutable la reducción del régimen de transición en materia pensional por violar derechos adquiridos
- » Defensiva: Sentencia C-671 de 2002 sobre seguridad social de miembros de la Fuerza Pública y Sentencia C-038 de 2004 sobre reforma laboral. Tutelas sobre el POS y el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida digna.

2.2. La jurisdicción constitucional como respuesta a los problemas sociológicos

Por su parte hace presencia en la narrativa jurisprudencial el carácter sociológico de la jurisdicción constitucional. En este escenario la jurisprudencia es igualmente inmensa sobre los problemas sociales en un país donde converge un mundo de la vida feudal, con un mundo de la vida postmoderna, es decir, un país donde es posible ver en el semáforo de una esquina un “carro de tracción animal”, al lado de un vehículo inteligente como un “Audi o Mercedes-Benz”.

En esencia, lo dicho es asumido por la magna jurisprudencia de la Corte constitucional colombiana, que ha abordado disimiles temas de la radiografía social colombiana, como es el fenómeno del desplazamiento forzado, el tema del tratamiento penitenciario y carcelario, el

del consumo de sustancia psicoactivas o dosis personal, el aborto, la eutanasia, entre otros. No obstante, una de las instituciones sociales que más llama la atención, es la familia, la cual la Corte en su jurisprudencia le ha dado un tratamiento sociológico que ha resultado vanguardista para la sociedad colombiana.

En tal sentido, desde la sociología se define la familia como una entidad constituida por mínimo tres personas, a través de la consanguinidad o de la afinidad y son sus fines básicos de reproducción social de las costumbres, cultura e identidad social, también inculcar el respeto por la autoridad y las normas de comportamiento social, así como la socialización de roles y modelos de conducta social (Vela, 2015, p.7).

Es claro que para la sociología existen diferentes tipos de familia, sin embargo, hay, vale la pena rescatar dos de ellas vinculadas al derecho, la primera la clásica familia nuclear de Durkheim (Cadenas, 2015, p. 32) propia del ortodoxo modelo de Estado de Derecho y la segunda, la familia de la democracia emocional de Anthony Giddens (Araújo, 2000) relacionada lógicamente con los valores democráticos.

Lo Corte Constitucional colombiana, sin embargo, va más allá de los constructos clásicos de la familia en la sociología y construye de paso nuevas lecturas sociológicas de esta. Observase en este caso, la inclusión de la familia homosexual o del mismo sexo, o incluso la persona en su existencia singular puede ser familia consigo mismo, pues podría por sí solo o sola tener la capacidad de adopción de un niño o niña.

En resumen, como diría Haydée Valencia y otros (2013):

La familia presenta nuevas formas de estructuración de su dinámica fruto del acceso de la mujer al trabajo, competencia laboral, igualdad de género, madresolterismo, parejas por la Internet, hijos criados por sus abuelos, mujeres cabeza

de familia, padres que desempeñan labores en el hogar, por señalar algunos. Los cambios de la familia en este siglo, deja más preguntas que respuestas: ¿qué sucederá con los roles tradicionales de masculinidad, maternidad y paternidad? ¿Cómo enfrentará el “hijo” de una pareja del mismo sexo su falta de especificidad? (p.91).

2.3. La Jurisdicción de constitucional como respuesta antropológica

Otra de las dimensiones de la interdisciplinariedad es la antropología, en esta la Corte Constitucional colombiana asume verdaderamente la capa del modelo de Estado multiétnico y pluralista. Lo más sagrado a lo expresado es la figura de la consulta previa.

Esta figura en Colombia se constituye en una garantía constitucional surgida del reconocimiento de la diversidad cultural, étnica, ambiental y social existente en el territorio nacional, es decir, es una institución con un espíritu antropológico que nace como la esperanza existencial de las minorías étnicas y de los territorios ancestrales, frente a los avatares del desarrollo desenfrenado. Para el caso nuestro, “Colombia está integrada en mayor número por habitantes que desarrollan su estilo de vida a la usanza de la “cultura occidental”, pero también conviven en ella múltiples comunidades humanas que, a pesar de ser minoritarias, conservan su identidad y se mantienen ajenas a las costumbres y hábitos sociales que la mayor parte de la población emplea regularmente” (Cifuentes, Herrera, Mantilla y Carvajal, 2018).

Consciente de la coexistencia étnica y en reconocimiento de los aportes vitales efectuados por estas comunidades a la edificación de la nación -colombiana-, el Constituyente de 1991 incorporó al texto constitucional un conjunto de normas destinadas a la protección de la identidad cultural,

la diversidad étnica, la autonomía territorial, la propiedad colectiva, la autodeterminación y los derechos humanos de estas comunidades. (Cifuentes, Herrera, Mantilla y Carvajal, 2018).

Recuérdese por ejemplo aquel discurso de Lorenzo Muelas en la Asamblea Nacional Constituyente “al hablarle al país en su lengua nativa durante la Asamblea Nacional Constituyente le muestra finalmente al pueblo colombiano que su identidad no es monolítica, hispánica y católica únicamente, sino pluralista” (Arango, 2006, p.33).

Lo cierto en todo caso, es que la intervención de la Corte Constitucional para establecer límites formales y materiales de las múltiples controversias sociales, económicas y culturales han permitido dar orientaciones a las diferentes reclamaciones, las cuales, por supuesto no han sido nada pacíficas, han llevado incluso a la Corte a interpretaciones extensivas y apoyarse en argumentos contramayoritarios para proteger a las minorías, como es en este caso, las étnicas.

En otras palabras, “la jurisprudencia constitucional ha venido diseñando y poniendo en práctica una concepción moderna del Estado en la que el cumplimiento de los deberes sociales del Estado ocupa un lugar central en la reorganización de las instituciones públicas” (Molina, 2007, p.241), de tal suerte, que la Corte Constitucional ha discutido ampliamente la obligatoriedad de la consulta previa, para la protección antropológica de las comunidades indígenas.

2.4. La jurisdicción constitucional como un problema de las ciencias políticas

Por último, no cabe duda que una de las esferas donde hace de igual forma presencia la jurisdicción constitucional es el campo de las ciencias políticas. En esta, las aporías y fricciones políticas desde el gobierno de Álvaro Uribe Vélez se han hecho más notorias. Para explicar esto es

preciso recordar en síntesis el objeto clásico de estudio de las ciencias políticas, que es el poder. Ahora, “no se puede afirmar que en la Ciencia Política el objeto de estudio esté claramente delimitado al regirse esta por varios, entre ellos se pueden citar además del poder, el proceso de toma de decisiones o el Estado” (Vanegas, 2010, p.179).

No obstante, para “el derecho constitucional (...) el objeto de estudio de la ciencia política es el poder y no el Estado” (Vanegas, 2010, p.181). De esta forma se observa cómo desde el gobierno Uribe Vélez, la corte Constitucional avaló la primera reelección presidencial y de la misma forma puso fin a la segunda pretensión de prolongación del poder el expresidente en mención y actual senador de la República. En el período de este mismo gobierno la Corte asumió la competencia de control de constitucionalidad del acuerdo de desmovilización de los grupos de autodefensa en Colombia, las llamadas AUC (Molina y Vizcaíno. 2016).

Otro ejemplo reciente ocurrió con el control de constitucionalidad de los acuerdos de La Habana-Cuba, el famoso fast track (Pulido-Ortiz, 2017). En ello se evidencia los intereses políticos inmanentes al poder, donde se configuran alianzas estratégicas para sacar adelante los acuerdos frente a sus enemigos. O la imposición de estos frente al oficialismo, con plena afectación o injerencia en las decisiones de la Corte.

Finalmente, en este punto agregaría un aspecto no menos importante de las ciencias políticas comprendido a partir del desarrollo jurisprudencial, como es el diseño de políticas públicas. Solo para ilustrar lo dicho es suficiente con mirar detalladamente las Sentencias T-043 de 2015 y T-092 de 2015 (Mendiveiso, 2017, p.7).

CONCLUSIÓN

Este trabajo permite acentuar que el control autónomo de la Corte Constitucional obedeció a la necesidad fáctica de dar respuesta a los

profundos errores cometidos por el órgano legislativo, de modo que el origen del control de constitucionalidad no es otorgado, sino circunstancial, de ahí que lo que esta institución ha conseguido ha sido producto sustancialmente de la capacidad profunda de los jueces de justificar racionalmente la proyección o corrección de los equívocos legislativos.

En coherencia con ello, este trabajo permita inferir que la capacidad de los jueces ha posibilitado la comprensión de fenómenos contingentes de la sociedad, lo cual, permite que su ilustración para abordar desde la interdisciplinariedad a lo largo de la historia no es un reconocimiento vacío, es producto del esfuerzo infinito de la hermosa jurisprudencia de estos tribunales constitucionales en el último siglo.

De otra parte, se concluye en este estudio que la Corte Constitucional ha tenido la capacidad infinita de dirimir profundos problemas económicos en Colombia; en este trabajo destacamos el conflicto del UPAC, no obstante, por problemas de tiempo se dejaron de tocar otros temas relevantes que la Corte recientemente ha resultado como el de las madres comunitarias, que al final de cuenta sufrió un revés en lo que inicialmente les había reconocido.

En ese mismo sentido, se describe la negación de algunas tutelas que han solicitado en tratamiento de enfermedades en el exterior, pero por circunstancias derivadas de precedentes a partir de ella, se han negado. Ahora bien, esto significa que la interdisciplinariedad es la capacidad de decidir favorablemente, también tal capacidad permite negar derechos como estos dos últimos casos planteados.

En cuanto a los problemas sociológicos resueltos por la Corte desde la perspectiva de la interdisciplinariedad ha permitido que el tribunal constitucional ponga fin a disímiles sufrimientos y a la comprensión de los problemas más estructurales de la sociedad colombiana. Por ello

en este caso se ha descrito el fenómeno de evolución de la familia en Colombia y con ello ha quedado demostrado cómo la Corte Constitucional desde la interdisciplinariedad no solo comprende los hechos sociales en el entendido de Durkheim, sino que ha facilitado a través de la jurisprudencia vinculante reconocer derechos nunca antes reconocidos en el ordenamiento jurídico colombiano. Es más es cualquier reconocimiento, es el órgano de cierre del ordenamiento y en consecuencia el mejor respaldo de autoridad para legitimar los derechos de los desventajados.

Otras de las conquistas que se reconocen desde la perspectiva de la interdisciplinariedad estriba en la capacidad de resolver problemas antropológicos en la sociedad multiétnica y pluricultural. Con esto habría de señalar que Colombia es uno de los países con mayores progresos de protección jurisprudencial en la protección de las comunidades indígenas, afro, gitanos entre otros grupos con amplio y poco peso antropológico.

Finalmente, la Corte Constitucional colombiana es muy reconocida por su capacidad de intervenir en la solución de problemas políticos, de ahí aquella expresión donde se dice que las cortes por no decir solo la colombiana, realizan en sus funciones activismo judicial. Ciertamente o no, es claro que la capacidad de dirimir un problema político por parte de la Corte deriva como es natural de que la Constitución no es un *corpus* jurídico, también es una Carta esencialmente política, lo cual, desde la condición humana de los magistrados no se debe abandonar aquella expresión aristotélica de que somos animales políticos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arango, R. (2006). *El valor de la coherencia y el precedente constitucional. En interpretar y argumentar. Nuevas perspectivas para el derecho*. 2 ed. Editorial. Medellín.
- Araújo, J. (2000). "Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas" de Anthony Giddens. *Sociológica*, 15(43), 278-282.

- Beltrán, F. y González, G. (2006). Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Calabresí, J. (1995). United States v. Then, 56 F.3d 464, 469 (2d Cir. 1995). Aclaración de voto.
- Cerra, E. (2011). *El control de constitucionalidad. Análisis de la doctrina de la Corte en los 10 años de vigencia de la Corte Constitucional*.
- Cadenas, H. (2015). La familia como sistema social: Conyugalidad y parentalidad. En *Revista MAD*, 33, 29-41. Universidad de Chile,
- Carbonell, M. (2006). Marbury versus Mádison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, p.289.
- Carbonell, M. (2008). Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas. *Estudios Constitucionales*, 6(2), 43-71.
- Celotto, A. (2002). La Corte Constitucional. Círculo doxa. Traducción de Liliana Rivera Rufino. Licenciada en Derecho por la Universidad Contemporánea, Querétaro, México. Disponible en: <http://www.circulodoxa.org/documentos/Circulo%20Doxa%20-%20Formas%20y%20modelos.pdf>
- Cifuentes, G., Herrera, B., Mantilla, L. & Carvajal, P. (2018). La consulta previa en la jurisprudencia constitucional de Colombia: análisis de línea entre 1997-2015. *Revista Justicia*, 23(33).
- Eguiguren, P. (2000). Los tribunales constitucionales en la región Andina: una visión comparativa. Lima, Perú. Disponible en: [Dialnet-LosTribunales-ConstitucionalesEnLaRegionAndina-5084982%20\(1\).pdf](http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5084982)
- Filgueiras, J. (2008). El Kant de Rorty, o la mayoría de edad de la epistemología *Ideas y Valores*, 57(138), 93-117.
- Jacob, R. (2016). ¿Es el *common law* el mejor sistema jurídico en el mejor de los mundos globalizados posibles? Libres reflexiones sobre los desarrollos de la teoría del derecho y sus desafíos actuales Isonomía. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 44, 11-37
- Lorente, D. (2006). Una relectura del método sociológico: Emile Durkheim y el estudio científico de las formaciones sociales Iberóforum. *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, I(II), 1-9.
- Lutz, B. (2010). La acción social en la teoría sociológica: una aproximación. *Argumentos*, 23(64), 199-218.

- Mendivelso, D. (2017). *Incidencia de la Jurisprudencia Constitucional sobre las Políticas Públicas para los Habitantes de Calle, bajo el Principio de Igualdad y no Discriminación*. Trabajo de Grado, para optar al título de Magíster en Derecho Público, Maestría en Derecho Público, Universidad Konstanz, Universidad Santo Tomás, Bogotá D.C.
- Molina, C. (2007). El rol institucional de la corte constitucional. En *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, 28, 213-242.
- Molina, M., y Vizcaíno, V. (2016). Procesos de desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional en el marco de la Ley de Justicia y Paz en Colombia y los Acuerdos de Paz de Chapultepec en El Salvador. Memorias. *Revista Digital de Historia y Arqueología desde el Caribe*, 28, 228-262.
- Narváez, J. (2006). Reseña de “El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho” de Maurizio Fioravanti (coord.) *Historia Mexicana*, LV(4), 1519-1527.
- Paladino, F. (2011). Las estructuras del mundo de la vida moderna frente a la globalización. Una lectura desde las sociologías de J. Habermas y A. Giddens *Papeles del CEIC*, 2, pp. 1-37.
- Peña, M. (2006). El precedente constitucional emanado del tribunal constitucional y su impacto en la función legislativa. *Centro de Estudios Constitucionales*, 4(001), 173-184.
- Pulido-Ortiz, F. (2017). La validez de los procedimientos de reforma constitucional fast track *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 30, 151-183
- Rodríguez, F. y Ruiz, P. (2010). De la crisis del positivismo jurídico al imperio de los principios en el nuevo derecho. En *Revista Republicana*, 9, 199- 215.
- Rodríguez, F. (2011). La racionalidad de la decisión judicial. En *Revista Justicia*, 16(19).
- Uprimny, R. (2001). Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía. En *Revista Precedente*.
- Uprimny, R. & Rodríguez, C. (s.f). *Debates de coyuntura económico*.
- Vela, A. (2015). Del concepto jurídico de familia en el marco de la jurisprudencia constitucional colombiana: un estudio comparado en América Latina. En: <file:///f:/articulos%20en%20alianza%20estrategica%20para%20publicar/corte%20constitucional/jurisprudencia%20sociologia/del%20concepto%20juridico%20de%20familia.pdf>

- Valencia, H., Cadena, M., Díaz, L., Bedoya, C. y Sánchez, J. (2013). Modificaciones de la estructura jurídica de la familia en Colombia como resultado de las sentencias creadoras de Derecho de la Corte Constitucional. En *Revista Justicia*, 24, 91-104.
- Vanegas, L. (2010). La ciencia política en las ciencias sociales. En: *Revista Reflexiones*, 89(1), 179-183.
- Zambrano, A. (2012). *Marbury vs. Madison y el Control de Constitucionalidad*. Disponible en: http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/28102012/dp-marbury_vs_madison.pdf

Constitucionalismo desde una lectura decolonial: algunos rasgos descollantes

*Constitutionalism from a decolonial reading:
some fastening features*

Diemer Lascarro-Castellar
Carlos Lascarro-Castellar
Jorge Mejía Turizo

Como citar y referenciar: Lascarro-Castellar, D; Lascarro-Castellar, C y Mejía, J. (2019). Constitucionalismo desde una lectura decolonial: algunos rasgos descollantes. En Rodríguez-Serpa, F (Ed). *Dialéctica constitucional* (pp.61-92), Barranquilla, Colombia. Ediciones Universidad Simón Bolívar.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo general reconstruir una radiografía teórica de las discusiones entre los estudios decoloniales y el constitucionalismo latinoamericano. Para ello, se presenta, en un primer momento, una introducción general de los estudios constitucionales post-91 en América Latina, para, en una segunda parte, presentar la discusión en torno a lo que hemos denominado la lectura decolonial del constitucionalismo.

Palabras clave: colonialidad, interculturalidad, nuevo constitucionalismo latinoamericano.

ABSTRACT

The purpose of this article is to reconstruct a theoretical radiography of the discussions between decolonial studies and Latin American constitutionalism. To this end, a general introduction to post-91 constitutional studies in Latin America is presented at first, to, in a second part, present the discussion around what we have called the decolonial reading of constitutionalism.

Keywords: coloniality, interculturalism, new Latin American constitutionalism.

INTRODUCCIÓN

En los albores del constitucionalismo fundacional se perseguía de manera particular limitar los excesos del poder provenientes del *Ancien régime*, al tiempo que consolidar fuertes cimientos a las concepciones emergentes del naciente Estado de Derecho y del Principio de Legalidad. La revolución gala (francesa) y la revolución de las trece colonias (como también se conoce la americana), guardadas sus proporciones, se dedicaron principalmente a estos propósitos. En el contexto de América Latina, estos ideales hicieron resonancia en los “padres fundadores de la patria” que lucharon por provocar independencia frente al imperio que los había sometido integrado por las élites hispano-lusitanas. En este sentido, Gargarella (2014) señala que un cuestionamiento pertinente que pretende responder este constitucionalismo era justamente el problema de cómo lograr la secesión de la corona. Ulteriormente, en la génesis del siglo XX, puntualmente en Alemania y en el ámbito de la Revolución Mexicana, se configura una nueva concepción frente a las cartas políticas fundamentales, al que se le denominó “constitucionalismo social”. Según el precitado autor, además de recoger elementos propios del constitucionalismo fundacional, el centro de gravedad giraba en torno a cómo constitucionalizar ciertos derechos sociales que procedían en gran parte de exigencias de corte marxista, que pretendían integrar en las constituciones ciertas garantías y prerrogativas de orden social, a las que no se les había podido conceder condición de justiciables. Tiempo después, y tomando como punto de partida el año de 1945, ya acaecidos los acontecimientos de la Segunda guerra mundial, en ciertos estados como Alemania, España, Italia y Portugal, emerge lo que algunos ilustres juristas (Carbonell, Ricardo Guastini, etc.) denominan el neoconstitucionalismo.

