ISSN: 2357 - 5247

CONTACTO IUS

Jurisdicción Contencioso Administrativa del Quindío

Octubre/2021 - EDICIÓN: 009

Concepto Gráfico:

Partiendo del concepto para el año 2021, Los Recolectores De Café, se hizo un recorrido por diversas zonas del Quindío, como Filandia, Quimbaya y Barcelona, por nombrar algunos, esto con el fin de poder retratar a los cientos de personas que realizan esta hermosa labor de recolección y que con sus manos toman y desgranan cada planta de Café.

Gráficamente la revista contará con fotografías y texturas relacionadas con esta labor, podremos observar el proceso de recolección, paisajes donde primará el café, esos surcos por donde nuestros recolectores día a día pasan sus jornadas de trabajo.

Cada página contará con un recolector diferente, esto lo podremos ir viendo a través de su vestimenta, debido a que muchos de ellos por no decir en su mayoría prefirieron manejar un bajo perfil, en el sentido de que no quieren ser vistos en público y por lo tanto se respetará parte de su identidad.

Las páginas estarán acompañadas por todo lo que hace parte de un cultivo de café y quienes lo recolectan, observaremos, desde la chapola, la planta ya germinada en su sustrato/semillero, el colino antes de su trasplante a la tierra, luego la planta en su proceso de crecimiento y finalmente al recolector en su labor.

En el índice observaremos la anatomía de una planta de café y de cada café se desprenderá uno a uno los artículos.

En el ámbito de la colorimetría, veremos tonos en escalas de verdes, acompañados por los vistosos colores de las prendas de los recolectores, y cafetos de colores amarillos y rojos con los que cuenta la planta, tonos algo oscuros en algunas páginas, que, por concepto, se ve como la tierra que cubre las manos del recolector al realizar su labor, esto con el fin de dar claridad y visibilidad a los textos publicados en la revista.

Además, el paginado o nomenclatura de las páginas estará acompañado de una gráfica de lo que serían las manos del recolector, con un gran grano de fase donde ira cada número.

En cuanto a la portada, se quiso mostrar un retrato de aquellos que con sus manos, logran que podamos disfrutar a diario de una deliciosa taza de café.

Yony Alejandro Cortaza - Diseñador

DIRECTOR
Luis Javier Rosero Villota

CONSEJO EDITORIAL
Luis Javier Rosero Villota
Claudia Milena Vélez Ortiz

CORRECTOR DE ESTILO
Fabián Andrés Ardila Tirado

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN
Yony Alejandro Cortaza Rodríguez

LAS OPINIONES EXPRESADAS EN ESTA PUBLICACIÓN SON RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DE SUS AUTORES Y NO COMPROMETE LA POSICIÓN DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA DEL QUINDÍO

Índice
Cafeto

(09)

Facultades presidenciales en estados de emergencia en Colombia: Un análisis desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional
Cristian Evaristo Nieto Cruz

(37)

Democratización de las acciones constitucionales en Colombia
Claudia Milena Vélez Ortiz

(65)

La tutela contra providencias judiciales: Entre la seguridad jurídica y el amparo de los derechos fundamentales
John Libardo Andrade Flórez

(79)

Algunas opacidades de la reforma al CPACA
Juan Carlos Hincapié Mejía

(89)

Nuevos enfoques en el juicio de responsabilidad dentro del medio de control de repetición
Darío Ernesto Martínez Jurado

(107)

Poderes exorbitantes en el contrato estatal y el derecho privado
Juan Fernando Arango Betancur

(119)

Cambios frecuentes en la jurisprudencia como frustración del sistema jurídico
Luis Javier Rosero Villota

(133)

Aproximación al significado real de Derechos Humanos y Justicia
Lemuel Genaro Camilo

(143)

La enseñanza de la ética animal o la inclusión de la consideración moral hacia los animales
Ysis Vélez

(173)

Cuento
Moliendo penas
Daniel Alzate

(1) Estigma (2) Antena (3) Pétalo / Flor (4) Ovario / Cáliz (5) Fruto / Corte transversal (6) Embrión (7) Sección mostrando embrión (8) Grano seco (9) grano maduro (10) Rama planta de café

(10)
(1)
(9)
(2)
(8)
(3)
(5)
(6)
(7)
(4)

EDITORIAL

Nos encontramos editando el número 9 de la Revista Contacto Ius, una publicación que, como bien se conoce, es exclusivamente digital.

En esta ocasión, se incorporan escritos pensados desde el ámbito del derecho constitucional, el derecho administrativo y la filosofía crítica.

En cuanto al primer ámbito, el del derecho constitucional, se aborda un análisis del estado de emergencia en el que se vio abocado el país – como muchos otros Estados, por no decir todos los Estados a nivel mundial – a fin de combatir o controlar la pandemia denominada Covid-19 que, después de un año y medio de su aparición, aún no ha sido superada.

De igual manera, se lleva a cabo un estudio de las acciones constitucionales bajo la óptica del Estado democrático o, la democratización. Se continua con un estudio de la acción de tutela contra providencias judiciales, tema recurrente por parte de los litigantes, que han generado – en criterio de muchos –, la consolidación de una tercera instancia.

Respecto al segundo ámbito – temas de derecho administrativo -, se ponen a consideración ensayos relacionados con: opacidades detectadas en la reforma al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, consolidado en la Ley 2180 de 2021; la propuesta de un nuevo enfoque de la responsabilidad en torno a la acción de repetición; un análisis de los poderes exorbitantes que se pueden generar al interior de los contratos estales y privados; y, una disertación acerca de las consecuencias que generan los cambios frecuentes de jurisprudencia, especialmente, en el ámbito de la jurisdicción contenciosa administrativa.

En cuanto al tercer ámbito – la filosofía crítica -, se incorpora una aproximación al concepto de derechos humanos y justicia. Por otro lado, se da apertura a un tema de debate actual, relacionado con la ética animal, tratado desde el punto de vista filosófico, jurídico y de la educación.

Para finalizar, y siguiendo la línea del perfil de diseño que se escogió para esta ocasión (los recolectores de café), se incorpora un cuento que, de alguna manera, muestra el ambiente propio de esta hermosa, pero ardua tarea que asumen cientos de personas en el eje cafetero colombiano, buscando en ocasiones con ese esfuerzo, simplemente un sustento para vivir, y en otras pocas, liderar un trabajo de muchas manos para obtener y mantener un café excelso, digno de exportación.

Nuestro propósito es alcanzar el próximo año una década de publicaciones, siempre con el acompañamiento de los miembros del Tribunal Administrativo del Quindío. Desde ya, la invitación está abierta para participar en el próximo número, todo en aras de no dejar caer este esfuerzo tan especial.

Facultades presidenciales en estados de emergencia en Colombia: un análisis desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional(1)

Presidential powers in states of emergency in Colombia: an analysis from the jurisprudence of the constitutional court

Cristian Evaristo Nieto Cruz(2)

(1) Artículo científico inédito derivado del proyecto de investigación, elaborado para optar por el título de Especialista en Derecho Procesal, de la Universidad Libre seccional Bogotá.

(2) Abogado egresado de la Universidad La Gran Colombia Armenia, estudiante de la especialización en Derecho Procesal de la Universidad Libre Seccional Bogotá.

RESUMEN

Los Estados de Emergencia en el mundo se han categorizado por otorgar facultades legislativas al poder ejecutivo en situaciones específicas, con la finalidad de propender por la estabilidad y la paz de los Estados; resaltando que en diversas ocasiones se han generado desequilibrios de poder al permitir el uso de estos poderes legislativos al ejecutivo. En razón a lo anterior, por medio del presente artículo se plasmará el resultado de una investigación de índole cualitativo, en donde se realizó un breve análisis de las facultades que se le otorgan al Presidente de la República en Colombia, en el marco de un Estado de Emergencia, conforme las causales contenidas en el artículo 215 de la Constitución Política colombiana. Para estructurar estos resultados dentro del presente artículo, en primer lugar se realizará una breve descripción de la metodología desarrollada en la investigación, posterior a ello, se plasmarán algunas de las definiciones del Estado de Emergencia o derecho de emergencia, luego se hará un breve análisis histórico del Estado de Emergencia dentro de algunas de las constituciones que ha tenido Colombia; en tercer lugar, se estudiarán diferentes providencias jurisprudenciales de la Corte Constitucional en relación al tema, para, finalmente, categorizar los resultados de la presente investigación y posteriormente presentar conclusiones.

PALABRAS CLAVE

Estado de Emergencia, Poder Político, Poder ejecutivo, facultad, presidente, legislativo.

ABSTRACT

The States of Emergency in the world have been categorized by granting legislative powers to the executive branch in specific situations, in order to promote the stability and peace of the States; highlighting that on various occasions imbalances of power have been generated by allowing the use of these legislative powers to the executive. Due to the foregoing, through this article the result of a qualitative investigation will be reflected, where a brief analysis of the powers granted to the President of the Republic in Colombia, within the framework of a State, was carried out. According to the causes contained in article 215 of the Colombian Political Constitution, to structure these results within this article, first a brief description of the methodology developed in the investigation will be made, after that, some of the definitions of the State of Emergency or right of emergency, then there will be a brief historical analysis of the State of Emergency within some of the constitutions that Colombia has had; thirdly, different jurisprudential rulings of the Constitutional Court will be studied in relation to the subject; to finally, categorize the results of the present investigation and later present conclusions.

KEYWORDS

State of Emergency, Political Power, Executive Power, Faculty, President, Legislative.

1. Introducción

El Estado de Emergencia o derecho de emergencia, ha tenido un desarrollo a nivel mundial, pues con el mismo se ha dado la posibilidad a la rama ejecutiva del poder público de legislar, claro está, en situaciones específicas. Esta posibilidad de legislar se basa en la facultad que le ha otorgado el texto constitucional de cada Estado al Gobierno Nacional, de emitir decretos legislativos

(Constitución Política de Colombia, 1991). Es de resaltar que en diversos momentos de la historia, los Estados han usado esta facultad para cometer vejámenes y graves violaciones a los derechos humanos, tal y como ocurrió en Alemania con la constitución de Weimar en 1919 (Sopeya, 2017), y como ocurrió en diversos estados latinoamericanos en el marco de las dictaduras que permearon estos estados (Corte Suprema de Justicia Nacional de Argentina), destacando que en diversas ocasiones, este derecho al estado de emergencia o derecho de emergencia, se ha catalogado como " el desorden ordenado" (Taussing, 1995) pues como se ha presentado en casos europeos y latinoamericanos, él mismo ha brindado facultades interinas que han vulnerado derechos humanos.

Por lo anterior, dentro del presente artículo se plasmarán los resultados de una investigación de índole jurídico, con un enfoque cualitativo que tuvo por objetivo general analizar las facultades presidenciales en Colombia en los estados de emergencia, desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Para dicho desarrollo, se abordaron textos doctrinales, jurisprudenciales y legislativos, los cuales permitieron en primer lugar, vislumbrar el concepto de estado de emergencia en Colombia; ofrecer una mirada histórica y global de los estados de emergencia. Posteriormente, se darán a conocer los casos específicos en que se puede dar aplicabilidad al Estado de Emergencia en Colombia; así mismo, se estudiaron diversos pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional que permitieron conocer la posición del alto tribunal en este sentido, para con ello, presentar como problema jurídico la efectividad de la declaratoria de estado de emergencia en Colombia, en relación a la pandemia coronavirus – covid-19, y, de esta manera obtener como resultado un análisis jurisprudencial y diversas conclusiones acerca de la efectividad de los decretos emitidos por el poder ejecutivo en el marco de la pandemia mencionada, de la prevalencia de los derechos humanos a pesar de la existencia de un estado de emergencia en un Estado, pues, al tratarse de un Estado social de derecho, los derechos pueden llegar a desnaturalizarse o perder parte de su absolutismo y, finalmente, determinar cuál es el acogimiento social de las medidas económicas tomadas por el gobierno nacional para salvaguardar la vida y los diversos derechos fundamentales, que se han visto vulnerados y se siguen vulnerado por la pandemia Covid-19 coronavirus, en parte, por los decretos que ha emitido el gobierno nacional con la excusa de garantizar derechos.

2. Metodología de investigación

La metodología con la que se desarrolló la presente investigación se describe a continuación:

- La presente es una investigación de índole jurídica que tiene como base el análisis teórico de conceptos y diversos pronunciamientos jurisprudenciales.

- El enfoque usado para el desarrollo de la misma fue el cualitativo, pues el mismo se basó en el análisis de conceptos, textos, jurisprudencia, y en general, las doctrinas que dieron pie a la conceptualización y, a las conclusiones que se presentarán en el presente artículo.

- El desarrollo de esta investigación se basó en la recolección de bases de datos teóricas como artículos científicos, leyes, providencias judiciales, y en general documentos contentivos de información relevante para el

tema de estudio.

- Posterior a esta recolección, se analizaron estos documentos, con los cuales se llegaron a las conclusiones del presente artículo resultado de la investigación.

3. Concepto histórico del Estado de Emergencia

El estado de emergencia o derecho de emergencia, se entiende como la posibilidad que se le otorga a la rama ejecutiva para proferir actos administrativos con fuerza de ley, es decir, es la facultad constitucional que tiene el poder ejecutivo para legislar dadas diversas situaciones que ponen en vilo la estadidad social, económica, ecológica, en general, que afectan al interés común de un Estado.

Este estado de emergencia o derecho de emergencia, se ha categorizado a lo largo de la historia del derecho constitucional como un peligro para la supremacía constitucional, pues al facultarse a la rama ejecutiva del poder público para tomar decisiones de índole legislativo que afectan los intereses de la sociedad en general, ha generado desestabilidad y abuso de poder por parte de los facultados; ejemplo claro de lo anterior fue lo ocurrido en Alemania, en donde, por medio del artículo 48 de la Constitución de Weimar, se facultó al Canciller Adolf Hitler para la adopción de decretos legislativos, los cuales le permitieron proclamar el Tercer Reich y con ello, generar el desequilibrio de poderes y las barbaries cometidas en el marco de la Segunda Guerra Mundial (Sopeya, 2017). Así pues, se tiene que, si bien es cierto, el Estado de Emergencia es una situación contenida en la carta política, el mismo puede generar riesgos a la constitución y la prevalencia de los derechos humanos. Es importante traer a colación desde el texto constitucional el artículo 215 que determina:

> *"Artículo 215. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.*
>
> *Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. (...) (Constitución Política de Colombia, 1991)"*

De la definición traída a colación, se tiene que este recurso constitucional sólo es viable o aplicable cuando se trate de emergencias económicas, sociales o ecológicas, y que los decretos que se profieran en el marco del mismo, tendrán fuerza de ley y deberán ser promulgados para contrarrestar la crisis que se encuentra vigente.

En el marco de dicha manifestación constitucional, es relevante resaltar que el Estado de Emergencia, o, como también lo han categorizado algunos doctrinantes, derecho de emergencia, puede poner en riesgo la legitimidad y garantía constitucional, pues en el marco de este estado, en algunas ocasiones, se pueden restringir libertades y ello puede ser visto como un atropello a los Derechos Humanos (Sopeya, 2017)

Es menester tener en cuenta que, como se ha mencionado, los estados de emergencia no se pueden configurar como una herramienta que vulnere los derechos humanos de los administrados, pues a lo largo de la historia, ésta ha sido la mayor deficiencia de la implementación de estos estados, tal y como lo manifestó el Juez Luis María Broffi Boggero *"la ley de emergencia no podría frustrar un derecho constitucional, (…) no estaría habilitada para desconocer un derecho adquirido por la ley o un contrato (…) (Corte Suprema de Justicia Nacional de Argentina)"* sin embargo, se puede presentar la desnaturalización del derecho constitucional dentro de la aplicación de la ley de emergencia.

Así mismo, el doctor Néstor Pedro Sagüés, define el estado de emergencia como: *"(…) un tipo o especie de estado de necesidad. La emergencia caracteriza una situación de necesidad excepcional y transitoria, de índole, pues accidental (Sagüés)".*

Es importante tener en cuenta que, desde la historia del derecho constitucional en Colombia se han evidenciado diversos parámetros para que se presenten estados de emergencia, también llamados a lo largo de las diversas constituciones como estados de sitio o estados de excepción.

De esta manera, la primera constitución de Colombia, que hizo mención a estado de sitio o estado de excepción, específicamente en caso de invasión armada que afectara la seguridad y la paz del estado, se facultó al presidente para tener atribuciones no propias del cargo, sólo con el fin de garantizar la estabilidad del estado, fue en la Constitución de 1821, específicamente en su artículo 128 (Samper, 2010).

Posterior a ello, por medio de la Constitución de 1832, se facultó al Gobierno Nacional para convocar al Congreso de la República o al Consejo de Estado, en ausencia del primero, para que se le otorgaran facultades excepcionales, en el marco de un estado de emergencia, estado de sitio o estado de excepción.

A lo largo del siglo XIX, Colombia tuvo un sin número de constituciones, dentro de las cuales sólo se rescatan unas pocas, tales como la constitución de 1885 y la de 1886, en las que se reglamentó el estado de sitio, y las facultades que se le atribuirían a la rama ejecutiva del poder público (Samper, 2010).

Es importante tener en cuenta que este concepto tiene diferentes vertientes, entre ellas, aquellas en las que se le ha catalogado como un desorden ordenado, pues debido a una emergencia, en este caso sanitaria, la rama ejecutiva adquiere capacidades legislativas para ¨ordenar¨ la situación (Taussing, 1995).

En el marco del último concepto mencionado, cabe resaltar que, en Colombia, en el siglo XX, los gobiernos hicieron un uso excesivo del estado de excepción, ejemplo de ello, es la comisión de crímenes, violaciones a los derechos humanos, entre otras conductas lesivas a la democracia y al estado de derecho, como fue el caso del Estatuto de Seguridad Nacional, por medio del cual se fomentaron torturas, desapariciones forzadas y detenciones, por parte de agentes del Estado (Romero, 2015).

A pesar de aquellos tenues intentos de implementación del derecho de emergencia o estado de emergencia, no fue sino hasta la constitución política de 1991, en donde la Asamblea Nacional Constituyente reguló y categorizó los Estados de excepción en tres:

guerra exterior, conmoción interior y estado de emergencia social, económica y ecológica; resaltando que cada uno de ellos cuenta con directrices similares pero diferentes.

Para el caso de estudio, los estados de emergencia, como se ha mencionado con anterioridad se encuentran contenidos en el artículo 215 de la Constitución Política de Colombia, en donde se deja claro que existen 4 causales específicas para la declaratoria del estado de emergencia: económica, social, ecológica y por grave calamidad pública (Samper, 2010).

De esta manera se tiene que, en la actualidad, el Gobierno Nacional colombiano haciendo uso de las facultades contenidas en el artículo 215 constitucional, declaró el estado de emergencia económica, ecológica y social por la pandemia de Coronavirus Covid-19, en vista de ello, la Corte Constitucional ha realizado control constitucional de varios de los derechos con fuerza de ley que ha emitido el Gobierno Nacional en el marco de la pandemia.

Por lo anterior, se analizarán los diversos pronunciamientos que ha proferido la Corte Constitucional en razón a estas facultades legislativas otorgadas al Gobierno Nacional en estos estados de emergencia.