Uno de las más importantes preguntas que se intenta responder tiene que ver con aspectos de hermenéutica, concretamente, se cuestionaba

qué instrumentos pueden utilizarse para hallar solución a problemas derivados de normas con estructura de principios como son los derechos fundamentales. En ese orden de ideas, los tribunales constitucionales se erigen como uno de los actores relevantes en el marco del sistema jurídico-político de un estado. Subsiguientemente, en las postrimerías del siglo XX, una serie de investigadores enfatizan en el surgimiento de un nuevo constitucionalismo en América Latina; el cual se puede describir desde diferentes enfoque o visiones, y donde cada una de esas miradas constituye una concreta forma de lectura. Bajo esa tesitura, autores como Rodrigo Uprimny, César Baldi, Raquel Yrigoyen, León Moncayo, entre otros, han esgrimido un ejercicio cartográfico que bien podemos catalogar como “Tipologías Constitucionales”, el cual tiene como norte dar cuenta de una serie de orientaciones comunes y distinciones destacables que los han conducido a hablar de “ciclos constitucionales en Latinoamérica”: constitucionalismo multicultural, constitucionalismo pluricultural y constitucionalismo intercultural.

Otros investigadores de tierras ibéricas como Roberto Viciano Pastor, Rubén Martínez Dalmau, Marcos Criado, Josefina Méndez han designado este fenómeno como “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”, subrayando que su elemento axial es la participación activa del poder constituyente; este arquetipo es visible en constituciones como la colombiana de 1991, la venezolana del 1999, la carta ecuatoriana de 2008 y finalmente la boliviana de 2009. Entre tanto, autores como Eduardo Gudynas y Alberto Acosta han tomado atenta nota en las instituciones y nociones relativas naturalezas notables en este reciente constitucionalismo, particularmente los casos de Bolivia y Ecuador, aseverando que de este puede observarse cierto “giro Biocéntrico” que debate recalci-trantemente las políticas neoliberales y la filosofía contemporánea. Otro enfoque que se pueden destacar, es el sostenido por Roberto Gargarella. De acuerdo con este jurista, es justo reconocer transformaciones que el nuevo constitucionalismo ha consolidado en la parte dogmática de

las cartas políticas, no obstante, es necesario analizar cómo estas han dejado incólume su segmento orgánico y con ello la “sala de máquinas” no ha sido redefinida, modificada, dando licencia para la continuidad de esquemas con tonos de hiperpresidencialismo. Por último, topamos también otras posturas disonantes, como la expuesta por Daniel Sandoval, quien reflexiona que estas constituciones traen dentro de sí algunas claras contradicciones y antagonismos como normas contrarias al capital, los conflictos clasistas que ellas producen, las disputas entre institucionalidad y grupos sociales de presión, entre muchas otras cuestiones. De otro lado, el mexicano Pedro Salazar Ugarte, otro de los escépticos, sustenta que el nuevo constitucionalismo no ha alcanzado superar dificultades que permitan llegar a mejores estándares del Estado Constitucional de derecho, así como garantías de certeza y seguridad jurídica.

No obstante, y a pesar de la diversidad de enfoques y posiciones, estas miradas no han tenido en cuenta una situación que ha subsistido en América Latina y que las constituciones de Bolivia y Ecuador han hecho centrar la atención en ellos: el problema de la colonialidad. Esta inadvertencia frente a este fenómeno ha generado inquietud en algunos investigadores, quienes resuelven tomar en serio esta labor y plantear una nueva mirada del constitucionalismo, desde lo que Arturo Escobar nombró como la red modernidad-colonialidad. En ese orden de cosas, una serie de autores, entre los que descuellan Alejandro Medici, Ramiro Ávila, Catherine Walsh, Alejandro Rosillo, Antonio Carlos Wolkmer, Ricardo Sanín, Boaventura de Sousa, Lucas Machado, Melissa Mendes, Fernanda Frizzo, Alfredo Guevara, Adriano Corrêa, Vitor Sousa, João da Cruz, Lucas Machado, Alejandro Rosillo, Natalia Martinuzzi, César Baldi, entre otros, han esbozado un enfoque del constitucionalismo desde pensadores como Santiago Castro, Ramón Grosfoguel, Arturo Escobar, Enrique Dussel, Walter Mignolo, Aníbal Quijano y otros miembros de la teoría decolonial. A este estudio puntilloso lo hemos propuesto como una “lectura Decolonial del Constitucionalismo o el Constitucionalismo

Decolonial”. Esta visión se estructura básicamente en seis elementos: en un enfoque decolonial, en situar al indígena como sujeto político, en poner de manifiesto la cara oscura del constitucionalismo, en resaltar los procesos de descolonización en este ámbito de las ciencias jurídicas, en resignificar la noción de poder y en sustentar el vuelco paradigmático que adolece el Estado con estas mutaciones. Pues bien, a pesar de estos horizontes que se han vislumbrado en estas orillas teóricas, los constitucionalistas, con algunas excepciones, han caído en un entramado de limitaciones al momento de abordar la red modernidad. encontramos entonces que en sus disertaciones: i) hay principios teóricos y metodologías decoloniales no examinadas. En esa misma línea, advertimos cómo Dussel, Mignolo, Castro-Gómez, Walsh, Escobar y Quijano son los precursores más significativos para los constitucionalistas y que la visión de la colonialidad que estos han incorporado es una panorámica macropolítica. Aunque este camino no ha tenido muy en cuenta otras opciones de trabajo como la micropolítica, la fanoniana y autores como Fanon, Maldonado Torres, Gordon, entre otros que la red modernidad ha puesto en relevancia.

1. CIERTAS PRECISIONES PRELIMINARES

De partida, señalamos que resulta imperativo realizar una explicación conceptual y metodológica que procure que el lector no se halle inmerso en una errata: esta disertación no tiene como intención analizar las constituciones de Bolivia y Ecuador, mucho menos esbozar un estudio normativo de estas. Justamente autores como Carbonell (2010) ha asumido estudios en ese sentido. La explicación en comentada se hará en la medida en que sea preciso; nuestro objetivo fundamental es estudiar la forma en la que se han acercado los recientes estudios constituciones a la teoría decolonial (a esta mezcla la hemos llamado la lectura decolonial del nuevo constitucionalismo latinoamericano o también la denominaremos constitucionalismo decolonial, esto explica, al mismo

tiempo, el por qué no empleamos la categoría nuevo constitucionalismo latinoamericano, por las razones ya expuestas); o expresado de otro modo, cómo el pensamiento decolonial ha servido o puede servir como caja de herramienta para el estudio del constitucionalismo. Esta aclaración está justificada, ya que la lectura decolonial no se limita a un análisis de dichas constituciones, incluye otros elementos, como, por ejemplo, la noción de analítica decolonial. Por otro lado, se quiere resaltar que dicho concepto no debe tomarse como sinónimos, no significan bajo ninguna circunstancia afirmaciones según las cuales el reciente constitucionalismo andino es fuerte y especialmente decolonial, o que conformen una especie de exterior absoluto respecto del constitucionalismo occidental. En otras palabras, dichos conceptos no arropan algo totalmente novedoso y sin contacto con la modernidad; ellos son una estrategia conceptual para denominar los análisis decoloniales del constitucionalismo, y en ese sentido, también sirven para reconocer los gigantescos espacios modernos que aún perviven dentro del constitucionalismo latinoamericano.

2. ¿ES POSIBLE HABLAR EN TÉRMINOS SUSTANTIVOS DE UN NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO?

De alguna manera, la disciplina puntual del Derecho Constitucional es un área que se describe por la transformación permanente en sus concepciones teóricas, por sus modificaciones sustantivas, dogmáticas y macro políticas procedentes del viejo continente, y *a fortiori*, de las distintas naciones de estas latitudes. Los tribunales constitucionales, los derechos humanos, la hermenéutica constitucional, el Estado como núcleo de poder y de producción normativa, son algunos de los cimientos esenciales bajo los cuales se erige el Derecho Constitucional. Prototipos como el neoconstitucionalismo son vertientes jurídicas que estimulan este tipo de enseñanza, y comprenden, por utilizar una locución más general que Derecho Constitucional, el constitucionalismo como una rama del

derecho la cual gravita alrededor de los derechos fundamentales, bajo esa dinámica, proclama un bosquejo en el que la hermenéutica de la constitución es una especie de sustancia que da sentido, lógica y razón de ser a este campo jurídico. Cuando se analizan esos temas desde esta perspectiva, se puede apreciar el porqué de la vasta producción académica del neoconstitucionalismo en el ámbito de la interpretación constitucional.

De otro lado, estas líneas esbozadas son muy significativas en la presente disertación, ya que debatir sobre tópicos como la colonialidad en el constitucionalismo no suele ser algo cotidiano para los juristas. Primero, porque parece que son dos cosas difíciles de juntar; segundo, porque la una nada tiene que ver con la otra, en apariencia; y tercero, porque hacer compañeros de clase la colonialidad y el constitucionalismo no suele tener mucho sentido. Aunque los casos particulares de Bolivia y Ecuador nos hacen pensar que estos dos cosmos tengan la posibilidad de juntarse, se entremezclen, muten de alguna u otra manera; son algo así como un laboratorio de fusiones químicas para estos componentes. Estas dos naciones, dejando de lado sus problemáticas sociales, han puesto de presente renovadas reflexiones constitucionales en las que los saberes indígenas entran en juego dentro de los desarrollos constitucionales.

Siguiendo la línea argumental, presuponemos relevante hacer una aclaración conceptual que sirve como estrategia para esquivar algunas dudas. Cuando en este texto hablemos de nuevo constitucionalismo nos estamos refiriendo a aquellas reflexiones, conceptos, ideas, críticas, categorías, textos, controversias, etc, derivadas de las experiencias constitucionales de Bolivia y Ecuador de 2008 y 2009. Con esto intentamos eliminar la confusión que se podría tener entre nuevo constitucionalismo, ya descrito, y nuevo constitucionalismo latinoamericano, ya que este último concepto en esta tesis, hace referencia a la noción elaborada por los profesores españoles Roberto Viciano y Rubén Martínez, y hace

referencia a otra mirada del nuevo constitucionalismo. puntualizando, podemos decir que se podría hallar una serie de estudios sobre el nuevo constitucionalismo. Para algunos, las cartas constitucionales de estos países, sumado a la Constitución de Colombia y la de Venezuela, se han caracterizado principalmente por su componente democrático, esto es, por la participación del pueblo como poder constituyente que le da sentido y concreción al texto normativo. En este espectro reflexivo encontramos propuestas como las de Carlos Villabella, Liliam Fiallo, Abraham Zaldívar, Josefina Méndez, Marcos Criado, y especialmente son relevantes los aportes de Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalmau. Este movimiento ha sido denominado como “nuevo constitucionalismo latinoamericano”. Según este, el constitucionalismo de la región ha estado forjado por procesos de fuerte participación popular, o en palabras de Albert Noguera, por “soberanías intensas”.

Otro enfoque es el de aquellos que sostienen que efectivamente las cartas constitucionales analizadas han producido novedades importantes, como la inclusión de nuevos derechos, de sujetos poblacionales como los indígenas históricamente excluidos del pacto constitucional, de contenidos y conceptos no conocidos por la tradición occidental, entre otras; pero para esta postura, a diferencia del nuevo constitucionalismo latinoamericano, los cambios han sido en la parte dogmática de las constituciones, la estructura orgánica sigue casi intacta, ya que estas transformaciones, no han logrado superar uno de los problemas más importantes del constitucionalismo latinoamericano: el hiperpresidencialismo. En esta vertiente, encontramos fundamentalmente al profesor argentino Roberto Gargarella. Según él, influenciado por su maestro Carlos Nino, “la sala de máquinas” de las constituciones no han sido alteradas, el poder sigue distribuido de la misma forma tradicional: ejecutivo, legislativo y judicial (Gargarella, 2005-2013). A diferencia de las lecturas de Gargarella y del nuevo constitucionalismo latinoamericano, autores como Daniel Sandoval y Víctor Moncayo toman el asunto

del nuevo constitucionalismo de una forma diferenciada y estudian la relación entre el capitalismo y el constitucionalismo.

3. ESTADO DE COSAS DE LAS CONCEPCIONES TEÓRICAS EN CLAVE DE LECTURA DECOLONIAL DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Esta corriente ciertamente sugerente, del nuevo constitucionalismo se caracteriza por algunas peculiaridades que la hacen más problemática de lo que parece, a la vez que interesante, seductora, cautivante e incluso, algunos osarían en decir, que estamos frente a cosas estrambóticas. Una de las primeras características de este enfoque es, desde un punto de vista innovador, la que coloca en un plano de importancia la cuestión decolonial. Al respecto de esto, hay ciertas ideas y reflexiones trabajadas y desarrolladas por el grupo de investigadores que Arturo Escobar llama el “colectivo de investigación latino/latinoamericano modernidad/colonialidad”, y en ese sentido, nociones como colonialidad del poder, del ser, del saber, de la naturaleza, descolonización, subalternización, modernidad, entre otras, han sido puestas en marcha al momento de realizar un análisis sobre el nuevo constitucionalismo. Como se podría constatar, lo que se juega en este engranaje teórico son los “puntos de contacto” entre dos saberes: la teoría decolonial y el constitucionalismo. Esta mezcla a su vez ha tomado como tubo de ensayo las constituciones de Ecuador y de Bolivia; las cuales han servido como plataforma para el despliegue de las nociones decoloniales, pero vale decirlo, su análisis no se agota en ellas. Es este acercamiento es el que ha posibilitado el surgimiento de nuevos problemas para el constitucionalismo, los cuales, sin duda, no estarían en manos de constitucionalistas sino fuera por el uso de la teoría decolonial. Lo que se podrá notar en esta visión es un enfoque muy particular del constitucionalismo, donde el peso de la historia, los mecanismos y formas del poder, saber, formas de dominación, sujetos

subalternos, dependencia, y otros temas aparecen en la agenda de estos teóricos. Veamos los hilos que tejen a esta perspectiva.

Algunos rasgos descollantes del nuevo constitucionalismo en perspectiva teórica y metodológica:

3.1. Una orientación decolonial

Encontramos que este enfoque especial circunscribe o demarca al constitucionalismo en los receptáculos de la teoría decolonial, esto implica de alguna manera, que las cuestiones problemáticas del constitucionalismo estén relacionados con la colonialidad del poder fundamentalmente. Vale la pena preguntarnos cómo ha sido el préstamo de categorías y autores decoloniales por parte de los constitucionalistas. Los trabajos estudiados permiten ver al respecto dos puntos en concreto: i) un desbalance que puede describirse como una inclinación más descolonial que colonial, esto quiere decir que los constitucionalistas se han preocupado más por desarrollar y estudiar los procesos de descolonización emprendidos por las cartas constitucionales mencionadas, pero se puede encontrar un interés menor por describir cómo opera la colonialidad en el constitucionalismo. Por ello la sugerencia y la necesidad de echar mano de la red modernidad colonialidad, ya que ella logra aportar herramientas para dar cuenta de la relación entre la colonialidad y el constitucionalismo. ii) En esta lectura es fácil percibir una mayor influencia de ciertos autores decoloniales en concreto, como son el caso de Enrique Dussel, Walter Mignolo, Santiago Castro-Gómez, Arturo Escobar, Ramón Grosfoguel, Edgardo Lander y Catherine Walsh, y una menor influencia de pensadores como Nelson Maldonado Torres, Lewis Gordon y Franz Fanón.

Esto de alguna forma, permite pensar que el neoconstitucionalismo no posee relación alguna con las teorías decoloniales y sus implicancias con el poder, que dicha ideología logra superar, por lo menos en el

plano dogmático-teórico, las estructuras de poder prefiguradas desde el mismo proceso de colonización. Consideramos que este desinterés por parte de este grupo de constitucionalistas obedece a una utilización ligera del giro decolonial, lo cual presupone el imperativo de apelar a dicha teoría para de esta manera, entrar a examinar si efectivamente el neoconstitucionalismo supera el problema de la colonialidad *per se*.

3.2. Reparos asiduos al neoconstitucionalismo

Alejandro Medici – uno de los juristas más avezados en el ejercicio de desentrañar esta relación de saberes– ha postulado que el neoconstitucionalismo no ostenta la posibilidad teórica para responder y explicar los nuevos fenómenos constitucionales latinoamericanos. Para Medici, siguiendo a Bartolomé Clavero, un enfoque histórico nos muestra que nuestro constitucionalismo no ha sido un constitucionalismo “de derechos” sino “de poderes”, es decir, que uno de los factores que ha impedido el desarrollo constitucional son los poderes. En este punto el autor argentino es un muy incisivo al argumentar que esta noción de poder no corresponde a la típica expresión liberal de la “santísima trinidad”: legislativo-ejecutivo-judicial (que plantea el neoconstitucionalismo. Podríamos agregar que esta misma posición es asumida también por el constitucionalismo popular y en menor medida por el Garantismo o “constitucionalismo crítico”. Justamente en este punto, se marca un giro decolonial al sostener que el constitucionalismo latinoamericano, en su dinámica de aplicación, se ve relacionado seriamente no solo con “poderes nominados” (la santísima trinidad), sino que existen una serie de relaciones de poder, tanto molares como moleculares, es decir, “poderes innominados” producto de la colonialidad del poder que no son tenidos en cuenta por el constitucionalismo europeo (Medici, 2012, p.71). Otro que ha enfatizado en los límites del neoconstitucionalismo es Ramiro Ávila. Para este autor “los grandes teóricos del neoconstitucionalismo europeo no han dicho nada y seguramente tienen poco que decir en relación a las novedades del constitucionalismo ecuatoriano” (Ávila,

2012, p.34). Qué podrían decir Alexy, Ferrajoli o Zagrebelsky sobre la pachamama, el sumak kawsay, la interculturalidad o la decolonialidad.

Son estos paradigmas originados desde una cosmovisión indigenista, mientras que el neoconstitucionalismo está soportado en modelos universales y especialmente europeos; el nuevo constitucionalismo parte de un “paradigma no universal (y único de Estado de derecho, [que reconoce] la coexistencia de experiencias de sociedades interculturales” (Sousa y Cruz, 2011, p.64). Esto dota al constitucionalismo andino de una radicalidad con la que no cuenta el neoconstitucionalismo europeo.