4. Análisis jurisprudencial de los Estados de Emergencia en Colombia

4.1 Estados de emergencia en Colombia previos a la Pandemia Coronavirus Covid-19

Como se indica en el parágrafo del artículo 215 de la Constitución Política, el control automático de los decretos con fuerza de ley emitidos por el Gobierno Nacional en el marco de un Estado de Emergencia, lo realiza la Corte Constitucional, estando en la obligación el Gobierno Nacional, de remitir los mismos al día siguiente de su expedición y, en caso de que no

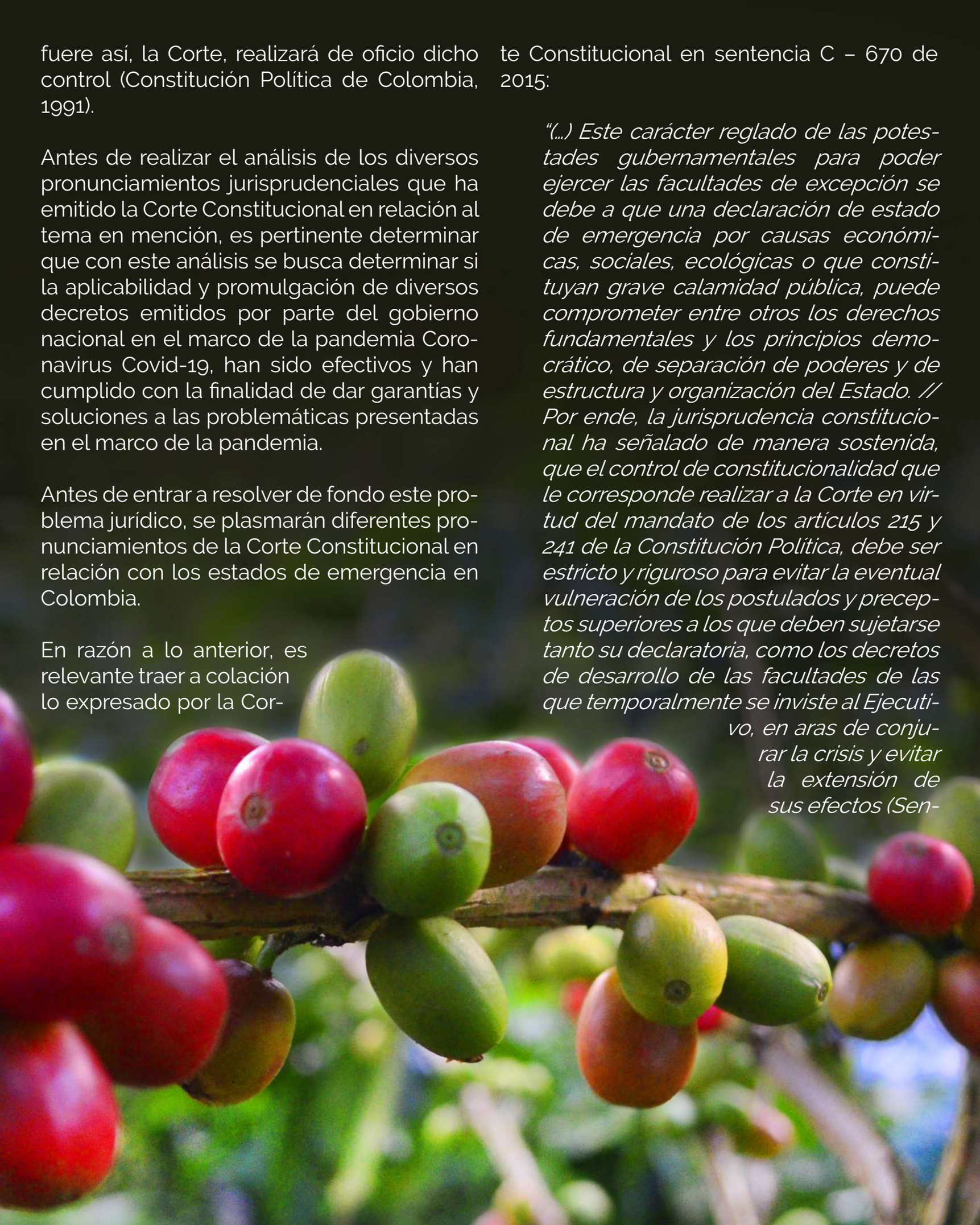
fuere así, la Corte, realizará de oficio dicho control (Constitución Política de Colombia, 1991).

Antes de realizar el análisis de los diversos pronunciamientos jurisprudenciales que ha emitido la Corte Constitucional en relación al tema en mención, es pertinente determinar que con este análisis se busca determinar si la aplicabilidad y promulgación de diversos decretos emitidos por parte del gobierno nacional en el marco de la pandemia Coronavirus Covid-19, han sido efectivos y han cumplido con la finalidad de dar garantías y soluciones a las problemáticas presentadas en el marco de la pandemia.

Antes de entrar a resolver de fondo este problema jurídico, se plasmarán diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional en relación con los estados de emergencia en Colombia.

En razón a lo anterior, es relevante traer a colación lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia C – 670 de 2015:

"(…) Este carácter reglado de las potestades gubernamentales para poder ejercer las facultades de excepción se debe a que una declaración de estado de emergencia por causas económicas, sociales, ecológicas o que constituyan grave calamidad pública, puede comprometer entre otros los derechos fundamentales y los principios democrático, de separación de poderes y de estructura y organización del Estado. // Por ende, la jurisprudencia constitucional ha señalado de manera sostenida, que el control de constitucionalidad que le corresponde realizar a la Corte en virtud del mandato de los artículos 215 y 241 de la Constitución Política, debe ser estricto y riguroso para evitar la eventual vulneración de los postulados y preceptos superiores a los que deben sujetarse tanto su declaratoria, como los decretos de desarrollo de las facultades de las que temporalmente se inviste al Ejecutivo, en aras de conjurar la crisis y evitar la extensión de sus efectos (Sen-



tencia C - 670, 2015) (…)"

De la cita traída a colación, se entiende que, si bien es cierto que estas facultades existen y se encuentran regladas por la constitución, las mismas nunca pueden ser absolutas y que por ello, es la Corte, como guardiana de la Constitución, quien debe propender de manera estricta por el cumplimiento de todos los requisitos de forma y fondo de los decretos, para con ello garantizar que el goce efectivo de los derechos de los conciudadanos no se vea afectado, o en caso de que se vea afectado, se encuentre legitimada esta afectación.

Adicional a lo anterior, dentro de la misma providencia la Corte reitera la relevancia de la temporalidad de dichos decretos, puesto que, de no hacerse en debida forma, no solo se estarían vulnerando los estándares nacionales y constitucionales, los derechos humanos, sino también las obligaciones internacionales ratificadas por Colombia y contenidas en el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Sentencia C - 670, 2015).

Ahora bien, la Corte, al momento de realizar el estudio de los decretos con fuerza de ley, realizar diversos juicios, entre los cuales se encuentran el juicio de necesidad o test de subsidiariedad, que consiste en determinar si las acciones o facultades que tiene el presidente no son suficientes para la ejecución de una política o directriz en el marco de un Estado de Emergencia, de esta manera, la Corte manifestó en sentencia C – 722 de 2015, que:

> *"(…) busca verificar si las medidas adoptadas en el decreto legislativo son "necesarias para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción". Este juicio implica analizar tanto la necesidad fáctica como la necesidad jurídica. La primera implica que, en el plano de los hechos, la medida se requiera para superar la crisis o evitar la extensión de sus efectos. La segunda, también denominada juicio de subsidiariedad, comporta que, en el plano de las normas, no se regulen situaciones similares o que, de hacerlo, la regulación no sea idónea para hacer frente a la crisis (Sentencia C - 722, 2015)"*

Este juicio o test de necesidad, tal y como se colige del extracto jurisprudencial, lo que busca es determinar que dichas medidas sí sean necesarias o no dentro del marco del Estado de Emergencia, pues se debe resaltar que estas facultades no son absolutas y no deben generar vulneraciones al orden público y a los derechos humanos.

Es por ello que, dentro de la sentencia en cita la Corte Constitucional declaró inexequible el decreto sobre el cual se pretendía se permitiera la circulación férrea de todos los días y la circulación férrea en la zona sobre la cual se encontraba vigente el estado de emergencia, declarado por medio del Decreto 1770 de 2015; resaltando que en el análisis de constitucionalidad la Corte manifestó que el mismo no se hacía necesario, por ello declaró la inexequibilidad del mismo (Decreto 1770, 2015).

Adicional al juicio o test de necesidad, la Corte debe hacer un análisis de proporcionalidad del decreto, tal y como lo realizó en sentencia C – 753 de 2015, en donde analizó el decreto 1979 de 2015, por medio del cual el Gobierno Nacional de turno buscaba dar inicio a la generación de energía por medio del proyecto hidroeléctrico El Quimbo, dejando en claro que el decreto no era propor-

cional al estado de emergencia que se había decretado y se encontraba vigente en ese momento, tal y como se ve a continuación:

"(…) Afirma el Gobierno Nacional que la decisión de facilitar el abastecimiento de combustible a la zona de frontera desde la refinería de Barrancabermeja es más eficiente y menos onerosa de lo que podrían resultar otras alternativas de suministro, como la importación de combustible. Sin embargo, no aporta elementos que permitan discernir sobre esta afirmación, entre ellos los cálculos de los costos económicos y financieros requeridos para la importación a través de los puertos de Santa Marta y de Cartagena, limita su intervención a afirmar que la medida adecuada es la dispuesta en el Decreto que se examina. (…) Tampoco evalúa el Gobierno los costos ambientales, alimentarios, sociales, culturales y económicos que acarrea su decisión respecto del entorno natural y de las personas que habitan cerca del Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo, por cuanto asume que su visión acerca de la manera de afrontar el desabastecimiento de combustibles es la única y sin posibilidad de evaluar otras, entre ellas la de transportar los insumos por vía terrestre o la de considerar la entrada en funcionamiento de la refinería de Cartagena, inaugurada el 21 de octubre pasado a un costo superior a los 8.000 millones de dólares y proyectada para superar en capacidad a la refinería de Barrancabermeja (Sentencia C - 753, 2015)"

La Corte, en la mencionada sentencia deja

en claro que la aplicabilidad de los decretos no debe obedecer a un capricho del Gobierno Nacional, sino que los mismos, que buscan reglamentar aquel decreto que declara el estado de emergencia, deben ser necesarios, justos y proporcionales a lo decretado, y no menos importante, garantistas de derechos humanos a pesar de las condiciones de emergencia en las que se pueda encontrar el Estado.

Además de los test mencionados, la ley 137 de 1994, regula cada uno de los juicios necesarios para la constitucionalidad de un decreto legislativo emitido en el marco del Estado de Emergencia, los cuales se describen a continuación: juicio de conexidad y finalidad, de ausencia de arbitrariedad y de intangibilidad, de no contradicción específica, de motivación suficiente, de necesidad, de incompatibilidad, de proporcionalidad y de no discriminación.

Dentro del análisis de estos juicios, la Corte Constitucional se ha pronunciado ratificando la importancia del cumplimiento de cada uno ellos, en especial, con la finalidad de evitar la vulneración de los derechos humanos; esto se evidencia en sentencia C – 466 de 2017, en donde el Alto Tribunal esgrimió:

"El juicio de ausencia de arbitrariedad tiene por objeto comprobar que en el Decreto Legislativo sub examine no se establezcan medidas que desconozcan las prohibiciones para el ejercicio de las facultades extraordinarias reconocidas en la Constitución, la LEEE y los tratados

internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. Al respecto, en términos generales, la Corte Constitucional debe verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos: (i) no suspendan o vulneren los derechos fundamentales y que (ii) no interrumpan el normal funcionamiento de las ramas del poder público, en particular, que no supriman o modifiquen los organismos y las funciones básicas de acusación y juzgamiento (…)" (Sentencia C - 466, 2017)

Así pues, se tiene que la generalidad del concepto de la Corte en relación a esta clase de decreto es la garantía efectiva de los derechos humanos, a pesar las circunstancia que pueda conllevar el Estado de Emergencia.

4.2 Estado de Emergencia y decretos en el marco de la pandemia Coronavirus Covid-19

En el marco de la pandemia Coronavirus Covid-19, por medio de decreto 417 de 2020, el Gobierno Nacional decretó el Estado de Emergencia (Decreto 417, 2020); el cual fue a control automático de constitucionalidad y fue declarado constitucional por medio de sentencia C – 145 de 2020, en donde se manifestó la necesidad y proporcionalidad de la declaratoria del estado de emergencia, pues no se conoce la magnitud del virus y adicional a ello, el Gobierno Nacional aún no cuenta con los medios clínicos, es decir, la vacuna, para afrontar la crisis, por ello, y en cumplimiento de estos criterios, la Corte declaró la exequibilidad del decreto 417 de 2020 (Sentencia C - 145, 2020).

Si bien es cierto que la Corte Constitucional, en la sentencia mencionada, declaró la exequibilidad del Decreto que declaró el estado de emergencia en Colombia en el marco de la pandemia Coronavirus Covid-19, es relevante traer a colación lo manifestado en el salvamento de voto parcial del magistrado Alberto Rojas Ríos, quien manifestó:

Preocupa a quienes suscribimos parcialmente el voto estar asistiendo a una crisis del paradigma constitucional consistente en la subordinación de las libertades, derechos y garantías a la sola economía y al utilitarismo. Y, peor aún, a la inversión de la jerarquía democrática de los poderes. Por ello, debe impedirse que el Estado de derecho entre en cuarentena (Sentencia C - 145, 2020).

De esta manera se puede vislumbrar, como considera el Dr. Alberto Rojas Ríos, la cuarentena, como un riesgo para la democracia y el Estado Social de Derecho, pues se ha manifestado con anterioridad, las facultades presidenciales que se le otorgan al máximo jefe de la cartera ejecutiva, son peligrosas en un Estado como Colombia, pues la sed de poder y los estándares de desigualdad son propicios para el aprovechamiento indebido de estos poderes y generar vulneraciones masivas a los derechos humanos.

En este sentido, es necesario revisar la decisión tomada por la Corte Constitucional en sentencia C- 252 de 2010, en donde se declaró la inexequibilidad de un decreto con el que se buscaba ampliar el término de vigencia del mismo, en este sentido la Corte indicó que:

"(…) uno de los temas que indubitablemente merece la valoración propia del proceso democrático lo constituye el establecimiento o modificación de tributos, tal como quedó registrado en los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente, donde se expuso la

preocupación por la usurpación de las atribuciones propias de las cámaras legislativas cuando se pretendía por decretos extraordinarios el establecimiento o modificación de tributos. De ahí que en rescate del principio de representatividad democrática se hubiere llegado a la fórmula prevista por el artículo 215 de la Constitución, esto es, de su establecimiento o modificación "en forma transitoria" para evitar precisamente el abuso de poder y la suplantación de la voluntad popular (Sentencia C - 252, 2010)."

De esta manera, se reitera la posición de la Corte de garantizar el Estado de Derecho y la democracia, más aún, las garantías contenidas en la Constitución Política de Colombia, que si bien es cierto contiene estas figuras excepcionales como la del artículo 215, tiene como parámetro básico la protección efectiva de los derechos humanos.

Es menester mencionar que, la Corte en las sentencias emitidas a lo largo del 2020, en relación a la temática tratada, ha inculcado el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos materiales y formales para la aprobación de los decretos, así pues, en sentencia T – 145 de 2020, recalcó que:

(…) la Corte ha señalado que al realizar el control material de una declaratoria de emergencia económica, social y ecológica por grave calamidad pública se debe verificar que: i) se inscriba dentro de su definición, es decir aquella situación catastrófica que se deriva de causas naturales o técnicas, y que produce una alteración grave e intempestiva de las condiciones sociales, económicas y ecológicas de una región o de todo el país, o, como aquella desgracia o infortunio que afecte intempestivamente a

la sociedad o a un sector importante de ella y que perturbe o amenace perturbar de manera grave, inminente el orden económico, social o ecológico. Así mismo, atendiendo dicho concepto el evento catastrófico ii) debe ser no solo grave sino imprevisto; iii) que no sea ocasionado por una guerra exterior o conmoción interior y, iv) que las facultades ordinarias resulten insuficientes para su atención.

Es viable entonces manifestar que, conforme lo determinado por la Corte en la cita traída a colación, se tiene que la situación actual colombiana se enmarca en cada uno de estos requisitos necesarios, pero cabe entonces preguntarse si realmente se está cumpliendo con la finalidad de los decretos que es propender por el interés general o, si sencillamente se evidencia un desorden y sed de poder que podrían desordenar y generar más inestabilidad al orden público colombiano.

Otro de los pronunciamientos realizados por el tribunal Constitucional, fue la sentencia C-182 de 2020, en donde la Corte indicó sobre los Beneficios Económicos Periódicos:

"En su concepción operativa, en consecuencia, los BEPS pueden entenderse también como desarrollo del artículo 335 de la Carta, al ser una expresión de la intervención del Estado en la economía, ya que los recursos del programa BEPS constituyen, en parte, captaciones de recursos provenientes del público, que junto con los rendimientos y el monto del incentivo obtenido por parte del Estado, le permiten al ahorrador beneficiado contratar un seguro que le pague periódicamente un monto básico de dinero que sea apoyo para su sostenimiento en la vejez. Por lo que se trata de capitales que, en virtud de la regulación que hace el legislador, pueden ser administrados por las entidades autorizadas y vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia para este propósito." (Sentencia C - 182, 2020).

De este pronunciamiento, se tiene que, desde la razón de ser del Estado Social de Derecho, se busca la garantía de los derechos mínimos de las personas, a pesar de encontrarse el estado en medio de una crisis económica, social y política generada por la pandemia, pero cabría entonces preguntarse, si desde la aplicabilidad y la práctica, estos decretos, aparentemente constitucionales, se están cumpliendo a cabalidad.

Desde un análisis social, las medidas tomadas por el gobierno nacional en relación a las ayudas y auxilios, pues, conforme diversos reportajes de medios de comunicación, se tiene que los medianos y pequeños comerciantes al comienzo de la cuarentana redujeron sus ventas en un ochenta y uno por ciento (Semana, 2020), es decir, las ventas bajaron de tal manera que muchos tuvieron que recurrir a hipotecas y búsqueda de auxilios económicos ante las entidades bancarias que, en nada buscan favorecer a los usuarios.

En este mismo sentido, se encuentra que la economía ha presentado una crisis, en especial para las pequeñas y medianas empresas que no cuentan con el auxilio e impulso financiero necesario que debería proporcionar el estado colombiano para incursionar en los nuevos modelos de economía y producción, como es el caso de la economía colaborativa, pues la misma se basa en el uso de aplicativos y redes de crecimiento para la promoción y distribución de productos (Ortíz, 2020).

Adicional a lo anterior, el gobierno nacional, por intermedio del Banco de la República, buscó reducir las tasas de interés para las entidades bancarias, y con ello, generar alivios financieros a los usuarios del sistema, pero la realidad es muy diferente, la situación económica del país se vio gravemente afectada con la pandemia, y en lugar de favorecer o dar facilidad de accesos los alivios financieros, las entidades bancarias lo único que hicieron fue negar y cercenar los derechos de los solicitantes de apoyos, créditos, hipotecas, entre otros, a los solicitantes de clase media o baja, pues argumentaban que el peligro de pérdida para la entidad bancaria era muy alto (Montoya, 2020).

De igual forma, y en relación al aislamiento preventivo, el gobierno nacional ha aplicado, por medio de decretos legislativos, el aislamiento inteligente, que se ha configurado como un cañón a punto de disparar, pues el nivel de contagio de los ciudadanos ha aumentado, y, si bien es cierto que dentro de las cifras médicas el hecho de llegar al pico de la pandemia se cataloga como un punto necesario para la evolución del virus, esto no se hace posible en Colombia, pues el sistema de salud es precario y con ello se genera un colapso de las Unidades de Cuidados Intensivos de las clínicas y hospitales del país, que antes de presentarse la pandemia corona virus Covid-19, ya presentaba una crisis de salud por la falta de recursos para la prestación debida del servicio de salud (Pinzón, 2020).

5. Resultados

Como resultados de la investigación se tiene que:

- Los estados de emergencia o derecho de emergencia otorgan facultades a los gobiernos nacionales para tomar decisiones legislativas, siempre y cuando se garanticen los derechos humanos y se propenda por la estabilidad del Estado.

- Los decretos emitidos por el Gobierno Nacional en el marco de los estados de emergencia siempre deben ser tendientes a garantizar el interés general y los derechos humanos.

- Estos decretos deben cumplir con los requisitos formales y materiales como lo son la necesidad y la proporcionalidad, pues los mismos no deben obedecer a intereses particulares sino a la garantía de los derechos humanos.

- Los decretos emitidos por el Gobierno Nacional colombiano, en el marco de un estado de emergencia, se han caracterizado por el incumplimiento de diversas normas y derechos humanos contenidos en la Constitución Política y diferentes instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

- A pesar de que el Gobierno Nacional ha emitido diversos decretos con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales de todos los colombianos en el marco de la pandemia Covid-19, el panorama general es de desempleo y de zozobra económica, pues los pequeños y medianos empresarios han sido los más afectados por la contingencia y a diario deben luchar por mantener a flote su economía con los precarios apoyos recibidos por el gobierno nacional.

6. Conclusiones

De los resultados obtenidos en la presente investigación se puede concluir en primer lugar, que el estado de emergencia, o de-

recho de emergencia es un derecho constitucional enmarcado como la posibilidad que tiene los estados de facultar a la rama ejecutiva del poder público para ejercer las funciones de legislador en razón a diversas condiciones económicas, ecológicas o sociales.

Adicional a lo anterior, si bien es cierto que se otorgan estas facultades al poder ejecutivo, las mismas no son perpetuas ni mucho menos pueden transgredir la garantía básica y necesaria de los derechos humanos, los tratados internacionales que estos los amparan y el imperio de la ley.

Es menester resaltar que los decretos deben emitirse con la finalidad de garantizar el interés general, y siempre en cumplimiento de todos y cada uno de los juicios contenidos en la ley 137 de 1994, pues no se puede permitir la vigencia de un decreto que vulnere o permita la vulneración de derechos humanos.

De lo anterior, se tiene que, la Constitución política de Colombia a pesar de otorgar estas facultades excepcionales, resalta la importancia y la prevalencia de la garantía de los Derechos Humanos al ser Colombia un Estado Social de Derecho, así las cosas, se debe generar una conciencia política y social que muestre a los ciudadanos la verdadera cara de los decretos legislativos, que, en la mayoría de los casos colombianos, han generado desequilibrio y exceso de poder a la rama ejecutiva.

De esta manera, es menester concluir con que es la Corte Constitucional quien tiene la obligación de garantizar los derechos de los ciudadanos, ejerciendo un control efectivo de estos decretos y de esta manera proteger los derechos humanos, los tratados internacionales que versen sobre los mismos, y la norma de normas, es decir, la constitución.

Finalmente, y como se vislumbró en los resultados de la presente investigación, se tiene que los decretos emitidos por parte del gobierno nacional en el estado de emergencia, no han cumplido con la finalidad de propender por la garantía efectiva de los derechos humanos, pues, la economía se ha visto como uno de los sectores más afectados, en especial, tratándose de los pequeños y medianos empresarios, que en busca de alivios y soluciones han acudido a las entidades financieras, quienes les ofrecen dos opciones; por un lado ¨alivios económicos¨ con intereses irrisorios y absurdos, o la negativa a préstamos por la falta de garantías para el cumplimiento de las obligaciones.

Por lo anterior, y muy a la desgracia, el panorama es claro, estos decretos se han convertido en la armadura económica, social y política del gobierno nacional para continuar introduciendo a la población colombiana en la pobreza, el hambre y el desempleo.

Bibliografía

Constitución Política de Colombia (1991).
Corte Suprema de Justicia Nacional de Argentina (Corte Suprema de Justicia Nacional de Argentina). Recuperado el 4 de abril de 2020.

Decreto 1770 (Gobierno Nacional 2015).
Decreto 417 (2020) Obtenido de https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid- 19/docs/decretos/general/51_Presidencia_Decreto_417.pdf

Montoya, L. (2020). ¿Es útil reducir las tasas de interés? Razón Pública – U Externado de Colombia.

Ortíz, D. (2020). Es hora de regular la economía colaborativa. Economía – U Externado de Colombia.

Pinzón, É. R. (2020). COLOMBIA: IMPACTO SOCIAL, ECONÓMICO Y POLÍTICO DE LA COVID-19.

Romero, J. P. (2015). Inmunización y militarización del cuerpo social en Colombia. Athenea Digital - Revista de Pensamiento e investigación social, 305-327.

Sagüés, N. P. (s.f.). Derecho constitucional y derecho de emergencia. 122 - 156 Recuperado el mayo de 2020, de file:///C:/Users/Juan%20CP/Downloads/3449- Texto%20del%20art%C3%ADculo-12977-1-10-20190221.pdf

Samper, A. d. (2010). El Estado de Emergencia Social. Criterio Jurídico Garantista, 216 - 229. Recuperado el 20 de JULIO de 2020, de https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28408.pdf

Semana, R. (30 de abril de 2020). La crisis económica que atraviesa la clase media en Colombia.

Sentencia C - 145 (Corte Constitucional 2020). Sentencia C - 182 (Corte Constitucional 2020). Sentencia C - 252 (2010). Sentencia C - 466 (Corte Constitucional 2017). Sentencia C - 670 (Corte Constitucional 28 de octubre de 2015). Sentencia C - 722 (Corte Constitucional 25 de noviembre de 2015). Sentencia C - 753 (10 de DICIEMBRE de 2015).

Sopeya, j. F.-P. (2017). El Derecho de Emergencia y sus Consecuencias para el Sistema Político. Universidad Compluténse Madrid. Recuperado el 10 de julio de 2020, de https://eprints.ucm.es/44781/1/TFG%20-%20VERSION%20turnitin.pdf

Taussing, M. (1995). Un Gigante en Convulsiones: Barcelona: Gedisia.

Democratización de las acciones constitucionales en Colombia

Democratization of constitutional actions in Colombia

Claudia Milena Vélez Ortiz [3]

(3) Abogada, Especialista en Derecho Constitucional, Magister en Filosofía con Énfasis en Política y Argumentación, actualmente, Relatora del Tribunal Administrativo del Quindío y docente de la Universidad del Quindío y de la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia, Q.

RESUMEN

Se presentan discusiones y disertaciones de carácter filosófico – Jurídico, a las cuales nos vemos avocados en el constante transcurrir del tiempo; una de ellas, es la democratización de las acciones constitucionales en Colombia. En esta ocasión, analizaremos la efectiva aplicación de la parte dogmática de la Constitución Política Colombiana a través de sus medios de control de carácter constitucional, para de esta forma demostrar cómo se aproxima la jurisdicción constitucional colombiana al cumplimiento del reto que implica un verdadero ejercicio del constitucionalismo democrático; ello, desde una perspectiva, progresista y permanente, mediante el diálogo interinstitucional entre las ramas del poder público y la misma ciudadanía cuando busca de los Magistrados y Jueces la solución de sus demandas de justicia constitucional.

ABSTRACT

Discussions and dissertations of a philosophical - legal nature are presented, to which we are advocated in the constant passing of time; one of them is the democratization of constitutional actions in Colombia. On this occasion, we will analyze the effective application of the dogmatic part of the Colombian Political Constitution through its constitutional means of control, in order to demonstrate how the Colombian constitutional jurisdiction approaches meeting the challenge that a true exercise of the democratic constitutionalism; This, from a progressive and permanent perspective, through inter-institutional dialogue between the branches of public power and the citizens themselves when they seek from the Magistrates and Judges the solution of their demands for constitutional justice.

PALABRAS CLAVE

Democracia constitucional, constitucionalismo democrático, acciones constitucionales, progresismo, diálogo.

KEY WORDS

Constitutional democracy, democratic constitutionalism, constitutional actions, progressivism, dialogue.

I. Consideraciones iniciales: La interpretación constitucional de los derechos como fundamento argumentativo para encontrar la solución democrática a los conflictos de derechos.

Sin lugar a dudas, el mayor desafío y primer ejercicio que debe realizar todo aquel que se dedique a administrar justicia pronta y cumplida en aras de dar solución democrática a los conflictos de los derechos que surgen entre los asociados del Estado, es acercarse y familiarizarse con los conceptos de democracia, democracia constitucional y constitucionalismo democrático, lo que se convertirá para el intérprete judicial en el objeto de las más profundas reflexiones que sobre los conceptos de justicia constitucional y de garantía de los derechos constitucionales se pueden realizar.

Entendiendo la importancia de dicho acercamiento para la reflexión que de alguna manera podríamos llamar filosófica desde la perspectiva del derecho e indiscutiblemente jurídica, comenzaré por realizar en esta oportunidad, un recuento sobre conceptos como la democracia constitucional y el constitucionalismo democrático, ello, como primer paso a fin de comprender y contextualizar cuál es el rol de la interpretación constitucional para encontrar solución

a los conflictos de derechos, que destacan la labor titánica del Juez constitucional y del Juez ordinario en el marco de los procesos de integración normativa.

GARCÍA J, Leonardo(4) , en su artículo *"CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO",* Robert Post y Reva Siegel, esboza que la democracia constitucional y el constitucionalismo democrático, son conceptos diferentes a pesar de encontrarse creados por el mismo poder constituyente, en consideración a que la democracia tiene que ser constitucional y no sólo considerarse bajo el concepto de democracia formal, que se conoce a través de las definiciones etimológicas relacionadas en los diccionarios jurídicos, como la forma de organización del Estado donde el pueblo gobierna por el pueblo y para el pueblo identificando al gobernado con su gobernante, aduciendo que la toma decisiones colectivas se adoptan mediante los mecanismos de participación directa o indirecta que confiere legitimidad a su representantes, es así como, el concepto de democracia debe ser adicionado con el constitucional, a fin de transcender a través del cambio de las disposiciones constitucionales, teniendo en cuenta en su consagración la voluntad del pueblo, transformando de esta manera la realidad social, mediante la efectividad de los derechos constitucionales del poder constituyente primario.

De esta manera, señala, que la democracia constitucional *"...articula elementos como, de un lado, el derecho al voto igual, la regla de mayorías, el autogobierno colectivo, la división de poderes, el sistema de frenos y contrapesos institucionales, y, de otro lado, la naturaleza normativa de la Constitución y la fuerza vinculante de los derechos. La Constitución limita el poder del Gobierno y el Congreso, pero también amplía las exigencias a todos los poderes públicos que se encuentran vinculados a los derechos fundamentales.".*

Y de otra parte GARCÍA J, Leonardo, expresa: que la democracia con el adjetivo *"constitucional",* radica en dotar de mayor legitimidad al constitucionalismo, para que respondan mediante su interpretación y configuración, a la democracia, al pueblo, al Estado de derecho y a los principios de legalidad y seguridad jurídica.

Advierte, además, que la legitimidad democrática del constitucionalismo, se funda *"en que las sentencias surjan no solo de estrictos razonamientos judiciales, sino también de interacciones entre el poder judicial y otras ramas del Poder Público, asociaciones civiles, partidos políticos, movimientos sociales, centros de investigación, ONG y el poder judicial en conjunto."*

Cabe resaltar conforme a lo anotado por GARCÍA J, Leonardo, que de cara al principio democrático desarrollado en el derecho que tiene la ciudadanía de participar en la toma decisiones, la Honorable Corte Constitucional Colombiana, en sentencia C-379/16, establece las implicaciones del carácter democrático en la Constitución Política de 1991, así: "*(i) que el Pueblo es poder supremo o soberano y, en consecuencia, es el origen del poder público y por ello de él se deriva la facultad de constituir, legislar, juzgar, administrar y controlar, (ii) que el Pueblo, a través de sus representantes o directamente, crea el derecho al que se subordinan los órganos*

(4) Abogado con estudios de filosofía. Actualmente cursa la maestría en Humanidades, con énfasis en Política, Universidad EAFIT - Medellín. Miembro del Instituto de Estudios Constitucionales «Carlos Restrepo Piedrahita» de la Universidad Externado de Colombia. Ha publicado artículos y traducciones en revistas especializadas, así como capítulos de libros, sobre ciencia política, derecho constitucional y teoría jurídica. Profesor y editor, Universidad EAFIT - Medellín.

del Estado y los habitantes, (iii) que el Pueblo decide la conformación de los órganos mediante los cuales actúa el poder público, mediante actos electivos y (iv) que el Pueblo y las organizaciones a partir de las cuales se articula, intervienen en el ejercicio y control del poder público, a través de sus representantes o directamente". Dimensionando las relaciones existentes entre el ciudadano y el Estado en dos sentidos: El primero tiene que ver con la elección de sus representantes y el segundo con la participación activa en la toma de decisiones colectivas por medio de mecanismos de participación ciudadana.

Afirmando que el ciudadano en todo momento conserva sus derechos políticos para controlar a su representante en una democracia participativa, por cuanto, éste es vocero de la voluntad popular y, por lo tanto, debe acatar el mandato imperativo de sus electores, porque los representa individualmente, sin que se le transfiera la soberanía popular pues lo inviste de legitimidad para actuar como un delegado del pueblo. Anotando, que en un Estado constitucional y democrático el Pueblo *"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".*

Es así como, interpretando el sentido democrático constitucional, la Corte Constitucional Colombiana, en cumplimiento del mandato del Constituyente Primario de 1991, consagrado en el artículo 152 – d y 103 de la Constitución, expresa que: *"el legislador*

expidió las leyes estatutarias 134 de 1994 y 1757 de 2015. Conforme dichas leyes y las sentencias de constitucionalidad emitidas por esta Corporación, se identifican los siguientes elementos definitorios del plebiscito: (i) es un mecanismo de participación ciudadana que puede ser convocado únicamente por el Presidente de la República en aquellos casos que este lo considere necesario, (ii) para consultar a los ciudadanos una decisión política de su Gobierno que se encuentre dentro de la órbita de sus competencias. El pronunciamiento popular (iii) dota de legitimidad popular la iniciativa del Jefe de Estado; y, además, (iv) tiene un carácter vinculante, en términos de mandato político del Pueblo soberano, restringiéndose dichos efectos al Gobierno, sin que resulten extensibles a otras ramas del poder público".

Con lo analizado en el contexto jurisprudencial colombiano relacionado, se puede aseverar que lo interpretado por Martínez Dalmau, Rubén, en su texto "Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos" cuando aduce: *"En nuestro caso, hemos defendido la especificidad de la interpretación constitucional en relación con los derechos y la Constitución, partiendo del concepto de Constitución democrática. Esto es, aquella cuya voluntad del poder constituyente, creador de la Constitución, es diferente a la del poder constituido, atrapado y limitado en la Constitución y por la Constitución. Convenimos así que no existe norma jerárquica superior a la Constitución democrática, la única originaria del poder constituyente democrático",* vislumbra el criterio constitucional de la Alta Corporación de Cierre citada, como guardiana de la

Constitución Política de Colombia, que conforme al tenor normativo art. 241, de la Carta Magna *consagra "A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo",* cuando en la sentencia citada reitera el respeto desde su interpretación constitucional de la voluntad del poder constituyente creador de la Constitución, partiendo del concepto de constitución democrática.

2. Aplicación constitucional de la parte dogmática de la Constitución Política Colombiana para garantizar la efectividad de los derechos constitucionales

La Corte Constitucional hace un ejercicio diáfano y colosal cuando mediante sus sentencias proferidas de fondo para resolver casos presentados mediante las acciones constitucionales, establece precedentes judiciales de carácter constitucional para orientar a los Magistrados de Tribunales y Jueces del país, mediante sus argumentaciones explicativas y justificativas con respecto a la interpretación constitucional que se utiliza en la solución de los conflictos que se suscitan frente al ejercicio de los derechos de los coasociados; para ello, indiscutiblemente se debe de aceptar la existencia del límite de los derechos, por cuanto no son absolutos y la existencia de los conflictos a partir de su efectividad. Empero, emerge relevante argumentar que la interpretación vinculante de la Constitución es la principal función de los tribunales constitucionales. Que obliga a todos los jueces tanto los constitucionales como a los jueces ordinarios, obligados por la jurisprudencia constitucional.

Ahora veremos un caso puntual, donde se demuestra el valor que tiene la interpretación constitucional desde la interpretación evolutiva del derecho a partir de observación de la realidad social y desde el principio de integración normativa dentro de un marco de progresividad del derecho constitucional.

Casos resueltos por la Corte Constitucional de Colombia

Referencia: Expedientes acumulados D-8367 y D-8376 - Asunto: Demanda de inconstitucionalidad en contra de algunas expresiones contenidas en el artículo 113 del Código Civil, en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 294 de 1996 y en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 1361 de 2009. Demandantes: Expediente D-8367: Carlos Andrés Echeverry Restrepo. Expediente D-8376: Marcela Sánchez Buitrago, Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque, Diana Esther Guzmán Rodríguez, César Rodríguez Garavito, Mauricio Noguera Rojas, Felipe Montoya, Felipe Arias Ospina, Juan Miguel Eslava Lozzi y Juliana Emilia Galindo Villarreal. Magistrado Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO - Bogotá D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil once (2011)

Decisión adoptada por competencia: La Sala Plena de la Corte Constitucional, obra en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991. - La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda, de conformidad con lo establecido por el artículo 241-4 de la Constitución, por cuanto se han acusado apartes contenidos en leyes de la República.

Normatividad Demanda mediante la acción de inconstitucionalidad LOS TEXTOS DEMANDADOS

"... A continuación se transcriben los textos de los artículos 113 del Código Civil, 2º de la Ley 294 de 1996 y 2º de la Ley 1361 de 2009 y se

subrayan los segmentos demandados.

CODIGO CIVIL

(…)

TITULO IV

DEL MATRIMONIO

"ARTICULO 113. El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente".