En cuanto a los aportes de Corrêa de Sousa, el neoconstitucionalismo, pese a haber tenido la fortaleza de “*demonstrou a insuficiência do constitucionalismo moderno e, com isso, a necessidade de trazer novamente a discussão ética ao Direito com a normatividade dos princípios, mediante o uso da nova interpretação constitucional, da ponderação de interesses, da força normativa da Constituição*”. Y “*sem negar os avanços demonstrados pelo neoconstitucionalismo, o novo constitucionalismo latino-americano opera transformações muito mais significativas, em verdadeira perspectiva de refundação do Estado e de ruptura com a lógica política anterior*” (Corrêa, 2014, p.65).

Bajo esa tesitura, podemos afirmar que el neoconstitucionalismo, visto el problema desde esta óptica, se ve de frente contra una crisis que no consiste solamente en su incapacidad para explicar los cambios porque los está pasando el nuevo continente. Esto es solo la punta del iceberg; esta crisis contiene otra arista que versa sobre su imposibilidad para afrontar problemas históricos de la región. Ávila insiste, después de ver la crisis desde el balcón del Norte con autores como Ferrajoli, Bauman y Fraser, que la cuestión, mapeada desde el “pensamiento crítico andino del sur no solo es de credibilidad y legitimidad del derecho vigente, sino también de la estructura social, cultural y económica, de la que el

derecho y el estado son solo una manifestación. La crisis”, afirma Ávila, siguiendo a Walsh, “es de colonialidad” (Ávila, 2011, p.35).

Resulta destacable cómo el constitucionalista ecuatoriano, por una parte, sitúa su análisis en una posición epistémica subalterna, ubica y reconoce un lugar de enunciación, el de los sujetos coloniales, y entabla, de otro lado, lo que Ramón Grosfoguel llamó un diálogo crítico solidario con el pensamiento occidental, en esta ocasión con Ferrajoli, Bauman y Fraser. Esta doble operación le permite reconocer las grandilocuencias a la vez que demarcar los límites del neoconstitucionalismo.

En forma de síntesis, podríamos argüir que se han creado ciertos cuestionamientos a los presupuestos teóricos del neoconstitucionalismo que escapan de la dinámica crítica de la modernidad, de teóricos pertenecientes a narrativas constitucionales como las de García Amado, Bernal Pulido, Jordi Ferrer, entre otros, y que tales dardos al neoconstitucionalismo arrancan de enfoques provenientes de la red modernidad-colonialidad. De esta forma la noción de poder sirve para mostrar uno de los giros conceptuales y políticos que postula la versión decolonial del constitucionalismo. Para esta lectura, el constitucionalismo no solo debe gastar esfuerzos por controlar los poderes del Estado, por conservar los derechos fundamentales y su aplicación por fuera del ejecutivo y el legislativo; para esta forma de pensar el derecho constitucional, este tiene también, además de los retos del constitucionalismo moderno, la tarea pendiente de afrontar la colonialidad.

Es de resaltar que la crítica a la colonialidad es posibilitada por dos factores: el primero de ellos tiene que ver con la mención y el cuestionamiento que hace de estas las constituciones de Bolivia y Ecuador, y un segundo factor está asociado con el préstamo de categorías tomadas de la teoría decolonial. La noción colonialidad del poder de Aníbal Quijano toma una centralidad dentro de los espacios de reflexión de este modelo.

Y la idea de la colonialidad en el constitucionalismo es sin duda un legado de la teoría decolonial, ella posibilita ampliar el concepto de poder político y liberal, como lo es el del neoconstitucionalismo, a uno que abarca el liberal, pero también incorpora la colonialidad en sus cuatro dimensiones: poder, saber, ser y naturaleza. Más adelante veremos cómo las cartas constitucionales tratadas acá incorporan artículos e ideas que enfrentar estas dimensiones.

3.3. La condición política del indígena (sujeto político) y la cara oculta del constitucionalismo

El hecho de soslayar a las comunidades indígenas en las constituciones latinoamericanas de los siglos XIX y XX, deviene de un lado oculto que suele ser contado por el constitucionalismo a partir de cierta suerte de ceguera de parte de corrientes eurocéntricas, esto es, como si las “tecnologías constitucionales” –por usar prestada una expresión de Beatriz González– hubiesen sido un fenómeno natural, una narrativa más de la normal y necesaria historia lineal occidental. Ahora, para la lectura que analizamos, los sujetos emergentes de este constitucionalismo se ubican en el marco de un pensamiento situado, dentro de un espacio geopolítico periférico que pone de por medio que “la ausencia de las capas populares en la historia de la formación de los poderes constituidos y sus instituciones corresponde a una construcción colonizada del pensamiento, trazada por la colonialidad del ser: la “clara oposición entre el mundo europeo (afirmándose como ser del mundo) y la negación del otro (afirmándose como sumiso dentro de ese proceso elaborado por el ser europeo)” (Machado, 2012, p.95). Lucas Machado, influenciado fuertemente por Enrique Dussel, muestra cómo en el contexto latinoamericano algunos sujetos fueron históricamente marginalizados e aislados por *um pensamento e uma prática política e jurídica da mentalidade eurocêntrica colonizada* (Machado, 2013, p.160).

Dos naciones con novísimas constituciones, Bolivia y Ecuador, son de alguna manera, la plataforma en el ámbito práctico donde logra aterrizar y despegar un proyecto como el que aquí se viene explicando. Pero no todo es de avanzada, *este novo paradigma se defronta com o velho paradigma que ainda une forças para não se deixar acabar*. Agonizante, o constitucionalismo formal (Mendes, 2013, p.109). Esto quiere decir que la historia constitucional ha sido contada viendo a Europa expandiéndose y de lo que se trata, para esta versión, es contarla observando a Europa llegando, mostrar la herida colonial producida por las constituciones sobre los indígenas de las Américas. Se trata, como ha apuntado Alejandro Rosillo, otro de los autores de esta lectura, “de una nueva manera de entender la historia: una manera que toma en cuenta la matriz colonial del poder, donde la clasificación social de la población mundial se da sobre la idea de raza” (Rosillo, 2013, p.82).

Lucas Machado conceptúa que las comunidades indígenas, como sujetos insurrectos en el nuevo constitucionalismo, han intentado reinventar los poderes constituidos, creando de esta manera espacios para la descolonización del Estado y los derechos y trasformando el lugar históricamente subalternizado que las constituciones les habían asignado. Es por ello que, al decir de Bartolomé Clavero, saltamos de un pasado en que las “flamantes constituciones americanas fueron ante todo la pantalla que ocultaba la continuidad del colonialismo” a un constitucionalismo –el del presente– que adopta una “posición íntegra y decididamente anticolonialista (Clavero, 2014, p.3)”.

Por su parte, un autor que ha transitado por sendas similares al anterior es Adriano Corrêa de Sousa. Para este autor las cartas estudiadas aquí han dado un tratamiento especial al sujeto latino-americano oprimido, han propiciado las bases para la inclusión del otro y por ello, sugiere el autor que *o movimento teórico da libertação se trata do marco teórico que acompanha o novo constitucionalismo latino-americano... pela primeira*

vez o subcontinente voltou seus olhos para si e pensou o universo a partir de espírito de sua época (Corrêa, 2014, p.75). En esta característica los autores parecen confluír al utilizar la filosofía de la liberación y en particular las teorizaciones de Enrique Dussel.

En este mismos caminos de nuevo Corrêa manifiesta que el constitucionalismo de la región es un constitucionalismo da libertação (Corrêa, 2014, p. 67). Las cartas constitucionales tenían al indígena como sujetos que debían ser domados por la racionalidad de las constituciones y del Estado, estos tenían que incorporarse a las directrices legales asumidas desde una posición occidental, sus saberes, sus espiritualidades, sus formas de pensar, de crear reglas, costumbres, y demás practicas ancestrales, tenía que subsumirse a las constituciones. Bolivia y Ecuador, al menos en la letra, modifican de manera significativa la posición que tenían los indígenas dentro de las constituciones. Estas permitieron que las comunidades indígenas pudieran participar en la construcción y conformación de asambleas constituyentes, que fuera posible hablar de un poder constituyente indígena; edificaron la posibilidad de hablar de un nuevo lenguaje constitucional con conceptos no pensados desde occidente, no imaginados desde un marco constitucional moderno: sumak kawsay, Estado Plurinacional, pachamama, colonialidad, buen vivir, entre otras. Es un nuevo horizonte el que han producido, el cual es impulsado y explicado desde la teoría decolonial y el enfoque constitucional que reconstruimos en esta investigación.

3.4. Dinámicas descolonizadoras

Dos grandes intelectuales, uno sociólogo y el otro un erudito lingüista, de sobra reconocidos en el contexto de América Latina en los campos de acción de las ciencias sociales, y poco conocidos por juristas, son precisamente quienes nos han mostrado esta faceta descolonizadora. Boaventura de Sousa por un lado y Catherine Walsh por el otro. Walsh ha mostrado cómo las constituciones de Bolivia y Ecuador “desestabi-

lizan la hegemonía de la lógica, dominio y racionalidad occidentales”, llevando a “repensar y refundar, otras lógicas y racionalidades [...] otras que parten de la diferencia y dan un giro total a la monoculturalidad y uninacionalidad fundantes y aún vigentes, a la vez que inician caminos hacia un interculturalizar, plurinacionalizar y descolonizar” (Walsh, 2012, pp.143-144).

A efectos de comprobar lo anterior, la autora norteamericana esboza un brillante análisis en el que expone, a partir de tres casos, la forma de operar de la interculturalidad en los textos objeto de estudio:

1. En las ciencias y conocimientos: Lo primero que hay que anotar es que las constituciones rara vez tienen preocupación o interés por este tema. El saber es entendido por las políticas de Estado y por la modernidad como algo “singular, que parte de una sola racionalidad y que tiene género y color: es masculino y es blanco”. A contracorriente de esto, la Carta ecuatoriana, “al hablar de conocimientos científicos y tecnológicos y sus enlaces con conocimientos ancestrales [...] pretende superar el monismo en la definición de la ciencia enfrentando así la colonialidad del saber” (Walsh, 2012, pp. 143-146). Dicha constitución -la ecuatoriana- le da estatus de conocimiento a los saberes ancestrales con lo que reivindica la subalternización que se había realizado históricamente sobre los conocimientos indígenas por parte de la tradición occidental.
2. Los derechos de la naturaleza: el pensamiento moderno ha considerado la naturaleza como algo exterior al ser humano, como un objeto productor de la economía. Por su parte estos textos intentan cimentar un Estado que rompe con esta forma de ver la naturaleza. Por ello recrean “modos otros de concebir y vivir... basados en el pensamiento, los principios y las prácticas de los pueblos ancestrales”. Según este paradigma, la naturaleza

o pachamama es un ser vivo, con inteligencia, sentimientos, espiritualidad y los seres humanos no son algo externo a ella, sino que hacen parte de ella” (Walsh, 2012, p.148).

3. El sumak kawsay o buen vivir: La Carta ecuatoriana transgrede los modelos del estado colonial y los esquemas neoliberales (Walsh, 2012, p.2), a la vez que busca construir una consciencia hacia un sujeto... se “plantea la posibilidad de un nuevo contrato social enraizado en la relación y convivencia ética entre humanos y su entorno, con el afán de retar la fragmentación y promover la articulación e interculturalización” (Walsh, 2008, p.148).

En lo que respecta a Boaventura de Sousa Santos, se puede decir que el sociólogo portugués conforma uno de los referentes más importantes de la lectura decolonial. Esto se puede ver claramente reflejado en la manera en la que este enfoque ha engranado perfectamente con la idea de un “constitucionalismo transformador” propuesto por el autor. Aunque Santos no toma categorías directamente de la red modernidad/colonialidad, lo cual no implica que exista una incompatibilidad o contradicción entre esta y sus trabajos, su sociología, al igual que el modo de comprender las constitucionales, constituyen sin duda una “sociología decolonial” (Grosfoguel, 2014, pp.97-108).

No se intenta de ninguna manera sustentar un estudio completo de la obra de Santos; lo que se pretende es esbozar ciertos puntos trascendentes en la medida en que estos posean un lugar destacado y una conexión directa con el constitucionalismo y la decolonialidad. Santos –y en esta idea no hay que ser demasiado inteligente para darse cuenta cómo impacta fuertemente en los textos de Medici, Ávila, Corrêa de Sousa, por mencionar algunos– ha sido incisivo al poner de manifiesto los desajustes del pensamiento occidental, aquellos dilemas a los que incluso la teoría crítica no ha sido capaz de encontrar una solución.

El imaginario político de occidente no ha contado con las armas suficientes para ser capaz de producir un pensamiento que conserve dentro de sus posibilidades el contemplar el fin del capitalismo y/o el fin del colonialismo. No ha tenido las agallas de poner en duda la célebre frase del marxista norteamericano Fredric Jameson, según la cual es más fácil imaginar el fin del mundo que el fin del capitalismo (Žižek, 2010, p.6). Sumado a esto, la tradición crítica eurocéntrica pasó a caracterizarse y distinguirse por vía de los adjetivos con que califica los sustantivos propios de las teorías convencionales.

De esta manera, el cierto anacronismos o desuso de términos y conceptos como “socialismo”, “comunismo”, “lucha de clases”, “alienación” son reemplazados ahora por nociones de la teoría convencional. Por ejemplo, si la teoría convencional se refiere a la democracia, los teóricos críticos se acuden entonces a la democracia radical, participativa o deliberativa; algo similar ocurre con el cosmopolitismo, que ahora los críticos denominan “cosmopolitismo subalterno”, de oposición o insurrecto (Santos, 2010).

Estos escollos encuentran un problema subsecuente: la relación fantasmagórica –en forma metafórica– entre teoría y práctica. Santos da en el clavo al manifestar que esta relación no puede derivarse únicamente de un problema de diferencias entre el norte y el sur, del simple decir bajo el cual la cultura europea, por obvias razones, es distinta a la cultura latinoamericana, y bajo la lógica de este razonamiento sostener que el modus de entender ambas porciones del mundo debe ser diferenciada. Para el portugués “la distancia fantasmal entre teoría y práctica no es solamente el producto de las diferencias de contextos. Es una distancia más bien epistemológica o hasta ontológica” (Santos, 2010, p.33) –un poco cercana al “diferencial de poder colonial” de Walter Mignolo– que se torna visible cuando se deja en un costado la ceguera epistemológica del norte y se lanza una mirada abierta hacia los conocimientos populares,

ancestrales y espirituales con los que los movimientos antisistémicos latinoamericanos construyen sus luchas.

Ciertas concepciones ontológicas del ser y la vida que tejen los sujetos coloniales buscan la armonía con los demás, con los animales, la naturaleza, la pachamama, el sumak kawsay. Es por ello que este diagnóstico sobre el saber eurocéntrico produce en Santos la urgencia de sugerir tomar distancia de dicho pensamiento, con la salvedad que tomar distancia no significa imaginar que es posible la construcción de un exterior absoluto a la modernidad –sin desconocer los pueblos indígenas que no han tenido contacto con esta–, o en la terminología de Hardt y Negri, un “afuera del capital” (Negri y Hardt, 2000). Tampoco implica echar a la basura el conocimiento moderno u optar por una especie de anti-modernismo.

No estar de acuerdo y por tanto tomar cierta distancia implica “estar simultáneamente dentro y fuera de lo que se critica, de tal modo que se torna posible lo que llamó la doble sociología transgresiva de las ausencias y de las emergencias. Esta sociología transgresiva es de hecho una demarche epistemológica que consiste en contraponer a las epistemologías dominantes en el Norte global, una epistemología del Sur... (Santos. Op. cit., p.37)” La sociología de las ausencias, entonces, busca “mostrar que lo que no existe es, de hecho, activamente producido como no-existente, o sea, como una alternativa no creíble a lo que existe” (Santos. Op. cit., p.37); mientras que la “sociología de las emergencias” tiene como meta “sustituir el vacío del futuro según el tiempo lineal... por un futuro de posibilidades plurales y concretas, simultáneamente utópicas y realistas, que se va construyendo en el presente a partir de las actividades de cuidado” (Santos. Op. cit., p.40).

Tales posturas de Santos sirven como soporte para explicar, justificar y entender los procesos de descolonización que han aparecido dentro

del marco del constitucionalismo transformador. En Santos es posible encontrar una justificación teórica, filosófica y decolonial del constitucionalismo. Una vez bosquejada dicha justificación, veamos ahora cómo se han materializado los procesos de descolonización bajo estas constituciones. Para el sociólogo portugués la descolonización emprendida por estas cartas es palpable en varios temas y agendas: i) en los movimientos sociales es posible encontrar nuevos lenguajes, narrativas, imaginarios y propuestas de solución. Antonio Carlos Wolkmer –otro de los cultores de la lectura decolonial– ha trabajado el tema de los sujetos y el pluralismo jurídico de la región muy de cerca a Santos. Para él, el actual derecho constitucional latinoamericano va de la mano con una “filosofía crítica descolonizadora” y una episteme jurídica liberadora que busca el diagnóstico *e a superação das patologias que cercam os destituídos, as vítimas, os núcleos subalternos e os excluídos* (Wolkmer, 2015, pp.95-96), y agrega que esta filosofía no se agota en el diagnóstico sino que busca la superación de la condición infernal de los subalternos y los coloca como sujetos con la potencialidad para producir conocimientos. Los instrumentos hegemónicos, como el derecho y el Estado, han sufrido una resignificación por parte de los movimientos y las luchas sociales y con esto se han construido nuevas formas legales, constitucionales y políticas.

Existen actores recientes y prácticas transformadoras que, al menos en las últimas décadas, no es posible encontrar en los países del norte, como las asambleas constituyentes y los supuestos participativos populares. Los movimientos latinoamericanos de campesinos, indígenas, mujeres, afros, pasaron a ser antisistémicos a unas “claras máquinas de guerra” (Iñigo, 2009, p.119) en contra de las políticas capitalistas y las prácticas elitista del liberalismo. La guerra del agua y la guerra del gas son dos ejemplos de esto. Por ello el constitucionalismo transformador es un modelo caracterizado por una profunda participación democrática y

las constituciones, como producto de este, son una piel marcada por instituciones democráticas y participativas.

- » Hay una tendencia hacia una concepción de la vida distinta a la forma moderna, y esta se desenvuelve en una nueva teoría sobre la relación entre naturaleza y ser humano, que logra cimentar las bases para otros modelos de vida y de economía. Frente a la naturaleza entendida desde una óptica moderna, el constitucionalismo transformador propone la idea de pachamama: una armónica relación entre el hombre y la naturaleza en la que el hombre no es superior y no tiene que subordinarse y dominarse a la naturaleza, sino que ambos son parte de un mismo todo. La Carta ecuatoriana es más radical en este sentido pues le da derechos a la naturaleza mientras que la boliviana deja algunos espacios para la explotación de esta.
- » Se le concede estatus de conocimiento a los saberes distintos a los científicos y se permite la construcción de instituciones a partir de saberes ancestrales, espirituales y populares. La plurinacionalidad, la interculturalidad, la descolonización, el sumak kawsay, la democracia comunitaria, un pronunciado lenguaje indígena, un Tribunal Constitucional Plurinacional, el pluralismo jurídico, la democracia intercultural, entre otras, son algunas ideas constitucionales basadas en los principios de la filosofía andina e indígena.