Ley 294 de 1996

(Julio 16)

Diario Oficial No. 42.836

de 22 de junio de 1996

Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

TITULO I

OBJETO, DEFINICION Y PRINCIPIOS GENERALES

ARTICULO 2º. La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

Para los efectos de la presente Ley, integran la familia:

a) Los cónyuges o compañeros permanentes;

b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar;

c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos

d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica.

LEY 1361 DE 2009

(Diciembre 3)

Diario Oficial No. 47.552 de 3 de diciembre de 2009

Por la cual se crea la Ley de Protección integral de la Familia

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTICULO 2º. DEFINICIONES. Para los efectos de esta ley, se entenderá por:

Familia. Es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. …".

Objeto de la decisión: DEFICIT DE PROTECCION QUE AFECTA A LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO

Constitucionalismo democrático: Diálogo – Participaron con su argumentación en defensa de la evolución del derecho de cara a la realidad social cada una de las entidades con las cuales interactuó la Corte Constitucional así: con la sociedad civil a través de sus representantes, y los mismos ciudadanos, con entidades del Estado, Partidos políticos, la academia. Tales como: Defensoría del Pueblo, Personería Municipal de Medellín, Personería Municipal de Armenia, Organización de las Naciones Unidas -ONU- Polo Democrático Alternativo, Partido Verde, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario - Grupo de Acciones Públicas, Universidad Jorge Tadeo Lozano, Pontificia Universidad Javeriana - Instituto de Estudios Sociales y Culturales - Grupo de investigaciones "Pensar (en) Género", Universidad de Santander-UDES, Universidad Autónoma de Colombia y Universidad de Medellín, Universidad de los Andes - Universidad Externado de Colombia, Universidad Nacional de Colombia, Universidad del Norte, Universidad del Atlántico, Grupo Femm, G. & M. de Colombia Abogados, Corporación Prodiver-

sia, Colombia Diversa, La Asociación Internacional de Lesbianas, Gay, Bisexual, Trans e Intersexuales - ILGA LAC, Observatorio de Discriminación Racial -ODR- , Asociación Colombiana de Juristas Católicos, Comunidad de Cali, Profamilia, Grupo de Madres, padres y familiares de personas lesbianas, bisexuales y transgeneristas LGTB, Grupo de Jóvenes LGTB de Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad-De justicia, Asociación Lesbiapolis, Comité Prodefensa de las Pensiones, Comisión Colombiana de Juristas, Grupo de Apoyo a Mamás Lesbianas, Corporación Sisma Mujer, Corporación Caribe Afirmativo, 38. Magazine Némesis Times, Instituto de Investigación del Comportamiento Humano, Ciudadanos que adhirieron a los cargos formulados en la presente demanda de inconstitucionalidad.

Las materias jurídicas a tratar y el orden para su desarrollo

Indica la Corte Constitucional: *"Así las cosas y dado que el planteamiento de las demandas involucra la interpretación del artículo 42 de la Carta e incluso el señalamiento de posibles diferencias con la lectura plasmada en la jurisprudencia constitucional que, según algunos actores habría tenido una necesaria evolución todavía no reconocida por la Corte ni explorada en todas sus consecuencias, para examinar los ataques de inconstitucionalidad dirigidos en contra de la expresión "un hombre y una mujer"* del artículo 113 del Código Civil resulta indispensable iniciar con un análisis del principal parámetro constitucional invocado cual es el artículo 42 superior, a fin de (i) determinar su alcance en relación con la familia y el matrimonio, (ii) precisar si da pie a los distintos tipos de familia, (iii) establecer si la unión de parejas del mismo sexo responde o no a la noción de familia y, en caso afirmativo, (iv) dilucidar si es objeto de protección constitucional y (v) en caso de serlo, cuál es el alcance de esa protección y quién está llamado a brindarla.

Una vez desarrollados los anteriores puntos y obtenidas las pertinentes conclusiones, la Sala Plena estará en condiciones de evaluar las interpretaciones brindadas por los actores, de verificar si el legislador incurrió en una omisión relativa e inconstitucional, de resolver acerca de la realización del test estricto de proporcionalidad y de tomar la decisión que corresponda sobre la constitucionalidad de la expresión "un hombre y una mujer", perteneciente al artículo 113 del Código Civil.". Aclara de igual forma la Corte: *"es indispensable precisar su contenido y alcance respecto de algunas cuestiones básicas que sustentan las declaraciones de inconstitucionalidad solicitadas, como sucede (i) con la comprensión de la homosexualidad, (ii) con la determinación del criterio sospechoso que sirve de soporte al trato diferente alegado y (iii) con el sentido del derecho al matrimonio que se reclama para poner fin a esa desprotección".*

Evolución en la interpretación constitucional del contenido de la Carta Magna, desde los distintos ámbitos y escenarios de la vida nacional colombiana

La posición asumida por los Magistrados que salvaron el voto a aquella decisión tenía en cuenta el estado en que estaba el debate en aquella época (2001), en los distintos ámbitos y escenarios de la vida nacional, como por ejemplo el Congreso de la República. Más de una década ha transcurrido desde entonces, y el mundo, al igual que el país, ha evolucionado en debates como el presente. Afirmar actualmente que la familia constitucionalmente protegida es la monogámica y heterosexual, únicamente, desconocería los cambios que ha tenido la institución en la realidad y la jurisprudencia constitucional en la materia desde el 2007, como expresamente lo indica la sentencia C-577 de 2011. También, como se dijo, implicaría desconocer el carácter pluriétnico y multicultural de la nación, el cual supone que el Estado respete, proteja y garantice los derechos de todas las familias, sin desconocer sus diversidades; ámbito en el cual la jurisprudencia constitucional también ha avanzado. Nada más lejano al espíritu constitucional de 1991 que querer imponer a las personas y a los ciudadanos un modelo de familia concreto y particular. Esta nunca fue su intención, como se revela en las palabras mismas de la Constitución, que indican categóricamente que, entre otras formas, la familia se constituye por la 'voluntad responsable de conformarla'. Esta amplía y ambigua expresión, permite recoger familias reales, que se expresan en nuevas manifestaciones familiares que existen y no encajan en las anteriores categorías, a la vez que confiere un amplio margen de configuración al legislador para establecer nuevas y diversas formas de familia. El texto del artículo 42 no es cerrado y taxativo al respecto.

Interpretación argumentativa de la Corte Constitucional

1.- Interpretación constitucional desde la perspectiva de la democracia constitucional y respeto por la división en sus competencias de las ramas del poder público – División de poderes

"... En este orden de ideas, la decisión constitucional de reservar a la ley lo relativo a la familia y al matrimonio, implica "la defensa de un espacio propio que corresponde al legislador, de tal suerte que se impida a otros poderes del estado desconocerlo" y, por ello, la Corte Constitucional "no puede ordenar una protección máxima, no puede escoger los medios que estime mejores, diseñar una institución jurídica o proponer una determinada política social"(5) .

DÉFICIT DE PROTECCIÓN-Configuración por carencia de institución que posibilite formalizar y solemnizar vínculo entre parejas del mismo sexo

PAREJAS DEL MISMO SEXO-Carecen de un instrumento que, cuando se trata de constituir una familia, les permita a sus integrantes tener la misma posibilidad de optar que asiste a las parejas heterosexuales/**PAREJAS HOMOSEXUALES-** Derecho a decidir si constituyen familia de acuerdo con un régimen que les ofrezca mayor protección que la que pudiera brindarles una unión de hecho.

Actualmente la pareja heterosexual cuenta con dos formas de dar lugar a una familia, lo

(5) Ibídem.

que les permite a sus miembros decidir autónomamente y ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad, en tanto que la pareja homosexual carece de un instrumento que, cuando se trata de constituir una familia, les permita a sus integrantes tener la misma posibilidad de optar que asiste a las parejas heterosexuales. En esas condiciones, la Corte estima factible predicar que las parejas homosexuales también tienen derecho a decidir si constituyen la familia de acuerdo con un régimen que les ofrezca mayor protección que la que pudiera brindarles una unión de hecho -a la que pueden acogerse si así les place-, ya que a la luz de lo que viene exigido constitucionalmente, procede establecer una institución contractual como forma de dar origen a la familia homosexual de un modo distinto a la unión de hecho y a fin de garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como de superar el déficit de protección padecido por los homosexuales. No se puede desconocer que en esta cuestión se encuentra profundamente involucrada la voluntad, puesto que la familia homosexual surge de la "voluntad responsable" de conformarla y no se ajusta a la Constitución que esa voluntad esté recortada, no sirva para escoger entre varias alternativas o se vea indefectiblemente condenada a encaminarse por los senderos de la unión de hecho cuando de formar familia se trate, o quede sujeta a lo que la Corte vaya concediendo, siempre que tenga la oportunidad de producir una equiparación en un campo específico. Que la expresión de la voluntad responsable para conformar una familia debe ser plena en el caso de los homosexuales es conclusión que surge de las exigencias de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y la autodeterminación, a la igualdad, así como de la regulación de la institución familiar contenida en el artículo 42 superior, luego la Corte, con fundamento en la interpretación de los textos constitucionales, puede afirmar, categóricamente, que en el ordenamiento colombiano debe tener cabida una figura distinta de la unión de hecho como mecanismo para dar un origen solemne y formal a la familia conformada por la pareja homosexual. No sobra advertir que la existencia de una figura contractual que permita formalizar el compromiso torna posible hacer público el vínculo que une a la pareja integrada por contrayentes del mismo sexo, lo que ante la sociedad o el grupo de conocidos o allegados le otorga legitimidad y corresponde a la dignidad de las personas de orientación homosexual, que no se ven precisadas a ocultar su relación ni el afecto que los lleva a conformar una familia.

Es por ello, que:

La decisión acerca de la opción que está llamada a garantizar la existencia de la posibilidad de optar en el caso de las parejas homosexuales decididas a conformar familia y su desarrollo concreto no le atañe a la Corte Constitucional, sino al Congreso de la República, entre otras razones, porque fuera de ser el foro democrático por excelencia, además de la faceta de derechos, la familia es la institución básica y núcleo fundamental de la sociedad y su trascendencia social impone su protección mediante medidas que el órgano representativo está llamado a adoptar, con límites que pueden provenir del componente de derechos inherente a la familia o a sus miembros individualmente considerados. … La decisión constitucional de reservar a la ley lo relativo a la familia y al matrimonio, implica "la defensa de un espacio propio que corresponde al legislador, de tal suerte que se impida a

otros poderes del estado desconocerlo" y, por ello, la Corte Constitucional "no puede ordenar una protección máxima, no puede escoger los medios que estime mejores, diseñar una institución jurídica o proponer una determinada política social". Y, en consecuencia, Exhortó al Congreso de la República, para que antes del 20 de junio de 2013 legislara, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas. Además de advertir, que en el caso de que a partir del 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no hubiera expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrían acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.

2.- Interpretación de la Corte Constitucional desde la perspectiva de constitucionalismo democrático a partir de las acciones constitucionales como mecanismos de protección y efectividad de los derechos del pueblo colombiano.

REGULACIÓN DEL MATRIMONIO-Alcance de la expresión "de procrear" /PROCREACION-Definición

En cuanto a la expresión "de procrear", del artículo 113 del Código Civil, la acusación versa sobre el desconocimiento de los derechos a la autonomía reproductiva, a la intimidad personal y familiar y al libre desarrollo de la personalidad, que garantizan la opción de no tener ningún hijo, así como sobre el desconocimiento de los derechos de la mujer, dado que debe asumir cargas especiales, en razón de cuestiones biológicas y culturales relacionadas con la reproducción de la especie. El planteamiento supone que, en la forma como aparece mencionada en el artículo 113 del Código Civil, al considerarla uno de los fines del matrimonio, la procreación implica una imposición a los contrayentes, quienes no podrían, en ningún caso, sustraerse de ella y sucede que eso no es así, porque el matrimonio genera una vinculación jurídica que surge del consentimiento expresado por la pareja heterosexual, mas no de su aptitud para procrear, lo que puede o no suceder y, en caso de no acontecer, no suprime el carácter de familia al cual han accedido los cónyuges en virtud de la expresión de su consentimiento. Por esa razón es factible el matrimonio de ancianos, el matrimonio in extremis o el celebrado

por personas conscientes de su infertilidad o que, con fundamento en respetables criterios, han decidido no tener hijos e incluso abstenerse de mantener relaciones sexuales, habida cuenta, además, de que, conforme se ha expuesto, toda familia se funda en el afecto y la solidaridad que alientan el cumplimiento de un proyecto de vida en común y la feliz realización de cada uno de sus integrantes. Más aun, la unión sexual de la pareja, orientada a la reproducción, puede darse y, pese a ello, frustrarse el propósito de engendrar descendencia por circunstancias no dependientes de la voluntad de los esposos. La procreación no es, entonces, una obligación, sino una posibilidad que se les ofrece a los casados y que el legislador, atendiendo a lo que suele ser normal en la realidad, reconoció, otorgándole el carácter de finalidad del matrimonio, lo que no implica la imposición de una obligación inexcusable de tener hijos, ni un desconocimiento de los derechos a la autodeterminación reproductiva, a la autonomía individual y al derecho al libre desarrollo de la personalidad. Los mismos demandantes, en apartado posterior de su escrito admiten que "la procreación no es una condición de la existencia, ni de la validez del contrato de matrimonio y, en tal sentido, la capacidad de engendrar no es un requisito que deba ser satisfecho para poder celebrar este contrato". Ciertamente el artículo 42 de la Constitución establece que "la pareja tiene el derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos" y como tantos derechos, entre ellos los relativos a la familia y al matrimonio, tiene una faceta positiva y una faceta negativa. De acuerdo con su faceta positiva, la pareja tiene la facultad para decidir tener hijos en la cantidad que libremente resuelvan los esposos, pero de acuerdo con la faceta negativa libremente los cónyuges tienen la prerrogativa de decidir no tener descendencia. Así lo ha estimado la Corte al señalar que la libertad de fundar una familia tiene dimensiones positivas y negativas e incluye "la libertad de reproducirse o no hacerlo". El contenido del derecho está integrado por las dos facetas y no solo por la negativa como lo entienden los demandantes, motivo por el cual su interpretación del establecimiento de la procreación como finalidad del matrimonio es desacertada, pues no existe imposición alguna en el sentido de tener hijos. Así, en caso de optar por no tenerlos, la decisión de la pareja tiene respaldo jurídico, pero si deciden tenerlos el apoyo legal dado por la inclusión de la procreación como fin del matrimonio es importante para la pareja y, sobre todo, para los hijos habidos en el matrimonio, quienes tienen derecho a su familia biológica y son sujetos de especial protección constitucional. En cuanto al papel de la mujer en relación con la reproducción, cabe apuntar que las consecuencias negativas aducidas por los actores no tienen su origen en la disposición atacada, que se limita a incluir la procreación como fin del matrimonio, pero no ordena que la mujer tenga que asumir cargas agobiantes, lo que más bien proviene, como dicen los actores, de causas biológicas o culturales que no son creadas ni alentadas por la expresión demandada, debiéndose tener en cuenta que, según la Constitución, la decisión acerca del número de hijos no puede ser el resultado de la imposición de uno de los cónyuges al otro, sino que ha de ser tomada por "la pareja", que incluye a la mujer.

> … CONCEPTO DE FAMILIA-No puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo.

A modo de conclusión conviene reiterar que "el concepto de familia no incluye tan solo la

comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos, sino que se amplía incorporando aun a personas no vinculadas por los lazos de la consanguinidad, cuando faltan todos o algunos de aquellos integrantes, o cuando, por diversos problemas, entre otros los relativos a la destrucción interna del hogar por conflictos entre los padres, y obviamente los económicos, resulta necesario sustituir al grupo familiar de origen por uno que cumpla con eficiencia, y hasta donde se pueda, con la misma o similar intensidad, el cometido de brindar al niño un ámbito acogedor y comprensivo dentro del cual pueda desenvolverse en las distintas fases de su desarrollo físico, moral, intelectual y síquico". Finalmente, es menester poner de presente que también se impone como conclusión que "el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo", porque "en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial".

La interpretación textual del artículo 42 de la Carta indica que la familia sustentada en vínculos jurídicos se funda "en la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio", en tanto que la familia natural se constituye "por la voluntad responsable de conformarla", de donde se desprende que "la interpretación puramente literal de la disposición superior transcrita, lleva a la conclusión según la cual la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual". La consecuencia inevitable de la anterior conclusión consiste en que, si la familia prevista en la Constitución y objeto de especial protección es la heterosexual y monogámica, "no cabe interpretar unas disposiciones legales que expresamente se refieren al matrimonio y a la unión permanente, y que se desenvuelven en el ámbito de la protección constitucional a la familia, en un sentido según el cual las mismas deben hacerse extensivas a las parejas homosexuales". Así las cosas, conviene ahora aludir a la protección que a las personas homosexuales se les ha brindado en la jurisprudencia de la Corte, con el objetivo de establecer cuál ha sido su desarrollo, qué efectos ha proyectado ese desenvolvimiento y si, en materia de derecho de familia, la evolución ha tenido consecuencias distintas de las acabadas de reseñar.

3. Consolidación de la interpretación constitucional democrática mediante el efecto *erga omnes* que la Sala Plena de la Corporación le otorgó a esta decisión constitucional

La Sala Plena de la Corporación resolvió hacer esta declaración, que tiene efectos erga omnes, por las siguientes razones,

> *"En cualquier caso, lo que a la luz de la interpretación constitucional está fuera de toda duda es la condición de familia que tienen las uniones conformadas por parejas del mismo sexo, la existencia del déficit de protección y la necesidad de instaurar una figura contractual que les permita constituir la familia con base en un vínculo jurídico, así que el principio democrático impone que el Congreso de la República, como máximo representante de la voluntad popular tenga la posibilidad de actuar, pero a su turno, la vigencia permanente de los derechos constitucionales fundamentales impone señalar que si el 20 de junio del año 2013 no se ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar*

un vínculo contractual que les permita constituir una familia, de acuerdo con los alcances que, para entonces, jurídicamente puedan ser atribuidos a ese tipo de unión."

Es decir, la Sala Plena de la Corte Constitucional honra, respeta y protege la reserva democrática que existe en materia de la regulación de la familia, en especial, de su constitución mediante un contrato matrimonial. Sin embargo, tal respeto no puede llegar hasta el punto de dejar de proteger de forma desproporcionada el derecho constitucional a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, 'solemne' y 'formal', que le asiste a toda familia, incluyendo, aquellas conformadas por dos personas del mismo sexo. La forma de evitar este grado de desprotección irrazonable y desproporcionado es la medida subsidiaria que permite, precisamente, que las parejas en cuestión puedan celebrar su contrato matrimonial.

De esta forma, se observa que la Corte Constitucional Colombiana ha materializado la doctrina de constitucionalismo viviente, como lo indica GARCÍA J, Leonardo, ya citado, cuando asevera: *La Corte Constitucional Colombiana ha hecho referencia doctrina del constitucionalismo viviente, cuando ha suscrito la concepción conforme a la cual, independientemente las intenciones subjetivas de los gestores de la norma, lo cierto es que, una vez dictadas, se independizan de querer de sus autores (Sentencia T – 001/92 y C-152/03).*

3.- Implicaciones del reto del constitucionalismo democrático en Colombia, mediante el ejercicio de la democratización de las acciones constitucionales mediante la interpretación de los derechos constitucionales

Las condiciones constitucionales de la interpretación de los derechos constitucionales se deben plasmar, una vez, se estudien y analicen las circunstancias sociales que generan el cambio de mentalidad filosófica, jurídica y social, amén de todos los factores que resulten involucrados en esa disertación, para que mediante el progresismo que aboga el constitucionalismo democrático, se sigan generando espacios en el contexto de la administración de justicia, donde los Jueces y los Magistrados creen el diálogo interinstitucional que la Corte ya ha abierto y practicado con la sociedad y las instituciones gubernamentales, académicas y de toda índole, para que sin ningún obstáculo la sociedad participe en la interpretación progresista de los derechos constitucionales para con ello alcanzar la efectividad de los derechos constitucionales de los miembros de la población colombiana.

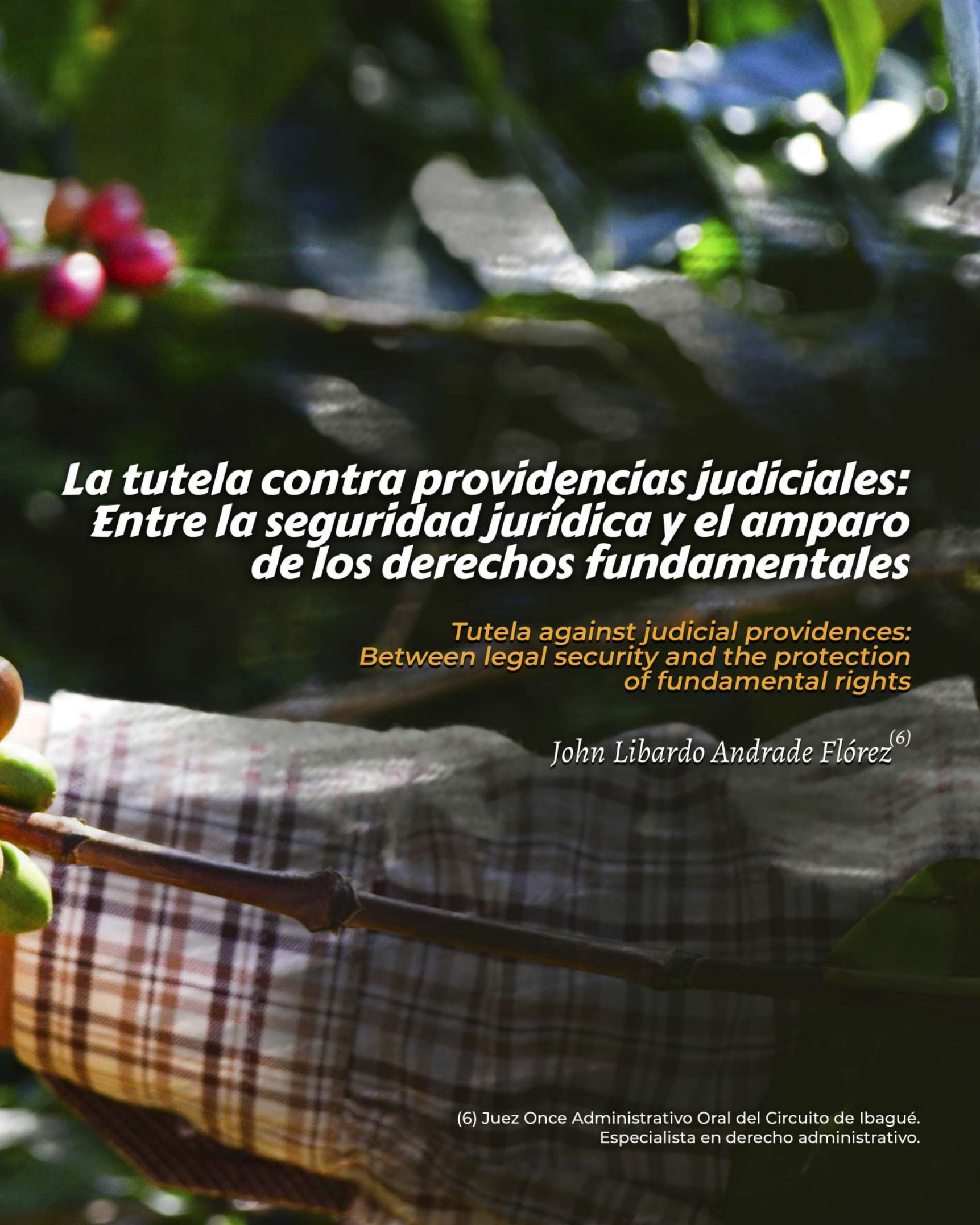
Se deja a modo de conclusión una pregunta en la inmensidad de la democratización constitucional que busca hacer efectivos los derechos de la población en Colombia, teniendo en cuenta para ello, el texto de Martínez Dalmau, Rubén, *"Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos"* cuando expresa: Cabe ser honestos con el objetivo del juez en la interpretación evolutiva: no es sólo fortalecer la relación entre normatividad y realidad, y huir de esta manera del nominalismo constitucional. También es transformar la realidad social a través del cambio en el significado de las disposiciones constitucionales. En este ámbito, el intérprete evolutivo se mueve en aguas cenagosas, puesto que un exceso en la función interpretativa podría acabar en la sustitución de la voluntad constituyente, por la voluntad del juez como intérprete evoluti-

vo. Por lo que:

"Pondría con ello en peligro la legitimidad democrática de la Constitución y, por lo tanto, del resto del ordenamiento jurídico, cuya legitimidad proviene de ésta. Por esa razón, la interpretación evolutiva no sólo está limitada por el tenor literal del texto y por las condiciones de normatividad de la disposición, sino que debe tomar en cuenta la voluntad del poder constituyente democrático. Éste es quien determinó la existencia de las normas constitucionales, objeto de interpretación a través de un debate público, democrático, capaz de producir voluntad general. Es, en definitiva, quien legitimó la Constitución. En caso de que la adaptación social y la normatividad de la disposición fueran tan relevantes como para considerar un significado contrario a la voluntad del constituyente, una Constitución democrática no debería tener obstáculos para ser modificada democráticamente, a través de una nueva generación de voluntad general: debate público y decisión colectiva sobre la disposición correspondiente. El carácter emancipador de la Constitución democrática requiere de esta potencial revisión, que rompería formalmente la rigidez justificadora de la decisión judicial evolutiva. Así podría o no coincidir con la decisión democrática; ésta decisión sería la evolutiva. Hurtar la decisión al debate público y hacerla recaer sobre los hombros del juez haría un flaco favor a la evolución democrática de la sociedad a través de la dialéctica constituyente que soluciona de manera emancipadora la tensión entre democracia y constitucionalismo."

¿Cuál es límite constitucional que tiene el Juez constitucional, para que su actuación no reemplace la voluntad del constituyente primario, cuando realiza la interpretación evolutiva de los derechos constitucionales dentro del marco progresista y de integración de la normatividad internacional que tiene que ver con la efectividad en la protección de los derechos humanos?

Claudia Milena Vélez Ortiz



La tutela contra providencias judiciales: Entre la seguridad jurídica y el amparo de los derechos fundamentales

Tutela against judicial providences: Between legal security and the protection of fundamental rights

John Libardo Andrade Flórez[6]

(6) Juez Once Administrativo Oral del Circuito de Ibagué. Especialista en derecho administrativo.

RESUMEN

La acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial que ampara los derechos fundamentales; sin embargo, después de haberse tramitado un largo proceso ordinario de dos instancias, una de las partes decide acudir a la acción constitucional para que se dicte una sentencia de reemplazo y se acceda a las pretensiones de la demanda o se absuelva de las mismas al demandado; es así como se presentan dos derechos en tensión: La seguridad jurídica y el amparo de los derechos fundamentales.

Para que proceda la acción de tutela en contra de una providencia judicial deben cumplirse todos los requisitos generales de procedibilidad y al menos uno de los requisitos específicos.

PALABRAS CLAVES

Requisitos, procedibilidad, seguridad jurídica, derechos fundamentales.

ABSTRAC

The tutela action is a judicial defense mechanism that protects fundamental rights; However, after a long ordinary two-instance process has been processed, one of the parties decides to go to the constitutional action so that a replacement judgment is issued and the claims of the lawsuit are accessed or the defendant acquitted of them. This is how two rights are presented in tension: Legal security and protection of fundamental rights.

For the protection action against a court order to proceed, all the general procedural requirements and at least one of the specific requirements must be met.

KEYWORDS

Requirements, procedure, legal certainty, fundamental rights.

1. Introducción

Los artículos 11 y 40 del decreto 2591 de 1991 establecían los requisitos y términos para formular la tutela en contra de las providencias judiciales; sin embargo, estos fueron declarados inexequibles mediante sentencia C-543 de 1992 de la Corte Constitucional(7)(8) al considerarse que vulneraban los principios de separación de funciones y de seguridad jurídica que consagra la Constitución; sin embargo, en dicha jurisprudencia se dio una válvula de escape al manifestar que procedía si se presentaba una vía de hecho y por ende contraria a la Constitución.

2. Requisitos generales y especiales para la procedencia de la tutela

Más adelante, en la sentencia C-590 de 2005(9)(10) se establecieron los requisitos generales y especiales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales.

Los generales son los siguientes:
a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. El Juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones; es decir, que afecte derechos fundamentales de las par-

(7) M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
(8) Citada en la sentencia del 2 de julio de 2021 del Tribunal Administrativo del Tolima, exp. No 73001 23 33 000 2021 00221 00. M.P. Luis Eduardo Collazos Olaya.
(9) M.P. Jaime Córdoba Triviño.
(10) Citada también en la sentencia del 2 de julio de 2021 antes mencionada.

tes.
b) Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance del afectado. Es un deber del actor agotar todos los mecanismos judiciales que le otorga el ordenamiento jurídico para la defensa de sus derechos. De lo contrario, la tutela se convertiría en un mecanismo de protección alternativo, corriéndose el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales y de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas.

c) Que se cumpla con el requisito de inmediatez. Es decir, que la tutela se interponga en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. Por el contrario, si la tutela procediera meses o años después de proferida la decisión se vulnerarían los principios de la cosa juzgada y seguridad jurídica, generando incertidumbre en las decisiones judiciales.

d) Cuando se trate de irregularidad procesal. Debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

e) Identificación razonable. Debe identificarse razonablemente los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que se hubiese alegado en el proceso, siempre que hubiese sido posible.

f) Que no se trate de sentencias de tutela. Esto con el fin de no prolongar indefinidamente los debates sobre la protección de los derechos fundamentales.

Los requisitos especiales son los siguientes:
a) Defecto orgánico. Se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece absolutamente de competencia para hacerlo.

b) Defecto procedimental absoluto. Se genera cuando el Juez actúa completamente al margen del procedimiento establecido.

c) Defecto fáctico. Se origina cuando el Juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d) Defecto material o sustantivo. Se presenta cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e) Error inducido. Se origina cuando el Juez o Tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta los derechos fundamentales.

f) Decisión sin motivación. Ocurre cuando los funcionarios judiciales no dan cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, pues en la motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g) Desconocimiento del precedente. Se presenta cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el Juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

Debe precisarse que con el establecimiento de estas causales específicas de procedibilidad se superó en su momento el concepto

de vía de hecho, pues, aunque no está ante una burda transgresión de la Constitución, sí se tratan de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.

En este orden de ideas, para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales debe cumplirse con todos los requisitos generales y al menos uno de los especiales(11) .

3. Casos específicos

A continuación, revisaremos dos casos puntuales que se tramitaron en el Consejo de Estado en los cuales se formuló acción de tutela en contra de providencias judiciales.

3.1 Rad. No 11001-03-15-000-2021-00531-01(AC)(12)

En este caso la sección quinta del Consejo de Estado conoció de la impugnación presentada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) en la cual se había declarado improcedente la acción de tutela que había presentado.
Es así como la UGPP en la solicitud de tutela pidió al Consejo de Estado que se dejara sin efectos las sentencias proferidas por la sección segunda subsección A del Consejo de Estado y por la misma sección y subsección del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual en segunda instancia se ordenó reliquidar una pensión de jubilación con la inclusión además de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, de los factores devengados durante los diez (10) años anteriores al retiro del servicio: Horas extras (Las de 1999), el sobresueldo del 20% por coordinación (De los años 2002 al 2004) y el pago por encargo (Del 2007 y 2008).

Lo anterior, al considerarse que se desconocían los factores del Ingreso Base de Liquidación (IBL) establecidos en el decreto 1158 de 1994 y en la sentencia C-258 de 2003 entre otras sentencias de constitucionalidad, pues, el sobresueldo no era factor salarial y adicionalmente no se cotizó sobre éste, generándose un grave detrimento a la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Asimismo, en subsidio de las pretensiones anteriores la entidad demandante solicitó se concediera la tutela como mecanismo transitorio suspendiendo las sentencias impugnadas y hasta que se resolviera el recurso extraordinario de revisión que se iniciaría como consecuencia de la orden de tutela.

En la respuesta a la tutela la sección segunda del Consejo de Estado manifestó que en el certificado de salarios emitido por el empleador expresa-

mente se indicó que se cotizó sobre el factor denominado sobresueldo.

En la parte motiva del fallo cuando se hacía alusión al principio de subsidiariedad, se indica que una persona que acude a la administración de justicia para que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico ni pretender que el Juez de tutela tome decisiones paralelas a las del Juez natural y en consecuencia vaciar sus competencias.

Entrando en el caso concreto se destaca que la tutela presentada por la UGPP cumplió con el requisito de inmediatez, pues se presentó dentro de los seis (6) meses siguientes a la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, siguiendo este criterio que fue acogido por la Sala Plena de lo contencioso administrativo en la sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014(13) de acoger este requisito establecido en la sentencia C-590 de 2005 de la Corte Constitucional.

Subsidariedad

Aunque el Consejo de Estado venía aceptando la procedencia de la tutela en contra de providencias judiciales cuando se desconocía el precedente establecido en la SU-230 de 2015 (14)(15) , dicha postura varió con la sentencia del 16 de marzo de 2017(16) en la cual se manifestó que el mecanismo idóneo para atacar las pensiones que se reconocían o reliquidaban con exceso de lo dispuesto en la ley, es el recurso extraordinario de revisión de acuerdo con lo establecido en el literal b) del artículo 20 de la ley 797 de 2003(17) .

Asimismo, el artículo 20 de la ley antes mencionada establece que tienen legitimación por activa los Ministerios de Hacienda y

(11) Sentencia del 2 de julio de 2021 antes mencionada.
(12) Sentencia del 6 de mayo de 2021, Sección quinta, C.P. Rocío Araujo Oñate.
(13) Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 05.08.2014, Rad: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. M.P: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Crédito y Trabajo, el Procurador General de la Nación y el Contralor General de la República, con lo que se podría sostener que la UGPP no tendría legitimación; sin embargo, en la sentencia SU-427 de 2016(18) se sostuvo la tesis que las administradoras de pensiones encargadas del pago de las pensiones reconocidas irregularmente pueden presentar el recurso de revisión, pues son las primeras instituciones llamadas dentro del sistema pensional para velar por su buen funcionamiento financiero.

Por las razones anteriores, en principio es improcedente la acción de tutela con el fin de discutir este tipo de reconocimientos, salvo que se evidencie de manera palmaria que en las providencias judiciales atacadas se incurrió en un abuso del derecho al momento del reconocimiento y/o liquidación de dichas prestaciones.

En este orden de ideas y sin perjuicio de lo que considerara el Juez natural del asunto, no se observó de manera palmaria que la pensión de la accionante del proceso primigenio se haya incrementado con abuso del derecho, teniendo en cuenta que entre los años 1999 y 2008 no se observan incrementos súbitos u ostensibles, a diferencia del caso analizado en la sentencia SU-427 de 2016 en la cual sí hubo un incremento súbito de los salarios y prestaciones sociales del actor en sus últimos años de servicio, mediante una vinculación precaria en encargo y en consecuencia recibir una pensión que no era proporcional a los aportes a la seguridad social realizados en la última etapa de su vida laboral.

En consecuencia, al existir un mecanismo idóneo para ventilar las inconformidades planteadas por la UGPP, como es el recurso extraordinario de revisión se confirmó la sentencia de primera instancia que había declarado improcedente la tutela.

3.2. Rad. No 11001-03-15-000-2020-05162-01(AC)(19)

En este caso, Empresas Públicas de Medellín (E.P.M.), presentó una acción de tutela en contra de la sección tercera subsección C del Consejo de Estado, con el fin que se dejara sin efectos un auto de segunda instancia dentro de un medio de control de controversias contractuales que había iniciado la E.P.M. en contra de Isagen, en el cual la subsección C había confirmado una providencia del Tribunal Administrativo de Antioquia en la cual se había declarado la caducidad del medio de control presentado, al considerar que debía adicionarse el término de dos (2) meses de la liquidación unilateral de un convenio interadministrativo y a partir de ahí iniciar el conteo del término de caducidad.

Es importante tener en cuenta que el 13 de noviembre de 2009 la EPM, el departamento de Antioquia, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi y el Instituto para el desarrollo de Antioquia, suscribieron un convenio interadministrativo con el fin de levantar cartografía básica del mencionado Departamento. Asimismo, el 27 de diciembre de 2010 Isagen S.A. E.S.P. se adhirió al mencionado convenio.

El 30 de abril de 2015 terminó la ejecución del citado convenio y empezaron a correr los seis (6) meses para la realización de la liquidación bilateral, pero las partes no llegaron a ningún acuerdo.

Más adelante, el 31 de octubre de 2017 la EPM presentó solicitud de conciliación extrajudicial y el 4 de diciembre de ese mismo año el Ministerio Público declaró fallida la conciliación.

Es así como Empresas Públicas de Medellín presentó una demanda en uso del medio de control de controversias contractuales, en la cual solicitó al Tribunal Administrativo de Antioquia que liquidara el contrato con el fin que el Instituto Geográfico Agustín Codazzi y el Instituto para el desarrollo de Antioquia reintegraran los aportes no ejecutados.

Mediante auto del 8 de agosto de 2019 el Tribunal antes citado rechazó la demanda por haber operado la caducidad del medio de control, al manifestar en esencia que en los convenios interadministrativos no existen clausulas exorbitantes, como la liquidación unilateral, por ende, no es aplicable la regla de los dos (2) meses para realizarla y en ese caso indicó que el termino de los dos (2) años de la caducidad iniciaba una vez terminaba la ejecución del convenio.

La parte demandante apeló el auto ante el Consejo de Estado al manifestar que debía tenerse en cuenta los dos (2) meses de la liquidación unilateral y que de esta forma debía tenerse como presentada en tiempo la demanda.