3.5. Una resignificación de la noción de poder

Ya se había señalado –de manera sucinta– la que es quizás una de las cosas en las que el constitucionalismo, particularmente el neoconstitucionalismo, ha fallado en América Latina: el concepto de poder que en él se maneja. Sostuvimos que el neoconstitucionalismo encaja en aquello que denominamos el silencio de los constitucionalistas (Lascarro y Lascarro, 2012, p.6), esto es, aquella forma de concebir el poder de manera débil

y angosta en la que quedan por fuera una serie de relaciones de poder que afectan directa o indirectamente la dinámica constitucional. Estos renglones definen claramente esta característica de la lectura decolonial.

La noción de poder para el neoconstitucionalismo se encuentra fundamentalmente –y la tesis mayoritaria gira alrededor de esta idea– dentro de un Estado fuerte. Hay un silencio frente al capitalismo y frente a la colonialidad. Sobre eso no se dice nada o en su defecto se dice poco. Ahora, ha sido la lectura decolonial la que ha intentado romper y fragmentar esta visión, proponiendo marcos y referentes analíticos de estudio que han servido de base para repensar el concepto de poder. Tomando ideas de autores como Quijano, Wallestein, Castro-Gómez, Dussel, estos autores han reflexionado no solo sobre el presente sino también sobre el pasado constitucional. De este modo ha sugerido un fuerte cuestionamiento a las constituciones de los siglos pasados, pues ellas, bajo la supervisión de la epistemología del conocimiento occidental, presentaron como “atributos internos de entidades separadas lo que de hecho [fueron y] son productos históricos de pueblos interrelacionados (modernidad-colonialidad”. (Guevara, 2012, p.5)

Continuaron en este saber moderno y de esta manera clasificaron las poblaciones de acuerdo a la categoría de raza en inferiores y superiores, bárbaros y civilizados, premodernos y modernos, donde los indígenas encajaban perfectamente en los primeros moldes. Con esto tenemos que las exclusiones de las constituciones realizadas sobre ciertos sujetos no corresponden a algo típico, natural o común de la época, sino a la estructura triádica de la colonialidad del poder presente en los padres constituyentes, constitucionalistas y teóricos y plasmados en las constituciones. En palabras de Alejandro Medici: “figuras notables... compartían desde el siglo XIX este racismo epistémico que justificaba la relación de colonialidad al interior de los nuevos estados que se estaban organizando en nuestra región” (Medici, 2012, p.61).

De la misma manera que Medici y Alfredo Guevara, el constitucionalista en Colombia con Ricardo Sanín también ha hecho expresa su inconformidad por la manera en que el constitucionalismo moderno media con el poder. La tesis de Sanín se puede fragmentar en varias partes: i) la tradición constitucional occidental y occidentalizada, en este caso la implementada por la mayoría de los teóricos latinoamericanos está soportada por el vacío colosal de perpetuar la colonialidad, sostiene Sanín, -sin dar muchas razones al respeto-, termina convirtiéndola en una “gigantesca colección de basura editorial”. Frente a esta complicidad epistémica, que carga sobre sus lomos obedientes y su fe ciega la colonialidad, y que jamás se pregunta: “¿Por qué se sigue cargando el botín de la colonialidad?”, emerge, según el autor colombiano, a la luz un nuevo amanecer político latinoamericano con las constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia; amanecer que genera un “auténtico movimiento fenomenológico”.

Esta fenomenología debe comprenderse como una “experiencia de una primera persona amplificada”, como un “fenómeno no de la primera persona racional y excluyente kantiana, sino la primera persona como cualquier persona, desde la hegemónica hasta la colonial”, en síntesis, se trata de una “suspensión ontológica que permite la apertura de los sujetos” (Sanín, 2012, p.92) que interpelan al poder colonial.

Seguido a esto, ii) tenemos que ese molde excluyente fue edificado por una maquinaria jurídica y política llamada Estado-nación, la cual funcionó a través de cuatro falacias: a) la identidad nacional, b) un modelo universal de cultura, c) teniendo, suponiendo e imponiéndose como esencia y motor de la historia y d) mediante la reducción de la multiplicidad a la fuerza del uno (Sanín., *Ibíd.*, pp.96-97). Como escudo de este poder colonial, iii) las constituciones nombradas no son simples variaciones de las tipologías del constitucionalismo moderno occidental, como lo es, por ejemplo, la Constitución de Colombia, sino que estas son “una

nueva forma política, jurídica y cultural que implica la transformación total de lo que entendemos por constitución” (Sanín, 2014, p.104).

Por otro lado, hay que agregar que en varios de los textos de Sanín hay un interesante acercamiento y conversación entre la izquierda radical occidental (Žižek, Laclau) (Sanín, 2009, p.120) con la teoría constitucional, a través de la categoría “constitución encriptada”; lastimosamente Sanín en ningún espacio deja claro cuáles son las condiciones decoloniales para esta conversación, a tal punto, que deja intacta la crítica a Costas Douzinas cuando este, en su brillante texto *el Fin de los Derechos Humanos*, sostiene que la “declaración [de los derechos del hombre] inauguró la modernidad...” (Sanín, 2014, *Ibíd.*, p. 102), tendríamos que agregar a esta frase del profesor de Birkbeck, la segunda modernidad: y la primera qué?

Pero sin duda algo interesante de las reflexiones del profesor colombiano es su preocupación por las diversas lógicas en las que el poder se esconde dentro, a favor y en contra de la Constitución; postura que sintetiza bastante bien al sostener que “el primer propósito del encriptamiento del lenguaje es el disimulo y la substracción de todas las dimensiones del poder [...] el poder como fenómeno se torna indescifrable para todo aquel que no comparta el conocimiento preciso del lenguaje y las claves con las cuales se encriptó... oculta tras una forma o construcción semántica incomprensible” (Sanín, 2014, *Ibíd.*, p.115).

Lo cual nos lleva a un efecto desastroso: “al no poder saber lo que ellos saben, solo ellos pueden salvarnos” (Sanín, 2014, *Ibíd.*, p.113). En esta dirección apunta su concepto, ya nombrado, de constitución encriptada (Sanín y Méndez, 2012, p.113): a poner sobre el tapete cómo la sofisticación del lenguaje constitucional constituye una forma de colonialidad cultural.

Puede notarse como la teoría decolonial conlleva a que estos constitucionalistas manifiesten su inconformismo con el concepto de poder político, y postulen una revisión de dicha noción. Pero cuáles consecuencias de este giro decolonial.

A modo de conclusión, esta discordancia –descrita arriba– con la concepción del poder del constitucionalismo moderno es retomada en clave decolonial, y su cuestionamiento conlleva a estos autores a incorporar en el concepto de poder, además de la trinidad constitucional: legislativo, ejecutivo y judicial del liberalismo, la estructura triádica de la colonialidad del poder: la colonialidad del ser, la colonialidad del poder y la colonialidad del saber. Pero en todo caso quedan varias dudas sobre el problema de cómo opera la colonialidad en el constitucionalismo.

Esto nos lleva a otra conclusión: la diferencia teórica entre la Constitución colombiana (1991) y la Constitución venezolana con las constituciones de Ecuador y de Bolivia (2008–2009): mientras la colombiana se enmarca decididamente por una teoría neoconstitucional; la venezolana encuadra más en el planteo teórico propuesto por Viciano y Martínez del Nuevo constitucionalismo latinoamericano en el sentido que fortalece la participación activa del poder constituyente; la ecuatoriana y la boliviana por su parte retoman ideas del neoconstitucionalismo y del nuevo constitucionalismo latinoamericano, pero –y en esto se diferencian de las anteriores– enfrentan e intentan superar el problema de la colonialidad del poder encuadrándose así en lo que hemos tildado como la lectura decolonial del constitucionalismo.

3.6. Un vuelco de paradigmas o hacia una re-constitución del Estado

Ya en este segmento, al igual que en la descripción precedente, la visión decolonial ha insistido en marcar la distinción y particularidad

de los casos boliviano y ecuatoriano. Esto ha ocasionado que esta colectividad afirme que los mencionados textos conforman un giro paradigmático respecto al constitucionalismo liberal, social y frente al neoconstitucionalismo.

Frizzo y Martinuzzi (2014, p.12). van más allá de dar un par de razones acerca de la especificidad de estos documentos; sostienen que apesar de *se identificar traços comuns e características visíveis no novo constitucionalismo latino-americano* [se preguntan] “*é correto afirmar que esse movimento ressent-se de uma fundamentação teórica?*” (Frizzo y Martinuzzi, cit., p.13).

El giro de esta lectura al parecer es profundo. Fernahnda Frizzo y Natalia Martinuzzi alegan que el nuevo constitucionalismo *pode encontrar nas teorias pós-coloniais a fundamentação teórica que justifica suas origens, suas pretensões e suas tendências* (Frizzo y Martinuzzi, Op. cit., p.14) lo que es sin duda una afirmación muy interesante. Desafortunadamente las autoras no dan muchas explicaciones sobre ello. Se limitan a hacer una buena síntesis de la teoría poscolonial y la decolonial, pero su texto concede pocas páginas al tema del constitucionalismo y su fundamentación teórica decolonial (Frizzo y Martinuzzi, 2014).

En posturas de otros pensadores, este vuelco decolonial proporciona herramientas que sirven para, mediante el uso de un enfoque decolonial, diferenciar dichas cartas de las constituciones de Colombia (1991) y Venezuela (1998) y sostener marcadas diferencias entre el nuevo constitucionalismo latinoamericano y el neoconstitucionalismo europeo. En este sentido, César Baldi sostiene que afirmar que el inicio (Noguera y Criado, 2011, pp.17-23) del nuevo constitucionalismo fue la Constitución colombiana y la venezolana es colocar “dentro de un mismo proceso tres ciclos distintos de constitucionalismo pluralista. Por ello, resalta Baldi “razón parece asistir a Raquel Yrigoyen, Bartolomé Clavero y Ramiro

Ávila Santamaría cuando destacan la especificidad de los procesos (ecuatorianos y boliviano en relación al anterior constitucionalismo latinoamericano” (Baldi, 2013, p.59) incluido los desarrollos planteados por Viciano y Martínez Dalmau.

Países como Bolivia y Ecuador se encuadran en un constitucionalismo latinoamericano descolonizador que diseña las bases de un “nuevo paradigma constitucional” basado en la refundación del Estado, la consagración de un catálogo de derechos que rompe con lo generacional y con lo eurocéntrico; en el reconocimiento no solo del influjo de la Declaración de la ONU, sino que fundamentalmente construye sus bases a partir del protagonismo indígena; en la insistencia tanto en la descolonización como en el proceso intercultural (Baldi, *Ibid.*, pp.50-65). Concluye Baldi que equiparar las constituciones de Venezuela y Colombia con las de Bolivia y Ecuador es “obscurer el evidente protagonismo indígena y la lucha por un padrón descolonizador y plurinacional de Estado. Y así no tendría importancia cuestionar fundamentalmente los parámetros eurocentrados del constitucionalismo” (Baldi, *Ibid.*, p.69).

BREVES CONCLUSIONES

El constitucionalismo decolonial al mostrarse más interesado y al centrar sus energías por delinear los procesos descolonizadores gestados por las constituciones de Bolivia y Ecuador se han olvidado en gran medida por demostrar cómo opera la colonialidad del poder en el constitucionalismo. Para nosotros, una estrategia teórica, política y sobre todo metodológica que hay que tener en cuenta para estudiar la relación entre el constitucionalismo y la teoría decolonial es una especie de método que podríamos llamar una analítica decolonial del constitucionalismo. Esta analítica consistiría en analizar tanto los procesos descolonizadores como los procesos de colonialidad en el constitucionalismo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ávila, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. Quito, Ecuador: Ediciones Abya Yala. Repositorio de la Universidad Andina Simón Bolívar.
- Ávila, R. (2012). *En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos*. Quito, Ecuador: Repositorio Universidad Andina Simón Bolívar.
- Baldi, C. (2013). Del constitucionalismo moderno al nuevo constitucionalismo latinoamericano descolonizador. *Revista Redhes-Revista de Estudios Críticos*, 5, 49-69.
- Gómez, S. (2005). *La hybris del punto cero. Ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1970-1816)*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- Carbonell, M. (2010). Desafíos del nuevo constitucionalismo en América Latina. *Revista Precedente*, 8.
- Corrêa, S.A emancipação co (2014). El objetivo central do novo constitucionalismo latinoamericano: os caminhos para um constitucionalismo da libertação. En E. Val, y E. Velo, (Ed.). *O pensamento pós e decolonial no novo constitucionalismo latino-americano*. Brasil: Caxias do Sul, Educs.
- Clavero, B. (2014). *Entre el constitucionalismo colonial y el constitucionalismo emancipatorio*. México: ALAI-América Latina en movimiento.
- Galván, I. (2009). La constitución boliviana y la refundación del Estado: un análisis político. *Revista Panorama*, 107.
- Galván, I., Iglesias, P. y Espasadín, J. (20008). Devolviendo el balón a la cancha. Diálogos con Walter Mignolo. *Tabula Rasa*, 8, 280-292.
- Gargarella, R. (2014). *La sala de máquinas. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina*. España: Rustica.
- González, B. (1999). Las disciplinas escriturarias de la patria: constituciones, gramáticas y manuales. *Revista de Investigaciones Literarias*.
- Gonzales, B. (1993). Las disciplinas escriturarias de la patria: constituciones, gramáticas y manuales. *Revista de Investigaciones Literarias*, 5, 17-31.
- Guastini, R. (2014). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En Carbonell, M. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Barcelona, España: Trotta.
- Lascarro, D. y Lascarro, C. (2012). El silencio de los constitucionalistas. *Revista Latinoamericana Refundación*, 5, 1-7.

- López, D. (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica en América Latina*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes-Legis-Universidad Nacional de Colombia.
- Machado, L. (2012). Reflexiones sobre el proceso constituyente boliviano y el nuevo constitucionalismo sudamericano. *Revista Redhes de Estudios Críticos*.
- Machado, L. (2013). Reflexões histórico-jurídicas e antropológicas: a necessidade de refundar o estado a partir dos sujeitos negados. En Wolkmer, C. y Correias, O. (Ed.). *Crítica jurídica na América Latina*. Aguascalientes/ Florianópolis, Brasil: Centro de Estudos Jurídicos y Sociais Mispát-Universidade Federal de Santa Catarina.
- Mendes de Novais, M. (2013). Um novo paradigma constitucional: o árduo caminho da descolonização. En: A. Wolkmer, y A. Correa, (Ed). *Crítica jurídica na América Latina*. Aguascalientes, México: MISPAT-Universidade Federal de Santa Catarina.
- Medici, A. (2012). Los poderes innominados del constitucionalismo latinoamericano. La necesidad de un nuevo marco de comprensión y comparación crítico situado. *Redhes-Revista de Estudios Críticos*, 9, 59-85.
- Medici, A. (2014). Nuevo constitucionalismo latinoamericano y giro decolonial. Seis proposiciones para comprenderlo desde un pensamiento situado y crítico. *El Otro Derecho, ILSA*, 9, 18-29.
- Mignolo, W. (2012). *La idea de América Latina. La herida colonial y la opción decolonial*. Barcelona: España, Editorial Gedisa. Traducción de Silvia Jawerbaum y Julieta Barba. Lima, Perú: IIDS-IILS. 2010.
- Negri, T. y Hatdt, H. (200). *Imperio*. Massachussets: Harvard University Press. Traducción de Eduardo Sadier.
- Noguera, A. y Criado, M. (2011). La constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina. *Revista Estudios Socio-Jurídico*, 7, 11-33.
- Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Revista Doxa*, 21, 339-353.
- Rosillo, A. (2013). Los Acuerdos de San Andrés: hacia una descolonización del derecho. *Revista de Estudios Críticos Otros Logos*.
- Sanín, R. (2009). *Teoría Crítica Constitucional I. Rescatando la democracia del liberalismo*. Bogotá, Colombia: Universidad Javeriana.

- Sanín, R. (2012). *Teoría Crítica Constitucional*. Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional-CEDEC.
- Sanín, R. y Méndez, G. (2012). La constitución encriptada. Nuevas formas de emancipación -1del poder global". *Revista Redhes-Revista de Estudios Críticos*, 8, 110-126.
- Sanín, R. (2014). Diálogos con Ricardo Sanín: crítica al constitucionalismo liberal contemporáneo. *Revista Internacional de Ética y política Oximora*, 7, 100-119.
- Sanín, R. (2014). *Teoría Crítica Constitucional II*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Santos, B. (2010). *La refundación del estado. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. La Paz, Bolivia. Universidad Andina.
- Sousa, V. y Cruz, J. (2011). *Fundamentos para la comprensión de la propiedad inmobiliaria agraria desde el nuevo constitucionalismo democrático latino-americano*. En *El Otro Derecho. Las luchas agrarias en América Latina*.
- Vanegas, I (2012). *El constitucionalismo revolucionario. 1809-1815*. Bogotá, Colombia: Universidad Industrial de Santander.
- Walsh, C. (2008). *Interculturalidad, Plurinacionalidad y Decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado*". Tabula Rasa, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, 9.
- Walsh, C. (2012). Of Neo-Constitutionalisms, Lefts, and (De)Colonial Struggles. Thoughts from the Andes in conversation with Breny Mendoza. *Feminists@ law*. United Kingdom, 2, 143-144.
- Wolkmer, A. (2015). Pluralismo jurídico, movimientos sociais e processos de lutas desde América Latina. En Wolkmer, A. y Fernandes, I. *Constitucionalismo, descolonização e pluralismo jurídico na América Latina*. Aguascalientes/ Florianópolis: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat NEPE - Universidad Federal de Santa Catarina.
- Žižek, S. (2010). El espectro de la ideología. *Revista Observaciones Filosóficas*, 11, 1-9.

Enfoque constitucional de la facultad sancionadora del Estado frente a cargos de elección popular

Constitutive period of the facultad sancionadora del estado frente a cargos de elección popular

Álvaro Antonio Jaramillo Barceló
Jame Camilo Bermejo Galán

Como citar y referenciar: Jaramillo, A. & Bermejo, J. (2019). Enfoque constitucional de la facultad sancionadora del estado frente a cargos de elección popular. En Rodríguez-Serpa, F (Ed). *Dialéctica constitucional* (pp.93-121), Barranquilla, Colombia. Ediciones Universidad Simón Bolívar.