(14) M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
(15) Sentencia con la cual se acogió la tesis de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia con la cual se interpretó que el Ingreso Base de Liquidación (IBL) de las pensiones concedidas al amparo del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 es con el promedio de los diez (10) últimos años anteriores a la causación del derecho y no con el último año.
(16) Rad. 11001-03-15-000-2016-02774-01, M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.
(17) "ARTÍCULO 20. REVISIÓN DE RECONOCIMIENTO DE SUMAS PERIÓDICAS A CARGO DEL TESORO PÚBLICO O DE FONDOS DE NATURALEZA PÚBLICA. <Apartes tachados INEXEQUIBLES (sentencia C-835 de 2003 de la Corte Constitucional)> /"(…) La revisión se tramitará por el procedimiento señalado para el recurso extraordinario de revisión por el respectivo código y podrá solicitarse en cualquier tiempo por las causales consagradas para este en el mismo código y además: /a) Cuando el reconocimiento se haya obtenido con violación al debido proceso, y /b) Cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables."
(18) M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
(19) Sentencia del 6 de mayo de 2021 Sección cuarta, M.P. Julio Roberto Piza Rodríguez.

El Consejo de Estado mediante auto del 20 de septiembre de 2020 confirmó la caducidad, pero con razones diferentes: Que las partes acordaron liquidar el convenio dentro de los seis (6) meses siguientes al vencimiento del término de ejecución, que feneció el 30 de abril de 2015.

Asimismo, que como las partes no pactaron liquidación unilateral, el computo de la caducidad inició una vez vencieron los seis (6) meses antes mencionados; sin embargo, aclaró que la liquidación unilateral no es una potestad excepcional de las definidas en el artículo 14 de la ley 80 de 1993 y que puede ser pactada en los convenios interadministrativos. Que el término para liquidar venció el 31 de octubre de 2015 y el plazo para demandar corrió entre el 1º de noviembre de 2015 y el 1º de noviembre de 2017. Con la presentación de la solicitud de conciliación prejudicial el 31 de octubre de 2017, se suspendió el término de caducidad hasta el 4 de diciembre de 2017, cuando se declaró fallida la conciliación.

Finalmente, el término para demandar venció el 6 de diciembre de 2017; sin embargo, la demanda fue presentada el 11 de diciembre de 2017.

La sección primera del Consejo mediante sentencia de primera instancia del 28 de enero de 2021, negó las pretensiones de la tutela al manifestar que no existe una posición unificada de la sección tercera sobre la procedencia de la liquidación unilateral en los convenios interadministrativos, pues la primera posición sostiene que no son susceptibles de la mencionada liquidación, al considerar que no puede ser ejercida cuando la contraparte es el mismo Estado y la segunda que es procedente tanto la liquidación bilateral como unilateral, pues esta última no es una facultad exorbitante, teniendo en cuenta que la ley 80 de 1993 no la enuncia como tal y en consecuencia es procedente.

Es así como la autoridad judicial demandada en el marco de su independencia escogió la postura conforme la cual los convenios interadministrativos no son susceptibles de liquidación unilateral y, por tanto, no debía contarse dentro del término de caducidad el plazo de 2 meses para ejercer dicha facultad, la cual fue debidamente motivada en el auto objeto de la presente acción.

La sentencia fue impugnada por parte de EPM quien sustentó diciendo que el *a-quo*, la sección primera, se equivocó al afirmar que la autoridad judicial demandada indicó los convenios interadministrativos no admiten la liquidación unilateral, pues la sección tercera, subsección c, acepta esta posibilidad y además que no se tuvo en cuenta la providencia de unificación del 1º de agosto de 2019, en las que se aplicó los principios pro *damato* y *pro actione*, para evitar interpretaciones restrictivas frente al conteo de la caducidad.

En este orden de ideas, la impugnación correspondió a la sección cuarta quien determinó que la autoridad judicial demandada no desconoció la facultad legal que tienen las entidades públicas de liquidar unilateralmente los contratos; es así como en ejercicio de los principios de autonomía e independencia judicial la autoridad judicial demandada puede válidamente fijar la interpretación que estime pertinente para resolver la controversia puesta a su consideración, pues no corresponde al Juez de tutela definir la correcta interpretación de las normas que deban aplicarse en cada caso, solo cuando esa interpretación carezca de razonabilidad puede intervenir para proteger los derechos

fundamentales y en consecuencia en ese caso no se vio la urgencia ni la necesidad de intervenir en éste.

Es así como la sección cuarta confirmó la sentencia de primera instancia, pero por las razones expuestas en su providencia.

4. Conclusiones

Teniendo en cuenta lo expuesto a lo largo de este artículo se llega a las siguientes conclusiones:

• La acción de tutela contra providencias judiciales tiene unos requisitos generales muy estrictos, que tienen por objeto garantizar la seguridad jurídica y evitar vaciar las competencias de los jueces ordinarios, pues no le es dado al Juez de tutela fijar la correcta interpretación de las normas, solo cuando la interpretación del Juez ordinario carezca de razonabilidad o se observe de forma palmaria un abuso del derecho puede intervenir el Juez constitucional.

• Aunque los funcionarios judiciales gozan de autonomía judicial para interpretar las normas, es importante que el precedente de las altas cortes sea respetado para evitar pluralidad de interpretaciones, que cierren legítimamente el camino para una tutela contra providencia judicial.

• Asimismo, las partes y sus apoderados deben analizar con razonabilidad y ponderación antes de formular la acción de amparo en contra de una providencia judicial, pues un uso indiscriminado de la misma contribuye a la congestión de la administración de justicia, no solamente en el despacho que decide la acción sino en aquellos que son demandados, lo que quita la posibilidad de tramitar y fallar un proceso ordinario que también demanda oportuna atención.

Algunas opacidades de la reforma al CPACA

Some opacities for the reform to the CPACA

Juan Carlos Hincapié Mejía [20]

(20) Magistrado Tribunal Administrativo de Risaralda

RESUMEN

La reforma a la Ley 1437 de 2011, consagrada en la Ley 2080 de 2020, presenta unas opacidades evidentes en torno a la consulta (que no se consagró) y la competencia para dirimir asuntos de carácter laboral por parte del Consejo de Estado, en aras de preservar una descongestión de este alto tribunal, que simplemente se trasladó a otro nivel de la jurisdicción.

ABSTRAC

The reform to Law 1437 of 2011, enshrined in Law 2080 of 2020, presents obvious opacities around the consultation (which was not enshrined) and the competence to resolve labor matters by the Council of State, for the sake of to preserve a decongestion of this high court, which was simply transferred to another level of jurisdiction.

PALABRAS CLAVES

Reforma, consulta, competencia, descongestión.

KEY WORDS

Reform, consultation, competition, decongestion

Pese a que la Ley 1437 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA) todavía no ha cumplido sus 10 años de vigencia (art. 308) ya se presentó una reforma significativa que tuvo como principal propósito descongestionar al Consejo de Estado y superar algunas antinomias que se presentaban en su interpretación. En efecto, la Ley 2080 del 25 de enero de 2021, presentada como proyecto desde el 20 de julio de 2019, pretende aligerar la carga del Consejo de Estado relegando sus funciones como Tribunal de segunda instancia y fortaleciendo su operación como órgano dedicado a unificar jurisprudencia, teniendo en cuenta que en materia de competencias(21) la mencionada modificación solo entrará en vigencia al cabo de un año después de publicada (art. 86).

Sin embargo, ese sano propósito se desdibujó por cuanto en algunos aspectos, como se verá, se suprimió toda interacción de nuestro órgano de cierre con los Tribunales Administrativos al quedar derogada la competencia en segunda instancia por ejemplo en asuntos laborales, quedando solo la función de unificación, lo cual constituye una decisión desafortunada que hará muy complejo que un amplio espectro de justiciables tengan vedado llegar con sus controversias al Consejo de Estado, dada la evidente brecha de cuestiones que son materia de unificación frente a aquellas en donde la división del trabajo se ciñe a la cuantía, lo que irá marginando a esa Corporación del papel que actualmente tiene en nuestra jurisdicción, con mayor razón si en aspectos procesales que sean transversales a todas las secciones del Consejo de Estado, cuando se pretenda sentar o unificar jurisprudencia, solo podrán ser proferidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo (art. 79 Ley 2080 de 2021). Además, se generaron otros problemas con relevancia constitucional que se abordarán brevemente sin entrar al análisis de un aspecto de marcada actualidad como lo es la inaplicación por parte del mismo Consejo de Estado de los preceptos relativos al control automático de legalidad de fallos con responsabilidad fiscal, porque el mismo ameritaría un estudio aparte.

(21) Artículos 24 a 30.

La Ley 1437 de 2011 tuvo dentro de sus loables propósitos inscribir el proceso contencioso administrativo en los senderos de la oralidad, siguiendo lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 1285 de 2009, que modificó el artículo 4 de la Ley Estatutaria de Administración Judicial - LEAJ, y buscó poner a tono dicho proceso con los postulados constitucionales de la nueva Carta, dado que el Decreto 01 de 1984 se consideró anacrónico y no apto para una época de drásticos cambios empezando por la incorporación de la tecnología en las actuaciones judiciales. Sin embargo, el llamado CPACA quedó con una deuda constitucional no saldada. Y esta deuda, a mi juicio, tiene el carácter de «omisión legislativa relativa» en cuanto no se consagró en nuestro estatuto procesal el grado jurisdiccional de consulta, el cual, como se sabe, tiene por venero el artículo 31 inciso 1° de la Constitución Política que dispone que «Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley», de tal manera que, salvo situaciones muy puntuales –como los asuntos de única instancia (22)–, toda sentencia puede ser apelada o consultada, y la Ley 1437 de 2011 hizo caso omiso de la consulta con un claro propósito de descongestión judicial.

Ahora, si bien la Corte Constitucional ha considerado, por ejemplo, en la sentencia C-329 de 2015, que la descongestión judicial es un fin constitucionalmente legítimo y «en especial en cuanto atañe al Consejo de Estado» (numeral 4.6.10.1.) indicando para el efecto que «Así, pues, este fin no está prohibido por la Constitución, sino que corresponde a la realización de un derecho fundamental y a un imperativo del Estado Social y Democrático de Derecho, como es el de la solución pacífica y oportuna de los conflictos» y señalando más adelante que «El medio de que se vale la norma demandada para obtener el antedicho fin, es el de restringir el recurso de apelación de autos…», es claro que, aún bajo la égida de ese fin constitucional admisible de la descongestión, no sea posible omitir el grado jurisdiccional de consulta. En otras palabras, por legítimo que sea perseguir la descongestión de los despachos judiciales, no es posible dejar de regular la consulta en nuestro estatuto procesal, dado que el medio escogido en este caso sería la supresión o la enervación de un postulado constitucional como el establecido en el artículo 31 ya citado y ello, claramente, atendiendo que en palabras de la misma Corte, la regla es la de que al ejercer el control de constitucionalidad se debe aplicar un test leve o débil de igualdad, que es el ordinario, ni siquiera ese test leve lo podría superar la omisión de marras.

Y lo anterior sube de punto cuando se entiende, sin que sea objeto de enconados debates en la doctrina y la jurisprudencia, que la consulta está consagrada en los estatutos procesales generalmente con base en motivos de interés público con el objeto de proteger a la parte más débil en la relación jurídica que se trata (por ejemplo, sentencia T-389 de 2006), luego ¿Sería posible dejar sin protección a la parte débil de la relación procesal so pretexto de descongestionar los despachos judiciales? La respuesta obviamente es negativa y desde luego esta omisión legislativa debe ser subsanada, así se haya desaprovechado la oportunidad que se tuvo con el proyecto que a la postre se convirtió en la Ley 2080 de 2021, para subsanar esa omisión legal con trascendencia constitucional.

Se hace menester recordar que el artículo 184 del anterior Código Contencioso Administrativo establecía la consulta en los siguientes eventos: i) respecto de las senten-

cias que impusieran condena en concreto, dictadas en primera instancia, a cargo de entidades públicas que excedieran de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales; ii) hubieran sido proferidas en contra de quienes hubieran estado representados por curador *ad litem* cuando no fueren apeladas, y iii) en asuntos contenciosos de carácter laboral cuando de la respectiva actuación se deduzca que la demandada no ejerció defensa alguna de sus intereses. Consideramos que incluso la norma anterior presentaba un déficit de protección constitucionalmente inadmisible, pues, no eran consultadas las sentencias totalmente adversas a los empleados estatales, ni a los pensionados, por lo que si ese era el panorama con el Decreto 01 de 1984, *a fortiori* hoy lo es con ausencia absoluta del grado jurisdiccional de consulta, y la descongestión judicial no puede realizarse a costa de claros principios de estirpe constitucional o en detrimento de la protección de la parte débil de la relación jurídica, por lo que podría señalarse que la protección de derechos colectivos sería un asunto de

(22) Sin perder de vista lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-424 de 2015, para asuntos laborales ordinarios.

singular importancia, verbigracia atendiendo la importancia que tiene el medio ambiente y su incidencia en la misma existencia de la humanidad, por lo que las sentencias totalmente denegatorias de las pretensiones deberían ser consultables. Ello, simplemente para mostrar algunos casos donde ameritaría replantearse el tema de la consulta y ver como situaciones dignas de protección deben estar amparadas por este grado jurisdiccional cuya consagración en manera alguna puede quedar sometida a la libérrima discrecionalidad del legislador, pues una cosa es la amplia libertad de configuración del legislador en materia de procedimientos judiciales y otra, muy diferente, que esa libertad sea sinónimo de discrecionalidad absoluta de tal manera que pueda eludirse el contenido del artículo 31 de la Carta el cual, desde luego, no puede operar solo en lo relativo al recurso de apelación, dado que no militan razones de peso para que un mismo dispositivo normativo reciba un tratamiento diferente sin razones atendibles y sobre todo si tiene linaje constitucional.

Ahora bien, amén de la perplejidad que nos causa la ausencia de la consulta en el CPACA, nos encontramos que la reforma inserida en la Ley 2080 de 2021, dejó relegada a su mínima expresión la posibilidad que tienen los servidores del Estado y pensionados del sector público de que sus controversias puedan ser llevadas ante el Consejo de Estado, que, según nuestra Constitución Política, es el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo (artículo 237-1° C.P.), pues, de acuerdo al artículo 30 de la referida ley, que modificó el artículo 155 de la Ley 1437 de 2011, particularmente su numeral 2°, los jueces administrativos conocen en primera instancia de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, sin atención a su cuantía, y la justificación para ello fue la famosa «pirámide invertida» (23) según la cual, el órgano cúspide de la jurisdicción contencioso administrativa es el más congestionado y los Tribunales y juzgados, siendo de menor jerarquía, tienen en su haber relativamente menos procesos. Nuevamente aparece la descongestión judicial como fin último de la reforma del presente año, y ello no se hizo combatiéndola en su verdadera raíz, sino modificando competencias y abultando el número de procesos de la base de nuestra jurisdicción. Es decir, trasladando la congestión de un lugar a otro y para ello se adujo también que se fortalecería el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia el cual, de acuerdo al parágrafo del artículo 71 de la Ley 2080, procede sin consideración a la cuantía.

Frente a esta atípica norma que dejó todos los asuntos laborales en manos de los jueces administrativos, sin atención a la cuantía, caben hacer las siguientes preguntas: ¿Si ninguna de las demás secciones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo quedó despojada de conocer por apelación de procesos ordinarios, por qué la Sección Segunda sí puede quedar liberada de esa carga, cuando precisamente debe conocer de asuntos donde los sujetos procesales son igual o incluso más dignos de protección que en los que conocen las demás secciones? ¿Quitar la cuantía del recurso de unificación de jurisprudencia equilibra la situación generada por la ausencia del recurso de apelación ante el Consejo de Estado? Esta última pregunta debe ser respondida

(23) Frase empleada en la exposición de motivos del proyecto de ley presentado el 20 de julio de 2019 y que a la postre se convirtió en la Ley 2080 de 2021.

negativamente dado la evidente limitación de asuntos que son materia de unificación de jurisprudencia frente a la diversidad temática de aquellos donde la única consideración para dividir el trabajo es la cuantía de la controversia. Tampoco creemos posible que el Consejo de Estado pueda despojarse de su rol de Tribunal de segunda instancia, pues históricamente lo ha sido -antes y después de la Constitución de 1991- sin que su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo pueda justificar un vaciamiento de su competencia de juez de instancia, dado que el novísimo recurso de unificación de jurisprudencia tiene alcances limitados y no existe en nuestro ordenamiento jurídico la casación administrativa como ya lo señaló la Corte Constitucional.

Es cierto que la cuantía de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes como hito a partir del cual conocen los Tribunales Administrativos en primera instancia de procesos de linaje laboral es bastante baja (art. 152-2° Ley 1437 de 2011 en su redacción original), sin embargo, ello no era razón suficiente para que la Sección Segunda dejara de conocer vía recurso de apelación de asuntos laborales. La cuestión era entonces aumentar la cuantía, pero no eliminarla. A este razonamiento se le sindica de desconocer que de todos modos se va a garantizar el principio constitucional de doble instancia, dado que legalmente al conocer los jueces administrativos de los procesos en primera instancia los tribunales lo hacen en segunda (art. 153 CPACA), pero este argumento parece deleznable porque en primer lugar llevaría a hacer innecesario el órgano de cierre de nuestra jurisdicción, lo que es claro no es admisible al tener el Consejo de Estado consagración constitucional (arts. 236 y 237 C.P.) y al no existir la casación administrativa (sentencia C-713 de 2008) y segundo, porque los recursos extraordinarios, así sean sin cuantía, son excepcionales y no la regla general, por lo que la Sección Segunda quedaría al final con muy pocos asuntos a su cargo, y aquellas materias no sujetas a unificación jurisprudencial por el órgano de cierre jamás podrían llegar a esa Sección, salvo en caso de tutela contra providencias judiciales. Como se ve, no existen razones atendibles, diferentes a la simple descongestión del Consejo de Estado –constitucionalmente de recibo pero que se está convirtiendo en fin último de la legislación en nuestra jurisdicción- para dejar en la base de la organización judicial contencioso administrativa el peso de todos los asuntos laborales, que, dicho sea de paso, son de los que más demanda de justicia reclaman.

Igualmente, debemos recordar que el artículo 19 de la Ley 2080 de 2021 permite que, mediante conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pueda «precaver un eventual litigio o poner fin a uno existente». Al respecto, simplemente basta traer a colación el artículo 237 numeral 3° de la Carta Política de Colombia que establece como atribuciones de esa Corporación Judicial, actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en «asuntos de administración» y no, para dirimir controversias y menos mediante conceptos vinculantes. Poner fin a un litigio existente mediante un concepto no parece muy ortodoxo jurídicamente hablando, amén que no sería en estricto sentido un «asunto de administración» sino una controversia judicial llevada ante la Sala de Consulta y Servicio Civil, sin que esta realidad pueda ser alterada solo porque los litigantes sean entidades públicas del orden nacional o territorial. En el mejor de los casos se erige un concepto como mecanismo alterno de solución de conflictos con el fin de precaver un eventual litigio, y esa lectura será

bien vista bajo la perspectiva de los artículos 237 numeral 6° de la Constitución y 38 numeral 6° de la Ley 270 de 1996. No obstante, la tan recordada libertad de configuración del legislador en punto a procedimientos judiciales toda potestad está sujeta a límites, y por eso no creemos que sea constitucionalmente admisible que la Sala de Consulta pueda dirimir conflictos jurisdiccionales o, que uno de los sujetos procesales pueda ser conminado a aceptar como vinculante un concepto, esto es, un acto no jurisdiccional expedido por autoridad distinta a aquella que es competente para conocer del litigio, ya que ello constituiría una afrenta al debido proceso en su vertiente del juez natural, toda vez que es este juez el constitucional y legalmente llamado a dirimir la controversia y no uno externo, así sea parte del órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, máxime, si no tiene atribuciones jurisdiccionales lo que equivaldría a desconocer los artículos 6°, 121, 122-1 y 123-2 de la Constitución Política de Colombia, por lo que tampoco podría decretar pruebas en forma paralela (art. 19 literal c) Ley 2080 de 2021) al proceso que dio origen al concepto.