RESUMEN

El presente trabajo se propone como objetivo identificar si existe un desconocimiento de los derechos políticos de los funcionarios públicos elegidos mediante voto popular sancionados por la Procuraduría General de la Nación; lo anterior en el entendido que el ordenamiento jurídico colombiano institucionalizó el derecho disciplinario como una rama del derecho administrativo y expresión del poder punitivo cuya finalidad era corregir el comportamiento ético de los funcionarios estatales; esto motivado en una necesidad de preservar el deber ser de la función pública; sin embargo muchas de las sanciones tipificadas para este emprendimiento entran en tensión con los derechos políticos del empleado sancionado y de terceros, como lo son la destitución y la inhabilidad, esto ha generado un debate jurisprudencial y doctrinario puesto muchos consideran que esta facultad entra en contraposición a los postulados del derecho internacional público y representan un abuso y extralimitación de la operancia de este ente, circunstancia que genera como consecuencia lesión sobre los derechos de los sancionados a elegir y ser elegido, siendo necesario que la academia se pronuncie para generar propuestas que permitan comprender y en lo posible solucionar el descrito debate.

Palabras clave: derechos políticos, sanción, extralimitación, función pública.

ABSTRACT

The present work aims to identify if there is a lack of knowledge of the political rights of public officials elected by popular vote sanctioned by the attorney general of the nation, the foregoing in the understanding that the Colombian legal system institutionalized disciplinary law as a branch administrative law and expression of punitive power whose purpose was to correct the ethical behavior of state officials, this motivated by a need to preserve the duty of the public function, however many of the sanctions typified for this venture come into tension with the political rights of the sanctioned employee and third parties, such as dismissal and disability, this has generated a jurisprudential and doctrinal debate since many consider that this faculty is in opposition to the postulates of public international law and represent an abuse and overreaching on of this entity's operation, a circumstance that results in injury to the rights of those sanctioned to elect and be elected, and it is necessary for the academy to pronounce itself to generate proposals that allow understanding and, as far as possible, solving the described debate.

Key words: political rights, sanction, extra limitation, public function.

INTRODUCCIÓN

Colombia es un Estado Social de Derecho, esto quiere decir que la finalidad de las autoridades públicas es velar por la salvaguarda de los derechos, libertades, necesidades e intereses de la comunidad, siendo esta la razón de ser de las entidades públicas; uno de los principios fundantes del Estado colombiano es la democracia y esta establece que el pueblo debe ser el director de las políticas que se desprenden del poder oficial, a tal efecto se puede confirmar que la democracia es uno de los elementos más importantes del ordenamiento jurídico colombiano y esta se manifiesta o expresa mediante la institucionalización de múltiples derechos y mecanismos de participación, como lo es el derecho a elegir y ser elegido efectuado mediante el voto popular.

Por otro lado el derecho disciplinario es una rama del derecho administrativo y expresión del *ius puniendi* o poder punitivo del Estado, cuya finalidad es sancionar mediante la imposición de un reproche ético la conducta oficial de los empleados del Estado, cuando esta se aleje o desvíe de los postulados que definen la función pública, explicado de otra manera la finalidad del derecho sancionador es corregir éticamente el comportamiento oficial de los funcionarios públicos; en la actualidad ha surgido un debate doctrinario y jurisprudencial que gira en establecer hasta qué punto es admisible el ejercicio del derecho disciplinario, puesto que la Procuraduría General de la Nación ha sancionado mediante destitución e inhabilitación a funcionarios elegidos democráticamente; expuesto esto resultará necesario responder en el desarrollo del presente trabajo ¿es posible que exista un desconocimiento de los derechos políticos de los funcionarios públicos elegidos mediante voto popular sancionados por la Procuraduría General de la Nación?

Muchos consideran que este tipo de sanciones aplicables a funcionarios selectos mediante el voto popular representan una extralimitación y

abuso de la posición dominante de esta entidad y resulta contradictoria a los postulados del derecho interamericano de derechos humanos que indica que este tipo de empleados solo pueden ser destituidos mediante sentencia judicial de tipo penal; sin embargo la jurisprudencia se ha manifestado indicando que no existe ninguna clase de fuero disciplinario por parte de empleados elegidos mediante voto popular y que en efecto estos sí son destinatarios del derecho disciplinario.

Por lo tanto el problema jurídico planteado en el presente documento y la investigación que lo antecede constituye una tensión o enfrentamiento entre el derecho disciplinario y su rol como protector de la función pública contra el derecho a elegir y ser elegido expresión de la democracia, siendo necesario que en el debate académico a realizar se equilibren las posturas contrarias y se generen propuestas objetivas que permitan una mayor y mejor entendimiento y solución de la problemática.

Expuesto esto el presente trabajo se propone como objetivo identificar, si existe un desconocimiento de los derechos políticos de los funcionarios públicos elegidos mediante voto popular, sancionados por la Procuraduría General de la Nación, y este cometido será logrado obedeciendo a la presente estructura:

Primero que todo se conceptualizará y se resaltaré la importancia del derecho disciplinario y su relación con los contenidos de la función pública, seguido de esto se analizará el concepto de democracia y los derechos que se desprenden del mismo en el interior del ordenamiento jurídico colombiano y finalmente se identificará la tensión existente entre el ejercicio de la potestad disciplinaria y el derecho a elegir y ser elegido cuando se sancionan a los funcionarios públicos elegidos mediante voto popular y las posturas jurisprudenciales y doctrinarias frente a este conflicto jurídico.

1. EL DERECHO DISCIPLINARIO COMO SALVAGUARDA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

El derecho disciplinario es una rama del derecho administrativo que se desprende del *ius puniendi* o facultad punitiva del Estado, cuya finalidad es formular un reproche ético a los funcionarios públicos cuyos actos resultan contrarios al deber ser de la función pública; para este fin el Congreso de la República tipificó una serie de comportamientos prohibidos que ameritan la imposición de estas sanciones.

Es importante resaltar que el derecho disciplinario o derecho sancionador se fundamenta en una necesidad de proteger la esencia de la función pública de actos desempeñados por los servidores estatales que resulten contrarias a los postulados, valores y principios que moldean la misma, constitucionalmente la función pública es definida por la Carta Magna de la siguiente manera:

Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio. (Asamblea Constituyente, 1991)

A tal efecto se puede establecer que la función pública es el conjunto de funcionarios que componen el recurso humano que labora en el interior de las autoridades estatales, los cuales están sometidos a un régimen jurídico especial que determina su comportamiento y así mismo a la configuración de diferentes tipos de responsabilidad como consecuencia

de la comisión de actos debidamente tipificados que se consideran contrarios a la esencia de su investidura.

Es importante resaltar que los fines sociales del Estado cumplen un rol importante en lo que respecta determinar el deber ser de los funcionarios públicos, puesto estos son de obligatorio cumplimiento no solo para las autoridades, sino también para sus empleados y se hallan consagrados en la Constitución política de la siguiente manera:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. (Asamblea constituyente, 1991)

Con fundamento en esto se puede establecer que todo acto efectuado por las entidades públicas y los empleados que las conforman es válido siempre y cuando se desprenda o tenga origen en los fines sociales del Estado.

Complementario a lo plasmado por la constitucionalidad, así mismo la jurisprudencia nacional ha expedido diferentes pronunciamientos destinados a conceptualizar la función pública, siendo esta definida en Sentencia de radicado C-037 del año 2003 que manifiesta lo siguiente

La noción de función pública atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines. (Corte constitucional, 2003)

Es importante la forma como la providencia resalta no solo la especial relación entre la función pública y los fines sociales del Estado, sino así mismo identificar que la misma hace referencia al conjunto de actuaciones desplegadas por el recurso humano que conforma las autoridades públicas.

Siguiendo con esta línea de pensamiento la Sentencia de radicado C-028 del año 2006 expedida por la misma corporación judicial afirma al respecto lo siguiente

La función pública, entendida esta como el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines (Corte constitucional, 2006)

Es reiterativo el planteamiento que establece que la función pública se justifica o fundamenta en la necesidad de materializar los fines sociales del Estado y para este objetivo resulta necesario y obligatorio que las autoridades públicas gocen de un recurso humano capaz y suficiente de emprender las tareas que se desprenden de estos objetivos.

A tal efecto partiendo del hecho de que la función pública persigue la materialización de importantes tareas, objetivos y finalidades que nacen de la institucionalidad y considerando que los funcionarios públicos gozan de una especial investidura para el ejercicio de sus funciones, resulta más que necesario que estos se hallen sometidos a un tipo especial de responsabilidad que proteja que los empleados públicos sean destinatarios de especiales tipos de responsabilidad que reprochen sus fallas, siendo el derecho disciplinario una jurisdicción destinada a imponer un reproche de tipo ético a las omisiones y extralimitaciones efectuadas por los empleados oficiales.

El derecho disciplinario se justifica en el mandato constitucional que establece que los empleados del Estado son destinatarios de tipos especiales de responsabilidad, plasmando la Carta Magna lo siguiente “Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” (Asamblea constituyente, 1991) A tal efecto se puede confirmar que dada la investidura que ostentan los empleados públicos como consecuencia de la función y rol que desempeñan, a estos se les exige un comportamiento superior, por lo tanto las conductas que contradigan este mandato requieren la imposición de un reproche especial.

Con fundamento en esto se puede confirmar que la norma le exige a los funcionarios públicos un comportamiento especial y acorde con el decoro que su función, identificando el código disciplinario único los valores y principios que deben de regir este cometido de la siguiente manera:

El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes. (Congreso de la República, 2002)

Con base en esto se logra confirmar que los empleados estatales son reflejo del deber ser de la institucionalidad y que por lo tanto las desviaciones en su comportamiento requieren un reproche de tipo ético cuya finalidad es corregir estas conductas; el mismo código posteriormente define la falta disciplinaria de la siguiente manera:

Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento” (Congreso de la República, 2002)

Con base en esto se puede afirmar que la comisión de cualquiera de las conductas debidamente tipificadas por la legislación disciplinaria genera como consecuencia la imposición de sanciones de tipo ético como forma de reproche al comportamiento del empleado público.

Complementario a lo plasmado por la legislación nacional, así mismo la jurisprudencia ha expedido una serie de sentencias destinadas a conceptualizar y definir diferentes aspectos del derecho disciplinario, siendo este definido en providencia de Radicado C-315 del año 2012 expedida por la Honorable corte Constitucional Colombiana que manifiesta lo siguiente:

El derecho disciplinario ha sido entendido como un conjunto de principios y de normas jurídicas conforme a las cuales se ejerce la potestad sancionadora del Estado con respecto a los servidores públicos no solo por infracción de la Constitución, de la ley o el reglamento, sino también, por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, en orden a hacer efectivos los mandatos que regulan el ejercicio de la función pública. (Corte Constitucional, 2012)

Es importante la forma como la providencia establece que la finalidad elemental del derecho disciplinario es velar por el mantenimiento del deber ser de la función pública, mediante la identificación y sanción de comportamientos efectuados por los empleados estatales que se consideren contrarios a los valores sobre los cuales se funda la institucionalidad, la misma providencia posteriormente complementa lo siguiente

La Corte ha precisado, que el derecho disciplinario está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cual sea el órgano o la rama a la que pertenezcan, pues se trata de fijar las condiciones mínimas para que la actividad desarrollada por el Estado se preste de manera eficiente, motivo por el cual la consagración en un ordenamiento jurídico especial de las reglas y sanciones, no solamente constituye un derecho sino un deber del Estado. (Corte Constitucional, 2012)

Es importante la forma como la jurisprudencia establece que el derecho disciplinario impone un comportamiento adecuado y exigente a los empleados del Estado, de manera que este se ajuste al deber ser de la función pública y en su defecto se configuraría la imposición de sanciones destinadas a corregir esta desviación.

Resulta evidente y reiterativo el planteamiento que establece que la finalidad del derecho disciplinario es proteger la función pública, mediante la identificación y sanción de conductas que no se ajustan al comportamiento que se espera de un empleado estatal, este tema es abordado en Sentencia de radicado C-181 del año 2002 expedida por la Honorable Corte Constitucional colombiana expresa lo siguiente:

La Corte Constitucional ha establecido que el derecho disciplinario es una rama esencial al funcionamiento del Estado

enderezado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, las faltas, las sanciones correspondientes y los procedimientos para aplicarlas. (Corte Constitucional, 2002)

La sentencia establece que el objetivo del derecho disciplinario es corregir el comportamiento de los empleados del Estado, mediante la imposición de sanciones cuya finalidad es reprochar la perpetración de actos contrarios a la esencia de la función pública.

Es necesario aclarar que si bien tanto el derecho disciplinario como el derecho penal se desprenden del *ius puniendi*, dada la necesidad y obligatoriedad del Estado social de derecho colombiano para imponer diferentes tipo de sanciones con el objetivo de proteger el desarrollo social e institucional, ambas legislaciones y jurisdicciones se diferencian ampliamente, puesto el derecho penal realiza un juicio de reproche de tipo criminal, mientras que el derecho disciplinario ejerce un reproche ético destinado corregir el comportamiento oficial de los empleados públicos, esta diferenciación es tratada en Sentencia de radicado C-028 del año 2006 expedida por la misma corporación que manifiesta lo siguiente:

El ejercicio de la potestad disciplinaria es una de las más importantes manifestaciones del *ius puniendi* estatal, la cual tiene como objetivo fundamental prevenir y sancionar aquellas conductas que atenten contra el estricto cumplimiento de los deberes que se imponen a los servidores públicos u obstaculicen el adecuado funcionamiento de la administración pública, es decir, la potestad disciplinaria corrige a quienes en el desempeño de la función pública contraríen los principios de eficiencia, moralidad, economía y transparencia, entre otros, que necesariamente deben orientar su actividad. (Corte constitucional, 2006)

Resulta importante la manera como la Corte define de forma clara y especifica la finalidad y objetivo perseguido por el derecho disciplinario y relaciona, identifica y conecta las nociones de función pública, función administrada y derecho sancionador, siendo este el soporte que justifica la existencia de la legislación disciplinaria.

El presente capítulo concluye estableciendo que el derecho disciplinario es una importante jurisdicción en el interior de la legislación nacional cuya finalidad es proteger el deber ser de la función pública, adaptando esta a las exigencias de la función administrativa; esto mediante la identificación y posterior sanción de comportamientos que representan una desviación de la operancia de los empleados estatales y representan un riesgo para la institucionalidad.

2. LA IMPORTANCIA DE LA DEMOCRACIA PLURALISTA Y PARTICIPATIVA EN EL INTERIOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Uno de los debates más importantes desplegados por la doctrina y la jurisprudencia nacional, gira en torno en identificar si las autoridades disciplinarias encabezadas por la Procuraduría General de la Nación mediante la expedición de acto administrativo, pueden limitar el derecho a elegir y ser elegidos de los funcionarios públicos que acceden a su cargo mediante voto popular.

Este debate se ha efectuado mediante la extrapolarización de dos tesis elementales, siendo la primera aquella que establece que un funcionario elegido de forma directa no puede mediante acto administrativo desautorizar la voluntad popular ejercida mediante el sufragio universal, esta tesis entra en tensión con el planteamiento que manifiesta que haber sido elegido mediante voto popular no es una circunstancia que impida que las autoridades disciplinarias ejerzan sus funciones frente a estos funcionarios, puesto el carácter de empleado público elegido de forma

democrática no debe de ser entendido como una especie de blindaje a la potestad sancionatoria del Estado.

Por lo tanto para una mayor comprensión de esta problemática o conflicto jurídico resulta necesario identificar la importancia de la democracia en el interior del Estado Social de Derecho colombiano, conceptualizando la misma, sus elementos y finalidades.

La democracia es un histórico valor filosófico, jurídico y político, que así mismo se constituye como un sistema de gobierno y principio fundante de la institucionalidad, cuya finalidad es hacer al pueblo partícipe de los designios políticos y jurídicos que determinan el destino de una sociedad, sea mediante la elección de funcionarios públicos elegidos mediante voto popular para representar los intereses comunitarios o mediante el ejercicio de mecanismos de participación ciudadana.

Con la promulgación de la Constitución Política del año 1991 el Estado colombiano se redefinió como Estado Social de Derecho, lo cual establecía que la satisfacción de los derechos, necesidades y libertades de la comunidad representaban la razón de ser de la institucionalidad, así mismo este se erigió como democrático, pluralista y participativo lo cual le otorgaba herramientas a la comunidad para determinar las políticas públicas de las autoridades, el primer encuentro del ordenamiento jurídico con el espíritu democrático se halla consagrado en la constitución política de Colombia, que en su capítulo primero expone lo siguiente

Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Asamblea Constituyente, 1991)

Es importante resaltar que este artículo identifica los principios fundantes del Estado y los valores que regirán el resto del ordenamiento jurídico resaltando el carácter democrático y social de la constitucionalidad.

Sin embargo este postulado es confirmado posteriormente cuando se impone la democracia como sistema de gobierno y se le otorgan al pueblos herramientas para el ejercicio de la misma, plasmando la Carta Magna lo siguiente “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece” (Asamblea constituyente, 1991) de esta forma se confirma que la totalidad de actuaciones desplegadas por la institucionalidad son válidas siempre y cuando tengan como objetivo lograr el bienestar de la comunidad y cuando son autenticadas y autorizadas directa o indirectamente por la sociedad.

Complementario a lo plasmado por la constitucionalidad, así mismo la jurisprudencia nacional ha desplegado una línea de sentencias destinadas a explicar la esencia de la democracia y su aplicabilidad en el interior del Estado Social de Derecho colombiano, en Sentencia de radicado C-021 del año 1996 expedida por la honorable Corte Constitucional colombiana, esta corporación judicial analiza el concepto de democracia participativa indicando lo siguiente:

La democracia participativa procura otorgar al ciudadano la certidumbre de que no será excluido del debate, del análisis ni de la resolución de los factores que inciden en su vida diaria, ni tampoco de los procesos políticos que comprometen el futuro colectivo. Asume la Constitución que cada ciudadano es parte activa en las determinaciones de carácter público y que tiene algo que decir en relación con ellas, lo cual genera verdaderos derechos amparados por la Carta Política, cuya normatividad

plasma los mecanismos idóneos para su ejercicio. (Corte Constitucional, 1996)

Es importante la forma como la Corte Constitucional establece que la democracia participativa otorga herramientas a la comunidad para participar en la toma de decisiones en lo referente a aspectos relativos a la institucionalidad y el destino político de la sociedad, siendo un valor que impone límites a la actividad de las entidades públicas puesto estas deben de estar orientadas a cumplir la voluntad general.

Es importante resaltar que el Estado Social de Derecho colombiano no acoge una noción de democracia liberal, en la cual las mayorías tienen control absoluto en la toma de decisiones en el interior del sector público, sino que así mismo esta democracia participativa se reputa pluralista en el entendido que todos los ciudadanos y sectores sociales tienen el derecho y la facultad de participar de los debates relativos al ejercicio del poder público, respecto a esto la Sentencia de radicado C-141 del año 2010 expedida por la misma corporación, afirma lo siguiente:

La noción de pueblo que acompaña la concepción de democracia liberal constitucional no puede ser ajena a la noción de pluralismo e implica la coexistencia de diferentes ideas, razas, géneros, orígenes, religiones, instituciones o grupos sociales. El pueblo de tan heterogénea composición al escoger un modelo de democracia constitucional acepta que todo poder debe tener límites y, por lo tanto, como pueblo soberano acuerda constituirse y autolimitarse de conformidad con ese modelo democrático e instituye cauces a través de los cuales pueda expresarse con todo y su diversidad. Por ello, en los estados contemporáneos la voz del pueblo no puede ser apropiada por un solo grupo de ciudadanos, así sea mayoritario, sino que surge de los procedimientos que garantizan una manifestación de esa pluralidad. (Corte Constitucional, 2010)

A tal efecto se puede establecer que los designios que nacen del poder público deben de representar la totalidad de opiniones e intereses de la comunidad, de manera que ningún ciudadano sea excluido de los debates referentes al ejercicio de la voluntad institucional, resulta más que evidente que la democracia tiene como objetivo y finalidad dar herramientas de participación ciudadana a los ciudadanos de manera que la construcción de las políticas públicas sea un ejercicio dinámico que reúna múltiples posturas sociales para su formación, en Sentencia de radicado C-150 del año 2015 expedida por la misma corporación se define la democracia y se resalta el rol que cumple esta en el interior del Estado, manifestándose lo siguiente:

La democracia en tanto eje axial del sistema jurídico colombiano así como los conceptos que usualmente se encuentran asociados a ella como soberanía, pueblo, participación y representación son empleados en la Constitución con varios propósitos, plenamente articulados con las implicaciones antes referidas. En efecto, tales categorías son incorporadas en la Carta Política para establecer la fundamentación del poder político ejercido por los diferentes órganos, para reconocer y tutelar los derechos de participación de los individuos y la sociedad en la conformación y control del poder político e imponer deberes de respeto y protección al Estado y a los particulares y para definir la forma en que tal poder opera democráticamente y los ámbitos en los que su aplicación puede exigirse. (Corte Constitucional, 2015)

Es importante la forma como la jurisprudencia establece que la voluntad del constituyente fue entrelazar múltiples conceptos que permitieran que el pueblo tuviera una amplia participación en la adopción de decisiones susceptibles de afectar el destino de la sociedad, de forma que el ejercicio del poder público fuera reflejo de la voluntad de las masas.

A título de conclusión se puede establecer que la democracia es un importante elemento en el interior del Estado Social de Derecho colombiano, cuya finalidad es promover una construcción del poder público altamente participativa y en la cual el pueblo o la comunidad tenga injerencia para determinar el destino de las políticas públicas.

3. LA TENSION ENTRE EL DERECHO DISCIPLINARIO Y EL DERECHO A ELEGIR Y SER ELEGIDO ANTE SANCIONES IMPUESTAS A FUNCIONARIOS ELECTOS MEDIANTE VOTO POPULAR

Uno de los debates más importantes en lo referente al alcance del derecho disciplinario colombiano gira en torno a la posibilidad de la Procuraduría General de la Nación de sancionar éticamente a funcionarios elegidos mediante sufragio universal, este debate se agrava dado el carácter altamente agresivo de algunas sanciones disciplinarias, susceptibles de limitar el ejercicio de derechos fundamentales como son el de elegir y ser elegido y acceso a cargos públicos.

A tal efecto el presente debate representa un enfrentamiento entre el principio de la democracia y los derechos constitucionales que se desprenden de este valor jurídico y el poder punitivo y su obligación de proteger a la sociedad mediante el reproche a comportamiento de empleados públicos que no se ajustan al deber ser de la función pública.

Para abordar el presente conflicto jurídico resulta importante destacar que el voto popular es una de las expresiones más importantes de la democracia pluralista y participativa y este engloba la posibilidad de la totalidad de los ciudadanos de participar en el proceso de elección de funcionarios para representarlos ante determinadas autoridades públicas; es posicionado como un mecanismo de participación ciudadana mediante la Constitución Política de Colombia que manifiesta lo siguiente:

“Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará” (Asamblea constituyente, 1991) es importante resaltar que el voto popular es el mecanismo de participación ciudadana y expresión democrática por excelencia, puesto este engloba la posibilidad de que el pueblo de forma directa elija sus gobernantes y representantes; posteriormente la misma normatividad conceptualiza el voto de la siguiente manera:

El voto es un derecho y un deber ciudadano. El Estado velará porque se ejerza sin ningún tipo de coacción y en forma secreta por los ciudadanos en cubículos individuales instalados en cada mesa de votación sin perjuicio del uso de medios electrónicos o informáticos. En las elecciones de candidatos podrán emplearse tarjetas electorales numeradas e impresas en papel que ofrezca seguridad, las cuales serán distribuidas oficialmente. (Asamblea Constituyente, 1991)

Resulta importante la forma como la constitucionalidad destaca que el voto popular en un derecho y una obligación de todo ciudadano, puesto esta facultad no puede ser negada a ninguna persona y así mismo cada individuo se halla obligado a ejercer el mismo y participar activamente en las elecciones que definen la vida política de su país.

Jurisprudencialmente en Sentencia de radicado T-473 del año 2003 la honorable Corte Constitucional colombiana resalta la importancia del voto popular en el Estado Social de Derecho colombiano y lo posiciona como la manifestación democrática por excelencia, afirmando la providencia lo siguiente

El derecho al voto es una clara manifestación de la libertad de expresión en materia política, al tiempo que se le considera

como un deber cívico inspirado en el principio de solidaridad. En ese sentido se advierte que el sufragio es un deber ciudadano que forma parte de aquel deber más amplio de contribuir a la organización, regulación y control democrático del Estado. Pero de igual manera, es un derecho, que le permite participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, en virtud de lo cual puede elegir y ser elegido. (Corte Constitucional, 2003)

De esta forma se confirma que el derecho al voto es una de las expresiones de la democracia participativa del Estado Social de Derecho colombiano, puesto es la forma como el Estado institucionaliza la selección de los funcionarios de más alto rango que decidirán el destino de la Nación, en lo que respecta su rol como la expresión más importante de la democracia; es importante resaltar que el voto es el mecanismo por medio del cual se materializa el derecho de los ciudadanos a elegir y ser elegido, el cual se halla posicionado por la Carta Magna como una importante facultad ciudadana definida así:

“Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 1. Elegir y ser elegido. 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos” (Asamblea constituyente, 1991) el derecho a elegir y ser elegido es una facultad ciudadana con efectos democráticos que permite que las personas puedan sesionar los funcionarios que consideren más idóneos para el desempeño de determinados altos cargos y funciones de la institucionalidad y así mismo la totalidad de los ciudadanos pueden aspirar a representar a los otros accediendo a estos cargos.

Habiéndose explicado la importancia del valor y principio democrático en el interior del Estado Social de Derecho colombiano y considerando que el voto es la expresión más pura de la democracia, por medio del cual

los ciudadanos ejercen su derecho a elegir y ser elegido, es importante identificar hasta qué punto es admisible que la Procuraduría General de la Nación en su calidad de entidad administrativa y sin ningún tipo de control judicial limite mediante la imposición de inhabilidades y destituciones los derechos de funcionarios públicos elegidos mediante sufragio universal.

Es importante resaltar que la potestad sancionatoria del Estado es ejercida mediante la Procuraduría General de la Nación mediante la expedición de actos administrativo por medio de los cuales se pueden destituir e inhabilitar todo tipo de funcionarios públicos incluidos los de elección popular, esto en aparente contraposición a lo plasmado por la convención americana de derechos humanos o pacto de San José de Costa Rica que expresa lo siguiente:

Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal. (OEA, 1977)

Quienes se oponen al ejercicio de facultades disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación capaces de limitar el ejercicio de derechos políticos a funcionarios elegidos mediante voto popular, afirman que producto de la interpretación del mencionado mandato internacional,

estos derechos solo pueden ser limitados por orden de autoridad judicial en este caso producto de investigaciones de tipo criminal.

Sin embargo la Corte Constitucional en análisis del mencionado conflicto ha expresado que el hecho de que la Procuraduría General de la República pueda ejercer esta potestad sobre funcionarios elegidos democráticamente, no contradice lo plasmado en el mencionado artículo de la convención, expresando este postulado en providencia de Radicado SU712 del año 2013 que afirma lo siguiente:

A partir de una interpretación armónica de las normas constitucionales con los instrumentos que se integran a ella en virtud del bloque de constitucionalidad, la Corte concluyó que las competencias disciplinarias y sancionatorias del Procurador General de la Nación no desconocen el artículo 93 de la Constitución, ni el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La aplicación de la Convención Americana debe tener en cuenta la arquitectura institucional de cada Estado. (Corte Constitucional, 2013)

A tal efecto el argumento de la mencionada sentencia es afirmar que el sistema interamericano de derechos humanos otorga a los Estados la facultad de regular como debe de ser interpretada la Convención en su mencionado territorio y regular aspectos internos que le competen solo a la norma interna.

La misma sentencia posteriormente confirma que el Procurador General de la Nación sí resulta competente para sancionar disciplinariamente a funcionarios elegidos mediante voto popular expresando la sentencia lo siguiente

La Corte no desconoce que el control disciplinario de los Congresistas de la República por parte del Procurador General

de la Nación puede presentar imperfecciones en un sistema ideal de frenos y contrapesos. Sin embargo, considera que ese modelo fue una decisión consciente y deliberada del Constituyente, producto del proceso de ingeniería institucional dentro del sistema de frenos y contrapesos al ejercicio de la actividad parlamentaria. Así, mediante la implementación de un control externo hasta entonces inexistente, quiso atender la sentida necesidad de reforma a una institución cuya legitimidad había sido altamente cuestionada. (Corte Constitucional, 2013)

Es importante resaltar que el debate en lo que respecta la aplicabilidad de la ley disciplinaria a funcionarios elegidos mediante voto popular siempre se ha delimitado a verificar si los congresistas gozan de un fuero especial que impida que esta entidad administrativa corrija su conducta oficial; frente a esto la postura de la Corte Constitucional siempre ha sido contraria a este cometido tal como lo expone la misma providencia así:

A diferencia de lo previsto para las autoridades taxativamente señaladas en la Constitución, en relación con los congresistas de la República el Constituyente no estipuló un fuero disciplinario que sustraiga la competencia del Procurador General de la Nación para adelantar procesos disciplinarios e imponer las sanciones a que hubiere lugar. (Corte Constitucional, 2013)

Por lo tanto se puede confirmar que ningún funcionario elegido mediante voto popular se halla por fuera o por encima del derecho disciplinario nacional y por el contrario es susceptible de ser destinatario de la ley sancionatoria, independiente de su calidad de servidor público elegido mediante sufragio universal.

Otra sentencia expedida por la misma corporación de Radicado SU-355 del año 2015 confirma este planteamiento plasmando lo siguiente

La Corte debe señalar que es constitucionalmente válida la competencia de la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a todos los servidores públicos, incluyendo a los de elección popular con excepción de aquellos que se encuentren amparados por fuero; y es constitucionalmente válida la competencia de esta entidad para imponer la sanción de destitución e inhabilidad general cuando se cometan las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima. (Corte constitucional, 2015)

Resulta reiterativo el planteamiento que establece que el ministerio público sí puede aplicar el derecho sancionatorio a funcionarios elegidos mediante voto popular e incluso puede limitar los derechos de estos a acceder a cargos públicos y a ser elegidos para este tipo de funciones cuando la gravedad de su comportamiento típico lo amerite, siendo esta la postura jurisprudencial frente a esta problemática.

Por otro lado la doctrina se ha manifestado en contra de esta facultad del ministerio público, considerando que la misma representa un abuso y una extralimitación de funciones, puesto resulta incoherente que mediante un acto administrativo expedido por una entidad altamente politizada se pueda desconocer la expresión más pura de la democracia, siendo esta el voto popular.

La elección del Procurador General de la Nación y las amplias facultades de este funcionario han sido objeto de debate en las últimas administraciones de esta entidad, puesto este es elegido de forma directa por el Congreso de la República de terna presentada por el Presidente de la Nación; esta elección directa resulta controversial puesto una de las funciones del Procurador General de la Nación es como se ha explicado ejercer la potestad disciplinaria sobre empleados públicos, muchos asociados, afiliados o pertenecientes a los partidos que debaten en el

legislativo la selección de estos funcionarios, por esta razón siempre existirá el riesgo de que este proceso esté influenciado por pactos secretos de tipo político que reducen la autonomía de esta entidad y la comprometen políticamente, siendo esto una circunstancia que resta confianza a las decisiones del procurador que pueden ser interpretadas por muchos como actos de persecución política.

Para el autor Nodier Montoya Romero, en su texto titulado *La destitución de servidores públicos de elección popular por la Procuraduría General de la Nación: violación de la convención americana sobre derechos humanos. Análisis especial de la destitución del Alcalde de Bogotá: Gustavo Petro Orrego en 2013*, el doctrinario establece que las facultades del ministerio público para ejercer potestad disciplinaria sobre funcionarios elegidos mediante voto popular representa un abuso de poder de esta autoridad y entra en contradicción con los contenidos del derecho interamericano de derechos humanos, plasmando el documento lo siguiente:

Conforme a lo reseñado, la destitución del Alcalde Mayor de Bogotá ha sido un ejemplo ilustrativo de la extralimitación de funciones cometida por la Procuraduría General de la Nación en ejercicio de su potestad sancionatoria de carácter disciplinario pues, como servidor público de elección popular, no está dentro de las facultades de la Procuraduría ordenar su destitución ni su inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, sin la observancia de la Convención Americana de Derechos Humanos. (Montoya Romero, 2017)

A tal efecto tomándose como referencia el controversial caso Petro, el autor plasma que existe un aparente desconocimiento e inaplicabilidad del Pacto de San José de Costa Rica en lo referente a la destitución de funcionarios públicos elegidos de forma democrática.

Otro documento titulado Desarrollo de la facultad administrativa para privar de derechos políticos a servidores públicos de elección popular en Colombia, de autoría de Juan Sebastián Giraldo Bermúdez plantea que existe un desconocimiento u omisión de aplicabilidad de los contenidos del Pacto de san José de Costa Rica, puesto por medio del bloque de constitucionalidad los contenidos de este tratado son aplicables directamente en la legislación interna y estos ordenan que los funcionarios elegidos mediante voto popular solo pueden ser destituidos mediante expedición de sentencia judicial expedida por juez criminal, mas no mediante acto administrativo planteando el autor lo siguiente:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia más relevante, ha sostenido, en concordancia a lo establecido por la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por Colombia, que la privación de derechos políticos debe ser resultado de una sentencia expedida por juez penal y no, como ocurre en nuestro sistema jurídico, producto de una sanción por autoridad administrativa. (Giraldo Bermúdez, 2018)

A tal efecto apelando a la jurisprudencia internacional, en este caso la interamericana de derechos humanos el autor confirma que existe una extralimitación abusiva de funciones del ministerio público en lo concerniente a la posibilidad de limitar derechos políticos de los ciudadanos; similar postura es la asumida por la autora Lizzet Teresita Castillo Barros en su documento titulado Estudio jurídico sobre las facultades que la Constitución otorga al Procurador General de la Nación, plasmando lo siguiente

La facultad disciplinara otorgada por la Constitución al Procurador General de la Nación, para sancionar con destitución a funcionarios elegidos por voto popular, debe ser revisada y reformada al considerarla violatoria de derechos políticos al

restringir el derecho universal a elegir y ser elegido, al igual que del derecho fundamental al debido proceso”. (Castillo, 2015)

Resulta reiterativo el planteamiento que establece que los derechos políticos representan una de las más importantes expresiones no solo de la democracia, sino del derecho internacional de los Derechos Humanos, por esta razón para múltiples de los doctrinarios resulta inadmisibile que los mismos puedan ser suspendidos sin el lleno de las garantías que han sido institucionalizadas para esta finalidad y las cuales se hallan consagradas entre otros documentos legales en la Convención Americana de Derechos Humanos, a tal efecto la citada autora establece que la potestad disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación sobre los funcionarios de elección popular, es una extralimitación de funciones del ministerio público en deterioro de la democracia y los derechos políticos.

Otros doctrinarios se han alineado con los planteamientos de la jurisprudencia interna y han confirmado que el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación es un acto legítimo que representa una expresión lícita y proporcional del *ius puniendi*, tal es el caso del autor Camilo Andrés Pico Portillo en su texto titulado La potestad disciplinaria de la procuraduría frente a los servidores públicos de elección popular desde la Constitución de 1991, plasma lo siguiente:

La potestad disciplinaria conferida a la Procuraduría General de la Nación hace parte del ejercicio legítimo del Estado colombiano del *ius puniendi*, vigilando la conducta oficial de los servidores públicos incluyendo a los de elección popular, teniendo como principal objetivo salvaguardar el interés general de la comunidad, investigando y sancionando disciplinariamente a los servidores públicos a través de un organismo que fue concebido en la Constitución de 1991 con el propósito de velar

por el interés público de la sociedad colombiana. (Pico Portillo, 2015)

Si bien el autor reconoce que existe una tensión entre el ejercicio de la potestad disciplinaria y los mandatos de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, sumado al derecho de elegir y ser elegido, esta tensión debe de armonizarse equilibrándola en beneficio del ordenamiento jurídico interno, puesto la finalidad del derecho disciplinaria es velar porque exista una protección de la función pública y por conexidad salvaguardar los intereses de la comunidad representados en la investidura pública obtenida mediante voto popular.

El presente capítulo concluye que existe una tensión innegable entre los derechos políticos y la potestad disciplinaria dada la facultad reconocida al ministerio público de interponer sanciones capaces de limitar el derecho a elegir y ser elegido de empleados públicos elegidos mediante voto popular, sin embargo la jurisprudencia interna del Estado Social de Derecho colombiano ha sido reiterativa en afirmar que esta facultad institucional es un ejercicio legítimo y lícito y que no representa una extralimitación de las funciones de esta entidad y así mismo ha descartado que exista un fuero aplicable a este tipo de funcionarios elegidos democráticamente, por otro lado la doctrina en su inmensa mayoría rechazan esta potestad y consideran que la misma es un abuso de la posición dominante de esta entidad y así mismo critican el oscurantismo que rodea la elección del máximo representante de esta institución, identificándose que siempre existe un riesgo de persecución totalitario por medio de este ente.

Muchos doctrinarios consideran que resulta necesario, obligatorio y preponderante que se reformen los contenidos jurídicos sobre los cuales se soporta esta capacidad de decisión e impedir de esta manera que se continúe en el detrimento de los derechos políticos de los ciudadanos.

CONCLUSIONES

El derecho disciplinario cumple una importante función en el interior de la institucionalidad colombiana, puesto imponer cargas de comportamiento a los empleados públicos, adecuando su conducta a los postulados que definen el deber ser de la función pública, sin embargo debido a la gravedad y agresividad de algunas de sus sanciones, resulta necesario que los fallos emitidos por esta jurisdicción estén sometidos a controles y garantías que impongan límites a la actividad de esta entidad.

Los funcionarios públicos elegidos mediante voto popular no deberían de gozar de fuero disciplinario, puesto estos al ser el nombramiento de estos una expresión de la forma más pura de democracia, estos deben de conservar un comportamiento acorde a la dignidad del cargo y al respeto de sus representados y para que esta iniciativa sea materializada en la realidad, resulta necesario que exista una presión disciplinaria que corrija la conducta antijurídica de estos empleados estatales.