No se duda del sano fin constitucional de ampliar las atribuciones de la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado, sobre todo si se tiene la percepción implícita de su subutilización frente a la amplia gama de problemas que deben resolver las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, más, para ello, creemos que debería operar una reforma constitucional y no una simplemente legal, sobre todo cuando se le quieren asignar funciones jurisdiccionales, lo que no puede efectuarse por la puerta de atrás y bajo el disfraz de un concepto que, de tal, no tiene nada.

Nuevos enfoques en el juicio de responsabilidad dentro del medio de control de repetición

New approaches to liability trial in repetition action

Darío Ernesto Martínez Jurado[24]

(24) Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana, en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia, en Derecho Procesal, Contractual y Laboral de la Universidad del Rosario. Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Asesor jurídico del Tribunal Administrativo del Quindío, Armenia, Colombia.

RESUMEN

El presente escrito abordará lo inadecuado del enfoque netamente civilista que ha tenido el juicio de responsabilidad subjetivo involucrado en el medio de control de repetición en Colombia. A partir de una reflexión constitucional y de derecho administrativo moderno, se rescatarán algunos rasgos de este mecanismo procesal que le otorgan autonomía y legitimidad democrática; a modo de propuesta, se delinearán algunos insumos teóricos de derecho público que permiten perfeccionar el juicio de reproche. A su turno, rescatar dicho juicio para que se convierta en un verdadero mecanismo que previene la corrupción y contribuye al correcto funcionamiento de la Administración Pública.

PALABRAS CLAVE

Autonomía, repetición, juicio de reproche, insumos teóricos e integridad del sistema de responsabilidad.

ABSTRACT

This writing will address the inadequacy of the purely civilian approach that the subjective responsibility judgment involved in the means of repetition control in Colombia has had. Starting from a constitutional reflection and modern administrative law, the features of this procedural mechanism that grant it autonomy and democratic legitimacy will be rescued, as a proposal, some theoretical inputs of public law will be outlined that allow perfecting the judgment of reproach. In turn, rescue said trial so that it becomes a true mechanism that prevents corruption and contributes to the proper functioning of the Public Administration.

KEYWORDS:

Autonomy, repetition, judgment of reproach, theoretical inputs and integrity of the responsibility system.

INTRODUCCIÓN

> *"El derecho administrativo se caracteriza por una suerte de coexistencia de distintas formas de sintetizar modelos diversos"*
> *Javier BARNES, Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*

El derecho administrativo, tradicionalmente, se ha servido de instituciones del derecho privado para materializarse y evolucionar; ello se constata al examinar algunos conceptos, teorías y presupuestos que los operadores jurídicos utilizan frecuentemente para resolver controversias, lo vemos, por ejemplo, al abordar las teorías de la causalidad en materia de responsabilidad subjetiva u objetiva, el incumplimiento contractual, el fenómeno de la culpabilidad, entre otros. Sin embargo, nuestra ciencia se encuentra en un proceso decidido de constitucionalización, ello ha significado para la administración pública su orientación hacia la consecución de claros mandatos de eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y buenas prácticas de gobernanza, es decir, ámbitos de poder publicitados y controlados, distante de la idea que algún sector de la doctrina promulga sobre la "huida" o "pérdida de vigencia" del derecho administrativo. Este proceso estimula la revisión del derecho administrativo legislado vigente y su jurisprudencia, en confrontación con los propósitos, principios y valores de la Carta Política de 1991, de manera que se logre decantar los verdaderos cimientos de cada institución, concepto o teoría del derecho

administrativo colombiano con el propósito de encauzarlo al logro eficiente de los fines estatales. De dicho ejercicio se obtienen proposiciones innovadoras, actualizadoras o renovadoras que benefician la autonomía de nuestra ciencia.

Las actuaciones de la Administración Pública colombiana en la modernidad deben fundamentarse en los principios de transparencia, moralidad y responsabilidad como lo pregona la norma superior, sus desarrollos legales (L. 1437/11, L. 1474/11) e instan compromisos inaplazables adquiridos recientemente por el Estado colombiano(25). Aquellos principios de buena gobernanza comprometen a los agentes del Estado al cumplimiento sano y correcto de las tareas que les son encomendadas en cada función pública dispensada. Por consiguiente, frente a comportamientos o conductas realizadas por servidores del Estado que defrauden estos postulados, al punto de ocasionar daños al patrimonio público, es conveniente que la doctrina y jurisprudencia tracen teorías o conceptos que logren ponerlas en evidencia. En los ámbitos de control de la actividad administrativa, se hace necesario visibilizar las conductas contrarias a derecho de los servidores públicos, ello generaría conciencia y sentido se responsabilidad sobre la misión administrativa asignada; propósito principal del constituyente primario al incorporar la acción de repetición en nuestro ordenamiento jurídico(26), se lograría un efecto preventivo y de integridad frente a comportamientos sistemáticos contrarios a los fines del Estado.

En ese orden de ideas, a partir del análisis de la jurisprudencia nacional, el presente escrito pretende reflexionar dentro de la acción de repetición, sobre la insuficiencia de la concepción netamente civilista que ha involucrado tradicionalmente el juicio de responsabilidad subjetiva; especialmente, en algunos escenarios de ejercicio de poder estatal. En el marco constitucional de la acción de repetición, se esbozarán a modo de propuesta, algunos insumos de ciertas teorías de derecho público que permiten afinar el juicio de reproche y favorecer la razonabilidad de la decisión judicial de reintegro patrimonial. A su turno, ubicar la acción de repetición como un verdadero mecanismo del sistema de responsabilidad del servidor público colombiano que contribuye materialmente al correcto funcionamiento de la Administración Pública.

2. FUNDAMENTO E IMPLICACIONES DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

En el derecho francés encontramos los fallos "Daville" y "Laruelle" de 1951 como antecedente remoto de la acción de repetición, llamada en algunas latitudes como de regreso. La jurisprudencia francesa la concibió como el derecho que tiene la Administración a que le sean reembolsadas las sumas pagadas con ocasión de una indemnización originada en la culpa o falla personal de sus agentes. Se precisó que, si bien la Administración en su ámbito de funcionamiento juega un papel

(25) El Estado colombiano desde 28 de abril de 2020 hace parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Nuestro Estado está comprometido con el orden jurídico internacional en materializar la recomendación de "Gobierno Abierto", entendida como "una cultura de gobernanza que promueve los principios de transparencia, integridad, rendición de cuentas y participación de las partes interesadas en apoyo de la democracia y el crecimiento inclusivo." (OCDE, 2017).
Dicho lineamiento para Colombia implica la consecución de los siguientes objetivos: i) Diseñar y ejecutar políticas, prácticas y **mecanismos idóneos para prevenir, detectar y sancionar la corrupción**; ii) Diseñar, **promover** y alcanzar l**os más altos estándares de integridad profesional por parte de todos los gobiernos, los servidores públicos del gobierno nacional, de los gobiernos locales y de las demás ramas del poder público**; entre otros.
(26) Gaceta Constitucional lunes 22 de abril de 191. Informe Ponencia Mecanismos de protección del orden jurídico y de los particulares. El Constituyente de 1991 señaló como sustento de la acción patrimonial de repetición, el de: *"obligar al servidor público a tomar conciencia de la importancia de su misión y de su deber de actuar de manera diligente en el cumplimiento de sus tareas".*

de seguro multirriesgo frente a los daños que ocasiona, no es dable garantizar un manto de impunidad a los agentes culpables, motivo por el cual, surge para la Administración el derecho a formular una acción directa en contra de los mismos.

Así entonces, la acción en comento tiene su génesis en el mandato de excelencia asignado por la sociedad a sus servidores en el cumplimiento de funciones públicas. La ética del servidor público se orienta a preservar el interés general, garantizar los derechos fundamentales y aplicar los valores que la Carta Política promueve, lo cual repercute en los intereses particulares de los coasociados. Es por ello que en Colombia el inciso segundo de la Carta Política de 1991 en defensa del patrimonio público, impone al Estado el deber de repetir contra el agente culpable generador de una condena patrimonial; esto es, a obtener el reintegro de las sumas de dinero a cuyo pago la entidad pública se vio compelida.

La autonomía constitucional que envuelve la acción de repetición y su ejercicio obligatorio para las entidades públicas definido en la Carta Política y ratificado en su desarrollo legal (Ley 678 de 2001), son rasgos indicativos de su importancia para la protección del patrimonio público, la moralidad pública y la eficiencia de la función pública; es decir, para el derecho constitucional concretizado. En consecuencia, en nuestro criterio, luce impreciso el artículo 2 de la Ley 678 de 2001 al mencionarla como una "acción civil", en razón a que según el Código Civil las acciones civiles son esencialmente voluntarias y renunciables. La acción de repetición si bien es de contenido patrimonial, está ubicada en el derecho público porque su ejercicio para las entidades públicas es obligatorio y no desistible (art. 9 ídem). Su naturaleza y elementos esenciales emanan directamente de la norma superior.

Al respecto, recientemente la Corte Constitucional(27) tuvo la oportunidad de rememorar el verdadero enfoque y finalidad constitucional de este mecanismo procesal del derecho administrativo, en primer lugar, rememoró que se introdujo en la Carta Política: "como "criterio moralizador y de protección del patrimonio público. A su turno, reivindicó entre otros rasgos, su *"**función preventiva**, porque busca disuadir a los agentes del Estado de incurrir deliberadamente o con manifes-*

ta negligencia o imprudencia, en conductas susceptibles de generar daños, pues su patrimonio puede llegar a verse afectado para resarcir los costos de sus comportamientos ***cuando los mismos se encuentran por fuera de los márgenes propios de la adecuada gestión administrativa".***

La acción de repetición tiene como sujeto pasivo el servidor o ex servidor público que, con su conducta dolosa o gravemente culposa provocó consecuencialmente un reconocimiento indemnizatorio de parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos. Su alcance abarca también a los particulares investidos de funciones públicas. La acción en comento supone el ejercicio de un juicio de responsabilidad subjetivo, es decir, la conducta del autor juega un rol protagónico para la imputabilidad de la responsabilidad y, a su turno, el grado de culpa en que incurrió. Este mecanismo, al ser parte del sistema de responsabilidad del servidor público colombiano, comporta antes de su instauración, el estudio minucioso de las conductas de los agentes estatales determinantes para la generación del daño indemnizado.

Aquel examen debe tener presente el marco misional y jurídico de la función pública puesta en funcionamiento en el caso concreto. Es decir, si bien la acción tiene carácter patrimonial no abandona su efecto preventivo y corrector derivado directamente de la Carta Política y su raíz histórica del derecho administrativo, lo que supone un juicio de reproche valorativo de los principios y reglas que guían la Administración Pública en contraste con la conducta del agente contraria a derecho generadora del daño patrimonial, razón por la cual, estos rasgos fundamentales de la acción de repetición son menester rescatarlos en el juicio de responsabilidad que realiza el juzgador. Sobre el punto, la Corte Constitucional en la sentencia de unificación citada destacó:

> *"En este sentido, la Corte Constitucional toma nota de que, a fin de comprobar que una conducta es atribuible a título de dolo o culpa grave, pueden ser determinantes aspectos propios de la gestión*

(27) Sentencia SU354/20

administrativa, tales como (i) las funciones del agente contempladas en la ley y en el reglamento, o (ii) el grado de diligencia que le sea atribuible al servidor público en razón de los requisitos para acceder al cargo, la jerarquía del mismo en la escala organizacional o la retribución económica recibida por el servicio prestado"(28) .

3. LA INSUFICIENCIA DE LA CONCEPCIÓN NETAMENTE CIVILISTA DEL JUICIO DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

La concepción o enfoque netamente civilista que ha tenido la acción de repetición en la jurisprudencia mayoritaria del Consejo de Estado, devela ciertas limitaciones al momento en que al juzgador le corresponde examinar la causalidad y culpabilidad del agente estatal que, con ocasión de su proceder, generó responsabilidad patrimonial del Estado, y por deber constitucional le corresponde reintegrar.

El Consejo de Estado, en su jurisprudencia(29) para la prosperidad de la acción en comento, ha precisado que deben estar colmados los siguientes presupuestos: i) La existencia de condena judicial, acuerdo conciliatorio u otra forma de terminación de conflictos que imponga una obligación a cargo de la entidad estatal correspondiente; ii) El pago real o efectivo de la indemnización a la víctima del daño por parte de la entidad pública y, iii) La conducta dolosa o gravemente culposa del demandado **como factor determinante** del daño antijurídico y de la respectiva condena.

En ese orden de ideas, nos concentraremos en el juicio de responsabilidad subjetiva. Al respecto, podemos identificar que los conceptos de causalidad y culpabilidad en la acción de repetición no solamente se nutren del derecho; esto es, la determinación concreta de que el agente estatal por su acción u omisión incurrió en una conducta constitutiva de dolo o culpa grave, y que lo hizo en ejercicio o con motivo de sus funciones. Consideramos que se relaciona también con un problema científico, filosófico, de principios y valores que orientan la función pública en donde se produjo el daño, sus causas definitivas y para el bien del **interés general su no reincidencia.**

Así entonces, encontramos que en determinadas estructuras estatales, se dota al agente de notables y especiales poderes en razón a la naturaleza de la función pública asignada, motivo por el cual, en dichos escenarios se abre la posibilidad de que un agente estatal instrumentalice a otro y su conducta pueda ser reprochada desde una óptica un tanto más compleja, pero evidenciable. No obstante, para dilucidar aquellos contextos y conductas de los agentes del Estado, las teorías civilistas no proporcionan las mejores herramientas o insumos de reproche.

En efecto, en primer término, es preciso traer a colación la concepción que tiene la jurisprudencia sobre el ítem de culpabilidad del agente estatal, como factor determinante o de causalidad del reconocimiento indemnizatorio del Estado. En el desarrollo de dicho escrutinio ha precisado lo siguiente:

Debía ofrecer pruebas que evidenciaran que (…) el demandado obró con el ánimo

(28) En la Sentencia del 26 de febrero de 2014 (Rad.: 48384 - C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa), la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado expresó que el operador jurídico de repetición debe tener en cuenta: (i) "las características particulares del caso", las cuales "deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos"; (ii) "la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos"; y (iii) "otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política y en la ley".
(29) Consejo de Estado, 27 de enero de 2016, Rad. 39655.

de causarle perjuicio (…) (conducta dolosa) o que su conducta estuvo acompañada de una negligencia tan extrema que permita deducir tal intención. No podía pretender acreditar la culpabilidad del demandado simplemente con las consideraciones de la sentencia de condena, por las razones anteriormente expresadas . (30)

En similar sentido, ha dicho:

Las pruebas obrantes en el expediente no permiten deducir que el agente demandado ***hubiese obrado con la intención de causar el daño ni que hubiese adoptado una conducta de extrema negligencia, subestimando o desdeñando el peligro que generaba su conducta no obstante poder conscientemente preverlo****. La entidad demandante no aportó prueba alguna dirigida a demostrar una conducta semejante en el agente, acreditando, por ejemplo,* ***que se trataba de un funcionario que obrara generalmente de ese modo.*** *(31)*

En un caso particular que incluyó la participación de varios servidores del Ejército Nacional y la ejecución material del hecho de parte de un soldado -efectuó un disparó a la víctima-, el soldado resultó demandado por el Estado de forma exclusiva en repetición, lo cual, pone en evidencia varias insuficiencias en el estudio previo de los comportamientos determinantes que pudieron provocar el daño. La jurisprudencia reciente plasmó la siguiente consideración, que sirve de insumo al planteamiento del presente escrito:

En la contestación de la demanda, ***hecha al iniciar el proceso por el propio agente demandado, este aceptó la realización de la conducta imputada pero,*** *en contra de lo afirmado en la demanda y de lo señalado en la sentencia de condena dictada contra la entidad, indicó que* ***había obrado en cumplimiento de una orden de operación que había sido proferida por su superior a partir de operaciones de inteligencia previa*** *y afirmó que su conducta se había sujetado a los preceptos legales. Con tal objeto, solicitó pruebas documentales y una inspección judicial en el batallón con el propósito de obtener evidencias de sus afirmaciones.*

(…) la información y los argumentos expresados en la misma le permitían a la entidad demandada adelantar una actividad probatoria dirigida a establecer la realidad de lo ocurrido y -de ser el caso- acreditar la culpabilidad del demandado(32).

De acuerdo con lo anterior, la jurisprudencia, implícitamente, al realizar el examen probatorio del tercer presupuesto de prosperidad de responsabilidad subjetiva, reclama la configuración de una causalidad natural; es decir, la ejecución material por parte del agente estatal de la acción u omisión generadora del daño antijurídico. Bajo dicha concepción tradicional y civilista, tenemos que la responsabilidad del agente se compromete, cuando en los hechos logra comprobarse que el servidor obró con el animus o intención de realizar el comportamiento y fue realizado a título de dolo o culpa. Sin embargo, como veremos, dicha concepción en ciertos escenarios de la función pública resulta insuficiente. No consulta con con-

(30) Consejo de Estado, 5 de mayo de 2020, rad. 49553.
(31) Consejo de Estado, 5 de mayo de 2020, rad. 45652
32) Consejo de Estado, 5 de mayo de 2020, rad. 46850

ceptos, normas e instituciones del derecho público que sustentan algunas estructuras de poder estatal.

4. EL APORTE DE LA TEORÍA DE CLAUS ROXIN AL JUICIO DE REPROCHE EN SEDE DE REPETICIÓN

En ese sentido, es de suma importancia tener en cuenta que, en el juicio de responsabilidad de la acción de repetición, el análisis del proceso causal de comportamientos o conductas determinantes para la generación de un daño, constituye un elemento separado pero conectado con la cualificación de la conducta o la culpabilidad. Es decir, la materialidad de una acción u omisión ejecutada por un agente del Estado no siempre coincide con el factor determinante del daño, porque en la complejidad del hecho contrario a derecho, pueden entrar en juego otros elementos que sitúen el reproche en servidores públicos que en principio no son del todo visibles.