La solución al problema planteado no radica en eliminar la potestad disciplinaria ejercida por el Procurador General de la Nación sobre los funcionarios elegidos democráticamente, ni en dar carta blanca a los últimos para operar por fuera de los designios de la función pública, sino en incrementar las garantías que otorgan confianza al ejercicio de la potestad disciplinaria, reformando aspectos como la elección directa del procurador general de la nación, imponiendo control judicial a las decisiones emitidas por este ente y hacer más típico y taxativo los contenidos de la legislación disciplinaria.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asamblea Nacional Constituyente (2013). *Constitución Política de Colombia*. Editorial Legis.
- Castillo Barros, L. T. (2015). *Estudio jurídico sobre las facultades que la constitución otorga al procurador general de la nación*. Universidad de Santo Tomás.

- Congreso de la República de Colombia. (2014). *Ley 734 del año 2002 o Código disciplinario único*. Editorial Unión.
- Corte Constitucional colombiana. (1996). Sentencia de radicado C-021.
- Corte Constitucional colombiana. (2002). Sentencia de radicado C-181.
- Corte Constitucional colombiana. (2003). Sentencia de radicado C-037.
- Corte Constitucional colombiana. (2003). Sentencia de radicado T-473.
- Corte Constitucional colombiana. (2006). Sentencia de radicado C-028.
- Corte Constitucional colombiana. (2006). Sentencia de radicado C-028.
- Corte Constitucional colombiana. (2010). Sentencia de radicado C-141.
- Corte Constitucional colombiana. (2012). Sentencia de radicado C-315.
- Corte Constitucional colombiana. (2013). Sentencia de radicado SU712.
- Corte Constitucional colombiana. (2015). Sentencia de radicado C-150.
- Corte Constitucional colombiana. (2015). Sentencia de radicado SU-355.
- Giraldo Bermúdez, J. S. (2018). *Desarrollo de la facultad administrativa para privar de derechos políticos a servidores públicos de elección popular en Colombia*. Fundación Universitaria del Área Andina.
- Montoya Romero, N. (2017). *La destitución de servidores públicos de elección popular por la Procuraduría General de la Nación: violación de la Convención americana sobre derechos humanos. Análisis especial de la destitución del Alcalde de Bogotá: Gustavo Petro Orrego en 2013*. Universidad Militar Nueva Granada.
- Organización de Estados Americanos. (1977). *Convención americana de derechos humanos o pacto de San José de Costa Rica*.
- Pico Portillo, C. A. (2015). *La potestad disciplinaria de la procuraduría frente a los servidores públicos de elección popular desde la constitución de 1991*. Universidad Libre Bogotá.

Constitucionalidad del derecho a la defensa técnica en el procedimiento ordinario del código disciplinario único

Constitutionality of the right to technical defense in the ordinary procedure of the single disciplinary code

David de Jesús Aníbal Guerra¹

Claudia Llinás Torres²

Helmuth Efen Castiblanco Mandón³

Como citar y referenciar: Anibal, D; Llinás, C & Castiblanco, H. (2019). Constitucionalidad del derecho a la defensa técnica en el procedimiento ordinario del código disciplinario único. En Rodríguez-Serpa, F. (Ed). *Dialéctica constitucional* (pp.123-148), Barranquilla, Colombia. Universidad Simón Bolívar

- 1 Abogado, Egresado de la Universidad Simón Bolívar; Especialista en Derechos Humanos de la Escuela Superior de Administración Pública; Magíster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica de la Universidad de Alcalá de Henares; Doctor en Ciencias Políticas de la Universidad Rafael Belloso Chacín; Profesor Investigador Asociado de la Universidad Simón Bolívar y de la Universidad del Atlántico. danibal@unisimonbolivar.edu.co. <https://orcid.org/0000-0002-1671-8469>.
- 2 Abogada Conciliadora, Egresada de la Universidad del Atlántico; Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar; Candidata a Doctora en Ciencias de la Educación de la Universidad Simón Bolívar; Profesora Investigadora Asociado de la Universidad Simón Bolívar. cclinias5@unisimonbolivar.edu.co. <https://orcid.org/0000-0002-2710-4358>.
- 3 Comunicador Social – periodista; estudiante del Programa de Derecho adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Simón Bolívar. helmut.castiblanco@unisimonbolivar.edu.co, ORCID 0000-0002-1758-0502

RESUMEN

La presente obra se deriva de la tesis de grado denominada: Perspectiva constitucional del derecho a la defensa técnica en el procedimiento ordinario de la Ley 734 de 2002. El objetivo general perseguido con la investigación fue el de: Analizar la constitucionalidad desde el derecho internacional de los derechos humanos del derecho a la defensa técnica en el marco del procedimiento ordinario de la Ley 734 de 2002. Metodológicamente, la investigación se desarrolló a través del empleo del paradigma hermenéutico, el enfoque cualitativo, el método inductivo y la tradición de la teoría fundamentada. Las técnicas de recolección de la data empleadas fueron la observación y el análisis de contenido. El presente capítulo desarrolla uno de los objetivos específicos de la investigación que puntualiza en la constitucionalidad del derecho a la defensa técnica en el procedimiento ordinario dentro del ámbito del código disciplinario único.

Palabras clave: bloque de constitucionalidad, Corte constitucional, derechos humanos, jurisprudencia, seguridad jurídica.

ABSTRACT

This work is derived from the thesis of degree called: constitutional perspective of the right to *technical* defense in the ordinary procedure of law 734 of 2002. The general objective pursued with the investigation was to: Analyze the constitutionality from international human rights law of the right to *technical* defense in the *framework* of the ordinary procedure of the law 734 of 2002. Methodologically, the investigation was developed through the use of the hermeneutical paradigm, the qualitative approach, the inductive method and the tradition of the grounded theory. The data collection techniques used were observation and content analysis. This chapter develops one of the specific objectives of the investigation that points out the constitutionality of the right to *technical* defense in the ordinary procedure within the scope of the single disciplinary code

Keywords: constitutionality block, Constitutional court, human rights, jurisprudence, legal security.

INTRODUCCIÓN

El derecho disciplinario es una rama del derecho público, cuyo objeto es asegurar la obediencia, la disciplina, el comportamiento ético, la moralidad, la eficiencia de los servidores públicos, la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la Función Pública con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a cargo del Estado. Para ello, el ordenamiento jurídico cuenta con una serie de normas que permiten lograr tal cometido, como es el caso de la Ley 734 de 2002 -Código Disciplinario Único-, la cual se mostró como una gran novedad frente a las anteriores leyes que regulaban este campo.

Con esta ley, se erradica en el campo del derecho disciplinario la responsabilidad objetiva, así como, se detallan con más precisión las faltas en que podría incurrir un servidor público con ocasión a las funciones que su cargo le radica. A su vez, emplea los procedimientos que en virtud de ella se garantizarían para el sujeto disciplinable en las distintas etapas procesales.

Sobre este punto, bajo el procedimiento ordinario que establece la Ley 734 de 2002, se permite que el sujeto disciplinable cuente como en cualquier otro proceso, de un defensor escogido a su libre arbitrio y, a partir de la formulación del pliego de cargos, en caso de no tenerlo, se le designaría un defensor público a cargo de la defensoría del pueblo con el fin de garantizar las garantías judiciales del procesado. Sin perjuicio de lo anterior, la citada ley dejó un vacío que hoy en día es de notable preocupación por servidores públicos que están siendo investigados, así como de aquellos que por las circunstancias temporales ya cuentan con sanción disciplinaria.

El vacío legislativo aludido, viene dado por violación a garantías del debido proceso dentro del procedimiento ordinario y, en específico,

hace relación al derecho de defensa técnica oficiosa en los eventos en los cuales el sujeto disciplinable, no ha designado un defensor de confianza ni ha ejercido defensa material, pese a estar presente en las diligencias que contra él se adelanten en la etapa de la “investigación disciplinaria. En el evento en comento, desde la expedición de la Ley 734 de 2002, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia validó el hecho de que no contar con defensor oficioso en la etapa de investigación disciplinaria, no era causal de violación del debido proceso dada la inaplicabilidad total de los principios del derecho penal al campo sancionatorio; posición esta que, desde la normatividad internacional de los derechos humanos es violatoria del debido proceso que debe tenerse en las instancias procesales y del desconocimiento en la aplicación del adecuado Control de Convencionalidad.

Explicado lo anterior, el presente ensayo abordará la problemática del derecho a la defensa técnica oficiosa en la etapa de investigación previa en el ámbito de la Ley 734 de 2002, partiendo inicialmente de considerar: I.) Consideraciones generales del procedimiento ordinario de la Ley 734 de 2002, II.) La importancia del debido proceso, III.) El alcance de la teoría del bloque de constitucionalidad, IV.) Las garantías judiciales en el Pacto de San José, V.) La aplicación del Control de Convencionalidad en la Ley 734 de 2002 y, por último, VI.) El derecho a la defensa técnica en la Ley 734 de 2002: Vacío normativo.

1. ESTADO DEL ARTE

1.1. Consideraciones generales del procedimiento ordinario de la Ley 734 de 2002

El Título IX de la Ley 734 de 2002 se denomina Procedimiento Ordinario. Dicho Título se divide en cinco capítulos así:

- a. Indagación preliminar
- b. Investigación disciplinaria

- c. Evaluación de la investigación disciplinaria
- d. Descargos, pruebas y fallo
- e. Segunda instancia

El primero de estos capítulos establece la llamada indagación preliminar, la cual es una etapa del procedimiento ordinario de carácter facultativa y/o discrecional, en atención a que solo puede aperturarse en caso de duda en abrir investigación disciplinaria por la falta de la individualización del posible autor de la falta disciplinaria. Con la indagación preliminar se busca verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad. Esta etapa, en los casos en que no haya identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria, puede perdurar por el término necesario para cumplir su objetivo; pero en los demás casos, su duración no puede exceder de seis meses. No obstante ello, cuando se trate de investigaciones por violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, el término de indagación preliminar puede durar hasta doce meses. En todo caso, se aclara que la indagación preliminar no puede extenderse a hechos distintos del que fue objeto de denuncia, queja o iniciación oficiosa y los que le sean conexos.

Por su parte, la investigación disciplinaria que resulta procedente cuando se identifique al posible autor o autores de la falta disciplinaria, tiene como fin verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria, esclarecer los motivos determinantes, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se cometió, el perjuicio causado a la administración pública con la falta, y la responsabilidad disciplinaria del investigado.

Una vez se ordene la apertura de la investigación disciplinaria, esta debe ser notificada al investigado y, en dicha notificación, se le debe

informar al investigado que tiene derecho a designar defensor. En esta etapa, el investigado a través de su defensor puede solicitar práctica de pruebas, presentar alegatos y ejercer otro tipo de actuaciones procesales. Sin duda alguna, esta etapa es de vital importancia para el investigado ya que en ella, el funcionario investigador debe evaluar el mérito de las pruebas recaudadas y decidir si formulará pliego de cargos contra el investigado u ordenará el archivo de la actuación, según corresponda. En otras palabras, de lo actuado en esta etapa depende que al investigado le formulen pliego de cargos y con ello, se siga un procedimiento de orden sancionatorio en su contra.

De formularse el pliego de cargos, la norma establece que este debe notificarse personalmente al procesado o a su apoderado en caso de tenerlo y, si dentro de los cinco días hábiles siguientes a la comunicación no se ha presentado el procesado o su defensor, si lo tuviere, se procederá a designar defensor de oficio con quien se surtirá la notificación personal. Es de resaltarse que una vez se notifica el pliego de cargos, el expediente del proceso queda en la Secretaría de la oficina de conocimiento, por el término de diez días, a disposición de los sujetos procesales, quienes tendrán la facultad de aportar y solicitar pruebas y presentar descargos.

Nótese que de lo descrito hasta este momento, existen dos oportunidades vitales en las cuales el investigado puede ejercer plenamente su derecho de defensa para solicitar práctica de pruebas y exponer sus alegatos, esto es, en la etapa de la investigación disciplinaria y en la etapa de formulación y notificación del pliego de cargos. Sin embargo, a diferencia de la etapa de formulación y notificación del pliego de cargos, en la etapa de investigación disciplinaria, al investigado no se le designa defensor de oficio en caso de no tener defensor de confianza para el adecuado ejercicio de la defensa técnica, cuestión esta que a nuestro parecer es violatoria del debido proceso, ya que dependiendo

de la defensa que se haga en la etapa de la investigación disciplinaria se desprende la formulación o no de pliego de cargos. Súmesele a ello que, el funcionario investigador de la causa es quien decide sobre la imposición o no de la falta disciplinaria en primera instancia. En otras palabras, el funcionario investigador es quien de ser necesario, apertura la indagación preliminar, de ser procedente apertura la investigación disciplinaria, de cumplirse los requisitos de ley formula pliego de cargos y si lo decide, impone sanción disciplinaria.

Los motivos expuestos ponen de relieve un problema jurídico que requiere de gran atención, al observarse la violación de garantías constitucionales, como lo es el debido proceso desde la esfera de la defensa técnica oficiosa.

1.2. El derecho fundamental al debido proceso

El derecho fundamental al debido proceso que se haya en nuestro artículo 29 superior, ha sido entendido por nuestra Corte Constitucional como la regulación jurídica que de manera previa limita y sujeta a todos los poderes del Estado, en especial, a las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental (Corte Constitucional de Colombia [CCCO], 2004a), estableciendo las garantías de protección de los derechos e intereses de los individuos, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley (CCCO, 2006b). En este sentido, el derecho al debido proceso en las actuaciones judiciales, exige que todo procedimiento previsto en la ley, se adecúe a las reglas básicas derivadas del artículo 29 de la Constitución, so pena de vulnerar los derechos fundamentales de los sujetos procesales y de alterar las reglas mínimas de convivencia social fundadas en los postulados del Estado Social de Derecho (CCCO, 2002c).

En virtud de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha insistido en que el cumplimiento de las formas propias del juicio, no debe entenderse como una simple sucesión de formas, requisitos y términos, sino que, se requiere comprender su verdadero sentido vinculado de manera inescindible con el respeto y efectividad de los derechos fundamentales. Por ello, su cumplimiento debe revelar a cada paso el propósito de protección y realización del derecho material de las personas (CCCO, 2001d). En ese estado de cosas, el derecho fundamental al debido proceso se consagra constitucionalmente como la garantía que tiene toda persona a un proceso justo y adecuado, esto es, que en el momento en que el Estado pretenda comprometer o privar a alguien de un bien jurídico, no puede hacerlo sacrificando o suspendiendo derechos fundamentales. Ello por cuanto, el debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda legítimamente imponer sanciones, cargas o castigos; constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no solo una obligación exigida a los juicios criminales (CCCO, 2001e).

Entre las garantías mínimas objeto de protección que consagra el artículo 29 de la Constitución Política, se puede encontrar entre otras, el derecho a la defensa, el cual comprende a su vez el derecho que tiene toda persona a la asistencia de un abogado escogido por el interesado, o de oficio, a cargo del Estado (CCCO, 2005f). Esta faceta del derecho de defensa, permite que la persona involucrada en procedimientos judiciales y administrativos, cuente con una defensa especializada idónea y plena a través de un profesional del Derecho, de quien se presume que tiene los conocimientos y la experiencia suficientes para controvertir los cargos del Estado y participar en el desarrollo del proceso, frente a funcionarios judiciales que por la naturaleza de sus funciones y por exigencia legal, tienen dicho rango profesional (CCCO, 2004g).

En ese sentido, en nuestros sistemas procesales el derecho a la defensa técnica se materializa, bien sea con el nombramiento de un abogado defensor de confianza designado por el procesado, o bien a través de la asignación de un defensor público proporcionado directamente por el Estado a través del Sistema Nacional de Defensoría Pública, de quienes se exige en todos los casos, en consideración a su habilidad para utilizar con propiedad los medios e instrumentos de defensa previamente instituidos, adelantar una actuación diligente y eficaz, dirigida a asegurar no solo el respeto por las garantías del procesado, sino también a que las decisiones proferidas en el curso del proceso se encuentren ajustadas a derecho (CCCO, 2011h).

En cuanto a este punto se refiere, no se olvida que la Ley 734 de 2002 restringe la figura de la defensa técnica oficiosa en la etapa de investigación disciplinaria que se surte en el procedimiento ordinario, es más, no se desconoce que la Corte Constitucional de Colombia (2003i) al referirse a la figura de la defensa técnica oficiosa en la citada ley, fue del criterio que el derecho a la defensa técnica solo era aplicable en actuaciones de carácter penal y que en otro tipo de procedimientos tenía un carácter facultativo.

En la misma oportunidad, se señaló que el derecho a la defensa técnica no estaba constitucionalmente ordenado en el campo del derecho sancionatorio disciplinario, razón por la cual consideró declarar exequible la expresión *si lo tuviere* del inciso 3° del artículo 165 del código disciplinario único.

Sin perjuicio de lo anterior y, en atención a la naturaleza del proceso disciplinario sancionatorio, es importante recalcar que la Corte Constitucional (2007j) fue variando su posición al respecto. Para tal efecto, en la Sentencia T-330 señaló que al ser el derecho disciplinario una modalidad de derecho sancionatorio, los principios del derecho penal

son aplicables en este campo atendiendo sus características particulares y, en consecuencia, en materia disciplinaria tienen vigencia las garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada, que tienen como propósitos el respeto de los derechos fundamentales del individuo investigado y el control para que la potestad sancionatoria del Estado se realice escrupulosamente dentro del marco de sus competencias legales y constitucionales.

Razón por la cual, el mismo tribunal (2009k; 2012l) señaló que si bien es claro que la figura del derecho a la defensa técnica se proyecta con mayor intensidad y adquiere mayor relevancia en el escenario del proceso penal, ello no era obstáculo para que en otro tipo de actuaciones judiciales o administrativas en donde se impongan limitaciones a otros derechos, no se debiera también garantizar de manera adecuada el derecho de defensa, en particular, cuando se está en el campo del derecho sancionatorio.

1.3. El Bloque de Constitucionalidad en la jurisprudencia constitucional

Las consideraciones anteriores cobran mayor trascendencia al observarse que existen tratados internacionales en materia de derechos humanos, que establecen el derecho de toda persona a contar en las instancias judiciales con defensor de oficio proporcionado por el Estado y, que de conformidad con el artículo 93 superior, existe el deber de interpretar los derechos y deberes consagrados en la Constitución Política de 1991 al tenor de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, por cuanto estos prevalecen en el orden interno.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional en Sentencias como las C-370 y C-588 (CCCO, 2006m; 2012n), afirmó que las autoridades están en la obligación constitucional de incorporar en los casos particulares

que así lo requieran, las directrices de los estándares internacionales conforme a lo previsto en el inciso segundo del artículo 93 Superior; y para hacerlo, no se requiere de una manifestación o autorización expresa del legislador, motivo por el cual aunque la norma legal no aluda a la hermenéutica jurídica no puede seguirse que exista una omisión legislativa relativa en la misma. Como consecuencia de ello, las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos adquieren por vía de pleno de derecho rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, cuestión que permite que en materia de derecho disciplinario se apliquen las disposiciones más favorables en materia de garantías judiciales con el fin de guardar la estricta armonía constitucional, y lograr el respeto debido de los derechos del procesado.

En otras palabras, la vinculatoriedad de las normas internacionales en materia de derechos humanos que ha ratificado el Estado colombiano, viene dada porque estas forman el llamado Bloque de Constitucionalidad, del cual la jurisprudencia ha entendido como el conjunto de normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros de control de constitucionalidad de las leyes por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato de la Constitución (CCCO, 1992o; 1992p; 1995q).

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario aclarar que no todos los tratados de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad, toda vez que la Corte Constitucional ha dejado sentado que salvo remisión expresa de normas superiores (CCCO, 1997r), únicamente constituyen parámetros para el ejercicio del control de constitucionalidad aquellos convenios internacionales que satisfagan los presupuestos del artículo 93 de la Constitución Política, en cuanto i) hubieren sido ratificados por el Congreso, ii) reconocen derechos humanos y, iii) se prohíba su limitación en los estados de excepción, los cuales prevale-

cerán en el orden interno. Una vez el tratado cumpla con esos requisitos, entra a formar parte del bloque de constitucionalidad en *strictu sensu*, conllevando ello a que el control de constitucionalidad, la interpretación de los derechos contemplados en nuestra Constitución Política y nuestras leyes no se realice únicamente frente al texto formal de la Constitución Política, sino también, respecto de otras disposiciones que tienen jerarquía constitucional, como es el caso de los tratados de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto (CCCO, 2005f).

Bajo esos parámetros, la Corte Constitucional (2003s), puntualizó que el solo hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional, hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones. Así como el preámbulo, los principios, valores y reglas constitucionales son obligatorios y de forzoso cumplimiento en el orden interno, las normas del bloque de constitucionalidad son fuente de derecho obligatoria para todos los asociados (CCCO, 2006t). Aunado a ello, las normas del bloque operan como disposiciones básicas que reflejan los valores y principios fundacionales del Estado y también regulan la producción de las demás normas del ordenamiento doméstico. Dado el rango constitucional que les confiere la Carta, las disposiciones que integran el bloque superior cumplen una cuádruple finalidad, a saber:

1. Servir de regla de interpretación respecto de las dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación;
2. La de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso;
3. La de orientar las funciones del operador jurídico, y
4. la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas.

1.4. Las garantías judiciales en el Pacto de San José

Dentro de la gama de tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado colombiano y, que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad en *strictu sensu*, se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la cual se observa que existen una serie de garantías judiciales a favor de los procesados en cualquier tipo de actuación sea judicial o administrativa, no susceptible de mayor limitación y/o suspensión por la legislación estatal.

El artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho a las garantías judiciales y en él establece que:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Seguidamente el artículo 8.2. Literal “e” señala:

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- e.) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.

Una interpretación exegética de la norma en comento, haría ver erradamente que las garantías judiciales que establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8.2, solo resultan aplicables a personas que se encuentran inmersas en asuntos de índole penal. Para dilucidar el espíritu de tal norma, es menester remitirse a la jurisprudencia que sobre dicho artículo ha realizado el intérprete oficial de la Convención Americana, esta es, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el Caso Paniagua Morales y Otros vs. Guatemala, así como en el caso del Tribunal Constitucional vs. Perú y, en la opinión consultiva No. 11 de 1990, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, 1998a; 2001b; 1990c) estableció que, a pesar de que el artículo 8.2 de la Convención Americana, no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, las garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del mismo precepto se aplican también a esos órdenes y, por ende, en estos el individuo tiene derecho al debido proceso en los términos reconocidos para la materia penal. Máxime, cuando ha sido reconocido que tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana, para así poder defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos (Corte IDH, 2001d).

Para llegar a esa conclusión se tuvo en cuenta factores como las circunstancias del procedimiento, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular. Posteriormente, en una explicación de los literales d) y e) del artículo 8.2 de la Convención, la Corte Intera-

mericana (2004e) precisó que un inculpado puede en cualquier tipo de actuación judicial que se adelante en su contra:

1. Defenderse personalmente, si la legislación interna se lo permite o,
2. Designar un abogado de su elección si el inculpado no quiere o no puede hacer su defensa personalmente,
3. En los casos en que el inculpado no se defiende a sí mismo o no nombra defensor dentro del plazo establecido por la ley, el inculpado tiene el derecho irrenunciable de que el Estado le proporcione un defensor público de manera oficiosa, que será remunerado o no según lo establezca la legislación interna.

Bajo esa misma línea, en los casos *Chaparro Álvarez y Lapo Iñíguez Vs. Ecuador* y *Vélez Loor Vs. Panamá*, se pronunció, reafirmando que la asistencia letrada suministrada por el Estado debe ser efectiva en cualquier etapa de un procedimiento que se adelante contra una persona, razón por la cual se deben adoptar medidas adecuadas encaminadas a garantizar la defensa técnica oficiosa (Corte IDH, 2010f; 2007g).

Por otra parte en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, la Corte Interamericana (2010h) señaló que:

El derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona; el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, ya que el impedir o no garantizar a este contar con la asistencia de un abogado defensor de confianza o designado de oficio, es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo

De lo expuesto se colige que, de conformidad con los estándares internacionales en materia de derechos humanos que impone el Pacto de San José en su artículo 8.2.e, y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la defensa técnica a cargo del Estado no puede ser limitable ni suspendido por la legislación interna por motivo alguno, ya que de hacerlo, se atentaría abiertamente contra el tratado contraviniendo con ello la obligación que imponen los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1.5. Aplicación del Control de Convencionalidad

Ahora bien, los pronunciamientos de la Corte Interamericana aplicados al objeto de estudio en el presente trabajo, se tornan vinculantes para la materia sub examine atendiendo a tres razones:

La primera, porque la Corte Constitucional (**2000U**; **2011V**; **2012W**) ha sido del criterio que:

Con ocasión a que la Constitución Política 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. Asimismo, la Corte Constitucional ha sido del criterio que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es un criterio relevante, porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales a su vez, resultan relevantes al examinar la constitucionalidad de disposiciones de rango legal al hacer parte del bloque de constitucionalidad.

En otras palabras, los estándares y reglas fijados por las Cortes Internacionales, deben ser tenidos en cuenta no tanto porque así lo reconozca el Legislador, sino, porque así lo impone la estructura de nuestro ordenamiento jurídico al consagrarlo el artículo 93 de la Carta, y por cuanto fungen como mecanismo tutelar del cual emana la guía para delimitar la normatividad y la aplicación concreta de sus preceptos.

La segunda razón, en virtud del auge que ha tomado en nuestro país así como en otros, la figura del Control de Convencionalidad, el cual es una exigencia propia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aplicada al derecho nacional. Esta figura empleada frecuentemente por el Consejo de Estado de Colombia (CE, 2013), pero nacida en el seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006i; 2006j; 2010h; 2011k) expone que:

Los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. El Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho el respectivo tribunal.

Posteriormente se agregó que el control de convencionalidad recae en todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención Americana. (Corte IDH, 2012l)

La tercera, basada en la interpretación *pro personae* que resulta exigible de cualquier derecho en virtud del artículo 93 superior.

1.6. El derecho a la defensa técnica en la Ley 734 de 2002: Vacío normativo

De conformidad con el texto de la Ley 734 de 2002, el servidor público que se halle en medio de un proceso ordinario de índole disciplinaria, tiene derecho a la defensa técnica. Ello, se observa en el inciso primero del artículo 155 que señala:

Notificación de la iniciación de la investigación. (Modificado por el Art. 236, Decreto Nacional 019 de 2012) Iniciada la investigación disciplinaria se notificará al investigado y se dejará constancia en el expediente respectivo. En la comunicación se debe informar al investigado que tiene derecho a designar defensor.

Se deja salvedad que el resto de dicho artículo, ni de ningún otro respecto a la etapa de la investigación disciplinaria, establecen el derecho del investigado de contar la asignación con defensor de oficio en caso de no tener un defensor de confianza.

Por su parte el artículo 165 establece:

Notificación del pliego de cargos y oportunidad de variación. El pliego de cargos se notificará personalmente al procesado o a su apoderado si lo tuviere.

Para el efecto inmediatamente se librá comunicación y se surtirá con el primero que se presente.

Si dentro de los cinco días hábiles siguientes a la comunicación no se ha presentado el procesado o su defensor, si lo tuviere, se procederá a designar defensor de oficio con quien se surtirá la notificación personal.

El artículo 166 reza:

Término para presentar descargos. Notificado el pliego de cargos, el expediente quedará en la Secretaría de la oficina de conocimiento, por el término de diez días, a disposición de los sujetos procesales, quienes podrán aportar y solicitar pruebas. Dentro del mismo término, el investigado o su defensor, podrán presentar sus descargos.

De lo expuesto se observa que, en la etapa de investigación disciplinaria al investigado no le asiste la posibilidad que se consagra en la etapa de formulación de pliego de cargos, esto es, de contar con un defensor de oficio en caso de no contar con un defensor de confianza. Sin perjuicio de lo anterior y, para realizar una interpretación de conformidad con los principios rectores de la Ley 734 de 2002, se trae a colación el artículo 17 de la norma en comento que señala:

Derecho a la defensa. Durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciera se designará defensor de oficio, que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente.

De ella se puede subrayar que solo prevé la figura de la defensa técnica en los siguientes eventos:

- a. Cuando el investigado y/o procesado designa a un defensor de confianza y así lo solicita;
- b. Cuando el procesado es juzgado como persona ausente y es representado a través de su apoderado judicial y,
- c. Cuando el procesado es juzgado como persona ausente y no es representado a través apoderado judicial designado por él; caso en el cual se le designa defensor de oficio.

No obstante lo anterior, nada dice la norma respecto a la defensa técnica en los eventos en que el procesado no ejerce defensa material, no cuenta con un defensor y no es juzgado en ausencia.

Constatada la omisión legislativa relativa que contiene la norma, en cuanto a disponer de otorgar un defensor de oficio en el evento ya descrito, es menester que el vacío legislativo que existe sea suplido acudiendo la normatividad internacional, en específico, a la garantía que establece el artículo 8 numeral 2 literal “e” de la Convención Americana, que si brinda una solución a estos eventos y, que se traduce, en el derecho irrenunciable que le asiste al inculpado de contar con un defensor proporcionado por el Estado, si no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; cuestión última, vinculable por la Ley 734 de 2002, el artículo 93 superior y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En efecto el artículo **21 de la ley 734 de 2002 reza:**

En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Proce-

dimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario.

Lo anterior se torna relevante atendiendo a una interpretación *pro personae*, del derecho a la defensa técnica, que en voz de la Corte Constitucional de Colombia se traduce en que:

En virtud del principio *Pacta Sunt Servanda*, las normas de derecho interno deben ser interpretadas de manera que armonicen con las obligaciones internacionales del Estado Colombiano (CP Art. 9), tal y como esta Corte lo ha señalado, entonces entre dos interpretaciones posibles de una norma debe preferirse aquella que armonice con los tratados ratificados por Colombia (Ver: Sentencias C-400 de 1998, fundamentos 40 y 48, y Sentencia C-358 de 1997, Fundamento 15.5). Esto es aún más claro en materia de derechos constitucionales, puesto que la Carta expresamente establece que estos deben ser interpretados de conformidad con los tratados ratificados por Colombia (CP Art. 93), por lo que entre dos interpretaciones posibles de una disposición constitucional relativa a derechos de la persona, debe preferirse aquella que mejor armonice con los tratados de derechos humanos, dentro del respeto del principio de favorabilidad o *pro hominem*, según el cual, deben privilegiarse aquellas hermenéuticas que sean más favorables a la vigencia de los derechos de la persona.

Como colorario de lo anterior, del artículo 29 literal “a” de la Convención Americana se desprende que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

En estadio de cosas y, de conformidad con lo expuesto, la normativa Convencional se muestra como necesaria para suplir el vacío legislativo aludido, ya que el no contar con una defensa técnica en el caso aquí exhibido, no solo conlleva a demostrar una flagrante violación al debido proceso, sino que, conlleva a limitar los derechos que el Pacto de San José consagra; cuestión contraria en todo caso, al texto de nuestra Constitución Política y de los principios del derecho internacional.

2. MÉTODO

En el desarrollo de la presente investigación se implementó el paradigma hermenéutico, caracterizado por ser un método dialéctico que al ser incorporado en la investigación, generó un permanente proceso de apertura y reconocimiento entre texto y lector que se funden en el discurso. A lo cual Ricoeur (1998) sostiene que:

En la medida que el acto de leer es la contraparte del acto de escribir, la dialéctica del acontecimiento y el sentido tan esencial a la estructura del discurso; por lo cual genera en la lectura una dialéctica correlativa entre el acto de entender o la comprensión y la explicación. (p.83)

Seguidamente, el enfoque estructurado fue el cualitativo considerado como una metodología de investigación que facilitó la comprensión de las problemáticas jurídico sociales desde la perspectiva de quienes las han vivido.

Al respecto Sandín (2003), expresa que

La investigación cualitativa es una actividad sistemática orientada a la comprensión en profundidad de fenómenos educativos y sociales, a la transformación de prácticas y escenarios socioeducativos, a la toma de decisiones y también

hacia el descubrimiento y desarrollo de un cuerpo organizado de conocimientos. (p.258)

Finalmente, el diseño seleccionado en el estudio realizado, fue la teoría fundamentada considerando que es un diseño metodológico que pretende generar teorías que expliquen un fenómeno desde la interpretación, más que de la descripción de la realidad social. En otras palabras “es una Metodología General para desarrollar teoría a partir de datos que son sistemáticamente capturados y analizados; es una forma de pensar acerca de los datos y poderlos conceptualizar”. (Sandoval, 1997, p.71).

3. DISCUSIONES Y CONCLUSIONES

En el procedimiento ordinario que regula la Ley 734 de 2002, existen dos oportunidades vitales en las cuales el investigado puede ejercer plenamente su derecho de defensa para solicitar práctica de pruebas y exponer sus alegatos, esto es, en la etapa de la investigación disciplinaria y en la etapa de formulación y notificación del pliego de cargos. Sin embargo, a diferencia de la etapa de formulación y notificación del pliego de cargos, en la etapa de investigación disciplinaria, al investigado no se le designa defensor de oficio en caso de no tener defensor de confianza para el adecuado ejercicio de la defensa técnica, cuestión esta que a nuestro parecer es violatoria del debido proceso, ya que dependiendo de la defensa que se haga en la etapa de la investigación disciplinaria se desprende la formulación o no de pliego de cargos.

Constatada la omisión legislativa relativa que contiene la norma, en cuanto a disponer de otorgar un defensor de oficio en el evento ya descrito, es menester que el vacío legislativo que existe sea suplido acudiendo la normatividad internacional, en específico, a la garantía que establece el artículo 8 numeral 2 literal “e” de la Convención Americana, que si brinda una solución a estos eventos y, que se traduce, en el derecho irrenunciable que le asiste al inculpado de contar con un defensor proporcionado

por el Estado, si no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; cuestión última, vinculable por la Ley 734 de 2002, el artículo 93 superior y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por ende, la normativa Convencional se muestra como necesaria para suplir el vacío legislativo aludido, ya que el no contar con una defensa técnica en el caso aquí exhibido, no solo conlleva a demostrar una flagrante violación al debido proceso, sino que, conlleva a limitar los derechos que el Pacto de San José consagra; cuestión contraria en todo caso, al texto de nuestra Constitución Política y de los principios del derecho internacional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- e: 05001-23-31-000-1997-01368-01 (27289). Magistrado Ponente: Dr. Enrique Gil Botero.
- Corte Constitucional de Colombia. (1995q). Sentencia C-225. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente: L.A.T 040.
- Corte Constitucional de Colombia. (2000u). Sentencia C-010 de 19 de enero. Expediente: D-2431. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional de Colombia. (2009k). Sentencia C-025 de 27 de enero. Expediente: D-7226. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia. (2003s). Sentencia C-067 de 4 de febrero. Expediente: D-4111. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional de Colombia. (2004g) Sentencia C-152 de 24 de febrero. Expediente: D-4863. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional de Colombia. (2004a). Sentencia C-154 de 24 de febrero. Expediente: D-4733. Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional de Colombia. (2006t). Sentencia C-187 de 15 de marzo. Expediente: P. E 025. Magistrado Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández
- Corte Constitucional de Colombia. (2012l). Sentencia C-315 de 4 de mayo. Expediente: D-8694. Magistrado Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional de Colombia. (2003i). Sentencia C-328 de 29 de abril. Expediente: D-4224. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinoza.

- Corte Constitucional de Colombia. (1997r). Sentencia C-358 de 5 de agosto. Expediente: D-1445. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia. (2006m). Sentencia C-370 de 18 de mayo. Expediente: D-6032. Magistrados Ponentes: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Dr. Jaime Córdoba Triviño, Dr. Rodrigo Escobar Gil, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, Dr. Alvaro Tafur Galvis, Dra. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011v). Sentencia C-442. Expediente: D-8295. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional de Colombia. (2006b). Sentencia C-471. Expediente: D-5929. Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional de Colombia. (1992p). Sentencia C-574. Magistrado ponente: Dr. Ciro Angárta Barón. Expediente: AC/TI 06.
- Corte Constitucional de Colombia. (2012n). Sentencia C-588. Expediente: D-8864. Magistrado Ponente: Dr. Mauricio Gonzales Cuervo.
- Corte Constitucional de Colombia. (2002c). Sentencia C-641. Expediente: D-3865. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia. (2012w). Sentencia C-715. Expediente: D-8963. Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional de Colombia. (2005f). Sentencia C-782. Expediente: D-5515. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional de Colombia. (2001d). Sentencia T-1263. Expediente: T-459069. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional de Colombia. (2001e). Sentencia T-188. Expediente: T-361.741. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia. (2007j). Sentencia T-330. Expediente: T-1524734. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011h). Sentencia T-383. Expediente: T-2927078. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Constitucional de Colombia. (19920). Sentencia T-409 de 1992. Magistrado ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente. 125.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006i) Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010h). Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001b). Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. (2010f). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. (2007g). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001d). Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006j). Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1998a) Caso Paniagua Morales y Otros Vs. Guatemala. Fondo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004e). Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. (2011k). Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012l). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1990c). Opinión Consultiva No. 11. Ricoeur, P. (1998). La teoría de la interpretación. Discurso y excedente de sentido. Madrid: Ed. Siglo XXI
- Sandín Esteban, M^a Paz (2003). Investigación Cualitativa en Educación. Fundamentos y Tradiciones. Madrid. McGraw-Hill Interamericana.
- Sandoval, C. A. (agosto de 1997). Investigación cualitativa. Programa de especialización en teoría, métodos y técnicas de investigación social. Medellín.