En efecto, en algunos ámbitos de función pública tenemos la **presencia de estructuras estrictamente jerarquizadas de poder**, a modo de ejemplo, las que se cimientan en conceptos de derecho público como: unidad de mando, unidad de acción, unidad de doctrina, cadena de mando, entre otros. Es decir, escenarios de función pública soportados en la disciplina, el servicio y el honor; baluartes que de ser inobservados por sus miembros son reprimidos por la ley, encajarían en conductas como: la insubordinación, la desobediencia en sus distintas modalidades, los ataques o amenazas a superiores e inferiores, el abandono del comando y del puesto, el abandono del servicio, la deserción, la inutilización voluntaria, la cobardía, entre otros. Indudablemente, es condición esencial para la existencia y eficacia de la Fuerza Pública, el mandar y obedecer dentro de las atribuciones del superior y las obligaciones y deberes del subalterno. Con la salvedad que la doctrina penal ha advertido que no es dable reconocer la obediencia debida cuando se trata de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura; sin embargo, ello no excluye la responsabilidad simultánea que pudiese comprometer a los servidores con mando y control, sobre los jerárquicamente inferiores.

La Corte Constitucional ha reconocido el papel instrumental que la Fuerza Pública tiene para la consecución de los fines estatales, debido a que sus delicadas misiones implí-

can intervenciones significativas en los derechos fundamentales, constitucionales y el cumplimiento por parte del Estado del derecho internacional, por ello, los servidores con más alto rango de dichas instituciones, son los que han demostrado las más altas calidades en los procesos de evaluación constantes que el orden jurídico les impone. Tanto así, que sus resultados condicionan los ascensos dentro de la estructura y al tiempo, existen restricciones reglamentarias para el ejercicio de ciertos cargos de mando.

Así las cosas, forjar una imputación subjetiva de responsabilidad en los mencionados contextos, desde una perspectiva puramente material o natural o, guiada exclusivamente por las teorías del derecho de la responsabilidad civil, en nuestro criterio, dejaría por fuera el estudio de influencia causal que pudiesen tener algunas conductas determinadas previamente por la categoría de estructura de poder a la que pertenece el agente estatal. Por ejemplo, si recurrimos a la teoría del grado de probabilidad preponderante -la más utilizada por la jurisprudencia para inferir la influencia causal de un hecho en el daño antijurídico- o la prueba indiciaria; el juzgador a efectos de razonar y fundamentar su decisión, tendrá como ciertos hechos que sin estar establecidos en el proceso, a partir de una valoración probabilística, colegirá objetivamente su ocurrencia como determinantes del daño (estadística, ciencia, técnica, doctrina, entre otros). Dicha teoría es útil para determinar responsabilidad administrativa y extracontractual del Estado por falla del servicio, en la medida que permite dilucidar la configuración de una culpa anónima o en otras palabras, el incumplimiento de una obligación normativa de parte de la entidad estatal y su relación lógica con la generación del daño. Sin embargo, no incursiona **-porque no es su finalidad-**, en el examen concreto de las conductas que tuvieron relevancia o aptitud para generar el daño; tampoco tiene en cuenta la naturaleza jurídica de la función pública comprometida en el hecho, es decir, los conceptos y finalidades que determinan la misma, aspectos que, por ser desatendidos por el agente estatal, según la naturaleza jurídica de la acción de repetición, justifican que deba reintegrar el daño patrimonial causado al Estado. Por tanto, el juicio reproche en la acción de repetición, debería dar cuenta de las característi-

cas propias de la función pública a la que el agente estatal pertenece, cómo su conducta defraudó las tareas a él encomendadas y su importancia en la generación del daño.

La jurisprudencia destaca que no "cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico" (33), permite deducir responsabilidad en el agente estatal. No obstante, consideramos que una conducta gravemente culposa o dolosa con la capacidad de comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado, puede derivarse de comportamientos que no necesariamente envuelven la exteriorización del animus del agente y su ejecución material (activa o pasiva).

En ese orden de ideas, se propone a efectos de depurar la imputación en escenarios de aparatos jerarquizados de poder como los anteriormente detallados, las consideraciones que aporta el profesor alemán Claux Roxin sobre la autoría mediata, en el sentido de incorporar en el estudio de un resultado dañino, la influencia causal de las **conductas mediatas** de los agentes implicados. De manera que, un agente estatal en un hecho particular, puede ver comprometida su responsabilidad patrimonial porque actuó a través de otro o lo utilizó de forma instrumental, sin ser el ejecutor de la acción generadora del daño o sin develar su intención (Ej. Sin disparar a la víctima), dado que, **el hecho dañino está dominado por sujetos de atrás**; dicho proceso causal es favorecido por factores propios y predeterminados de estas estructuras de poder pertenecientes al Estado.

Así las cosas, la responsabilidad de los servidores públicos pertenecientes a la Fuerza Pública aumenta en los rangos superiores, en la medida que ostentan **poder de mando y control**, es decir, competencia y capacidad de impartir órdenes y hacerlas cumplir. Los subalternos, contrario a los primeros, no gozan de autonomía y poder deliberativo para adoptar una decisión administrativa o conducta en particular, razón por la cual, en estos contextos jerarquizados de poder, se esfuma el argumento de que el agente tenía plena capacidad de rehusarse a cumplir la orden o tomar una decisión o conducta distinta a la que le indicaron, sugirieron o indujeron. Los servidores con poder de mando tienen capacidad importante de influir en las conductas que materializan sus subalternos, razón por la cual, entre más alejado está el sujeto influenciador del ejecutor de un hecho contrario a derecho, su responsabilidad incrementa.

En consecuencia, los agentes estatales con mando y control en estos escenarios, tienen capacidad de disponer aspectos concretos del hecho (clase de operativos militar o policial, trabajo de inteligencia, características de las órdenes, controles, movimientos en la escena, entre otros); es decir, dominan el hecho. Así mismo, en virtud a la ubicación superior dentro de la jerarquía de la organización, estos agentes tienen poder persuasivo o inductivo que les es característico por los conceptos, valores y misiones que determinan la institución estatal, es por ello que generalmente los ejecutores del hecho contrario a derecho, no son los reales protagonistas de la conducta.

Además, la conducta mediata se identifica porque pese a su apariencia de legalidad y búsqueda intensa de cumplir los fines de la institución y que les encomienda la Carta Política; las actividades o medios para conseguirlos resultan apartadas del derecho, no resisten un examen constitucional o del derecho internacional (Ej. Ejecuciones ex-

trajudiciales, uso desproporcionado o innecesario de la fuerza, tortura, entre otros.). La ejecución de órdenes contrarias al derecho vigente de un sujeto de detrás, suele estar asegurada porque tiene varios ejecutores potenciales (subalternos), de modo que la indisposición de alguno de ellos no es impedimento para el resultado buscado; esto es, el ejecutor resulta fungible.

De acuerdo con lo anteriores esbozos teóricos, podemos plantear sin ánimo de exhaustividad que requiere una investigación sobre la materia, dentro del juicio de reproche propio del medio de control de repetición, la reflexión de la responsabilidad de los superiores jerárquicos dentro de los aparatos organizados de poder, que caracteriza a ciertas estructuras estatales jerarquizadas, lo que impone al operador jurídico al momento de analizar la causalidad de la conducta respecto del daño irrogado, la verificación del sujeto realmente dominante de la conducta contraria a derecho, ya que dicho agente pudo utilizar como instrumento a su subalterno o a varios, y en aplicación de la teoría de la autoría mediata del profesor Claux Roxin, es factible dilucidar el verdadero o verdaderos responsables de la conducta dolosa o gravemente culposa que resultó determinante en la generación del daño antijurídico. Y, en consecuencia, ponerla en evidencia y reprocharla para derivar la responsabilidad patrimonial al agente del Estado, valorarla también, en relación con la fijación del monto de la condena teniendo en cuenta la participación de cada sujeto en la ejecución de la conducta. Todo ello serviría para depurar el juicio de reproche, y lo ubicaría como un verdadero instrumento preventivo y de control de la función administrativa asignada a cada agente del Estado.

(33) CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA, SUB. C, C.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, veintiséis (26) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-26-000-2011-00478-01(48384)

Poderes exorbitantes en el contrato estatal y el derecho privado

Exorbitant powers in state contracting and private law

Juan Fernando Arango Betancur

RESUMEN

El presente escrito conducirá a establecer los fundamentos de los poderes exorbitantes y los efectos que trae su ejercicio en la contratación estatal, los cuales se aferran a dogmas clásicos del derecho administrativo como el principio de legalidad, el servicio público y el acto administrativo, incluso en contravía de habilitaciones legales para acudir al derecho privado(34) .

ABSTRACT

The following writing will lead to establish the bases of the exorbitant powers and the effects that their exercise brings in state contracting, which cling to classic dogmas of administrative law such as the principle of legality, public service and administrative act, even against legal authorizations to attend to the private law.

PALABRAS CLAVES

Cláusulas exorbitantes – autonomía de la voluntad – contratación estatal

KEYWORDS

Exorbitant clauses – free will – state contracting

Introducción

En esta presentación se analizarán los fundamentos que la jurisprudencia encuentra para los poderes exorbitantes de la administración en los contratos estatales.

Se dividirá en tres capítulos: (i) El primero de ellos tratará sobre las habilitaciones implícitas relacionadas con la competencia legal para el ejercicio de estos poderes, ante la influencia de la función administrativa (prerrogativas públicas) en la contratación estatal. (ii) El segundo abarcará las habilitaciones explícitas, donde la jurisprudencia en el marco del principio de legalidad, exige una habilitación normativa para el ejercicio de poderes exorbitantes. Finalmente se expondrá (iii) el fundamento de la autonomía de la voluntad donde: a) la Corte Suprema encuentra en la voluntad de las partes la fuente de los poderes unilaterales en los contratos regidos por el derecho privado; b) las nuevas tendencias del derecho francés; en contraste con c) la posición negacionista del Consejo de Estado, que considera los poderes exorbitantes o excepcionales de la administración pública, imposibles en los contratos de derecho privado; y para finalizar c) la evolución reciente del Consejo de Estado, ante la evidencia de la existencia de estos poderes en el derecho privado, pero limitados a entidades excluidas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP).

I. Habilitaciones implícitas

Esta habilitación surge del carácter ejecutorio de los actos administrativos, que, una vez en firme, se pueden ejecutar por la administración sin autorización de otra autoridad(35) , "lo que permite su ejecución directa, sin que sea necesario acudir al juez" (Benavides, 2013), constituyéndose en un título ejecutivo el acto administrativo en firme como en los casos de declaratoria de siniestro en los contratos estatales. Estos eventos se suscitaron en las cláusulas de multas y la penal pecuniaria, autorizadas por el Decreto 222

(34) Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2° del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley". Congreso de la República. Ley 80 de 1993, art. 13.
(35) Congreso de la República. Ley 1437 de 2011 (CPACA), art. 89. Antes: Decreto 1 de 1984, art. 64 (CCA).v

de 1983, pero, al desaparecer en la ley 80 se generó la confusión por parte de la jurisprudencia(36) . Esta prerrogativa de poder público justificaba la declaratoria del siniestro y afectación de la póliza, a través de actos administrativos, dinámica diferente al escenario de derecho privado(37).

En vigencia de la ley 80, la jurisprudencia diferencia las cláusulas excepcionales (arts. 14 a 19) y los poderes unilaterales de la administración, como las multas y la cláusula penal. Si bien el Consejo de Estado consideró como errado afirmar que en el derecho privado no existían poderes unilaterales, estima que para imponerlos unilateralmente la entidad debe estar facultada; de no ser así, se deberá acudir al juez para la aplicación de la cláusula penal y las multas(38). A pesar que el EGCAP permitía la aplicación de procedimientos administrativos a la contratación estatal(39), fue necesario que la facultad de imponer multas por la administración acompañada del debido proceso, surgiera de la ley(40).

II. Habilitaciones explícitas

Bajo el principio de legalidad, el Consejo de Estado consideró que la cláusula penal pecuniaria y las de multas, al no consagrarse como excepcionales en la Ley 80 de 1993 no podían ejercerse unilateralmente por la administración, pues violaría el principio de legalidad. De este modo se pueden pactar bajo las normas de derecho privado (art. 13 L.80), pero su declaratoria y cumplimiento estará a cargo del juez. En estos casos, los actos unilaterales que declaran el incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y de multas, son anulados por incurrir en incompetencia, ante la ausencia de una habilitación explícita en el ordenamiento jurídico(41).

En este punto, es necesario precisar que los poderes excepcionales de la administración tienen su fuente en el cumplimiento de los fines del Estado y en la constante prestación de los servicios públicos (arts. 14 a 19 L. 80), lo que en vigencia de la Ley 80 de 1993 lleva a limitar estos a los casos expresamente enunciados, quedando el principio de autotutela y ejecutoriedad de los actos administrativos (habilitación implícita) a la aplicación residual en los eventos que se ejerza una de las potestades previamente definidas por la ley(42). Es entonces, la forma como se expresan y ejecutan las cláusulas excepciona-

(36) No era necesaria la autorización del contratista a la entidad contratante para que descontara y tomara directamente el valor de las multas de cualquier suma que le adeudara aquella, puesto que la compensación en los términos del artículo 1715 del Código Civil "se opera por el sólo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores". Esta actuación legítima de la administración, no sólo tiene su respaldo legal en las normas civiles, sino también en el artículo 64 del C.C.A. como un medio más que le permite a la administración la ejecución de sus actos. Consejo de Estado, sec. 3ra, 4 de junio de 1998, e. 13988.

(37) En cambio, en el campo de la contratación estatal no existe la objeción del asegurador en relación con la reclamación del asegurado, la cual se manifiesta con la expedición de un acto administrativo (unilateral), en el cual declara ocurrido el siniestro y frente al mismo tanto la aseguradora como el contratista podrán agotar la vía gubernativa e impugnarlo judicialmente. En otras palabras, el acto administrativo es la prueba de la realización del riesgo y el ejercicio del poder decisorio y previo de la administración, el cual, si bien es un privilegio para ella, también constituye una ventaja para la aseguradora, ya que tiene la posibilidad de discutir administrativa y judicialmente el acto en la medida que los fundamentos jurídicos y fácticos que la administración adujo para acreditar el siniestro no sean suficientes. Consejo de Estado, sec. 3ra, 24 de mayo de 2001, e. 13598.

(38) En caso de haberse pactado cláusulas penales bajo cualquiera de las modalidades antes explicadas en los contratos que carecen de las potestades excepcionales, su exigibilidad se hará conforme con las normas del derecho privado expuestas anteriormente, según lo ordena el artículo 13 de la ley 80 de 1993, esto es, requerirá a su contratista, y si incumple deberá acudir a la jurisdicción administrativa. Consejo de Estado, SCSC, 25 de mayo de 2006. Posición que se mantiene en la jurisprudencia reciente: "(…) Las partes podían pactar multas por los eventuales incumplimientos, sin embargo, en caso de configurarse las circunstancias que estructuraran tales incumplimientos debían reclamarse por la vía judicial". Consejo de Estado, sec. 3B, 4 de marzo de 2019, e. 41436.

(39) En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. Congreso de la República. Ley 80 de 1993, art. 77.

(40) Congreso de la República. Ley 1150 de 2007, art. 17. Ley 1474 de 2011, art. 86. Corte Constitucional, sentencia C-499 de 2015.

41) Consejo de Estado, sec. 3ra, 20 de octubre de 2005, e. 14579.

42) "Las potestades excepcionales al derecho común se ejercitan mediante acto administrativo motivado. Esta situación comporta la aplicación durante la ejecución del contrato de normas y procedimientos típicamente públicos que se inspiran en esta particular forma de expresión de la voluntad del Estado que nace a propósito de un contrato. Es esta en realidad la diferencia con los contratos privados. Es decir, no tanto en la existencia misma de la potestad sino en la forma en que debe expresarse y la normatividad que la regula". Dávila Vinueza, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Bogotá: Legis, 3ª ed., 2016, p.616.

les y su vínculo con el interés general(43), lo que las diferencia con poderes unilaterales cuando el contrato se rige por el derecho privado en el marco de la autonomía de la voluntad, como pasará a referirse.

III. Fundamento en la autonomía de la voluntad

Se fundó la jurisprudencia colombiana en justificar los poderes excepcionales como imposibles en el derecho privado; de ahí su nombre de excepcionales al derecho común, pues contrario a los intereses de los particulares, la administración persigue el interés general y la continuidad de la prestación de los servicios públicos(44). No obstante, es necesario establecer el ejercicio de estos poderes unilaterales en los contratos de derecho privado, para identificar la diferencia con los poderes exorbitantes de la Administración contratante, o si la misma es artificial y estos poderes unilaterales surgidos del pacto contractual, también permiten la protección de los intereses perseguidos por el Estado en la contratación.

a) Amplitud en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: El dogma establecido por el Consejo de Estado, en el sentido de justificar los poderes exorbitantes de la Administración como excepcionales en el derecho privado, no tiene acogida en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia(45), que considera la existencia de amplios poderes unilaterales en los contratos entre particulares(46), poderes que pueden originarse en las normas de derecho privado o la **autonomía de la voluntad**(47).

b) Reforma francesa del derecho de las obligaciones, del régimen general y de la prueba de las obligaciones: La ordenanza No. 2016-131 del 10 de febrero de 2016 se funda en el modelo clásico de acuerdo de voluntades como generador de obligaciones(48), para el caso en estudio se debe resaltar que la ordenanza busca: (i) la desjudicialización, evitando la intervención del juez en el contrato (no es absoluta) y se considera la instancia judicial como una fuente de gastos y de incertidumbres contraria a la eficacia económica, mantiene su fundamento en el modelo clásico de contrato, lo que permite (ii) el desarrollo del unilateralismo, acompañado de la (iii) obligación de motivar, pues la concesión de una prerrogativa, obliga al titular a motivar su ejercicio. Y el (iv) alcance de la eficacia económica, concediendo a los contratistas libertad y responsabilidad, ante la desaparición de la causa como elemento de validez del contrato(49). La flexibilización de las relaciones contractuales en Francia, y el aumento del unilateralismo, se acompañó de las garantías de derecho de defensa y debido proceso, lo que permite un acercamiento entre los poderes unilaterales sancionatorios del contrato privado y el administrativo(50).

Hasta este punto, la voluntad de las partes como fuente de obligaciones, permite conceder en los contratos de derecho privado poderes unilaterales como la terminación, interpretación o declaración de incumplimiento, sin que se consideren ilícitos o contrarios al orden público o a las buenas costumbres (51). Privilegiando la autonomía de la voluntad en un Estado que constitucionalmente consagra la libertad personal y su desarrollo, al igual que funda la dignidad

(43) "Pero la jurisprudencia se ha opuesto a esta política legislativa. Al señalar la importancia dada por la Constitución a los servidores públicos limita la privatización del régimen contractual y el sistema mixto afirmado por el juez constitucional se torna francamente exorbitante con el análisis aportado por el juez administrativo. El interés general remplaza al servicio público en la legitimación de las prerrogativas exor-

bitantes que dejan de estar limitadas por el específico objeto del contrato para extenderse de manera general a los intereses de la administración". Benavides, José Luis. El Contrato Estatal, entre el derecho público y el derecho privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., 2004 p. 425.

(44)"El fundamento de reconocer a la Administración las prerrogativas de poder que se plasman en las cláusulas contractuales exorbitantes de derecho común, inconcebibles en contratos entre particulares, radica en que le corresponden para el afianzamiento de ciertas potestades en orden a la protección del interés general y la satisfacción de los fines específicos del Estado". Dromi, Roberto. Licitación Pública. Buenos Aires: Ciudad Argentina – Hispania Libros, 4ª ed., 2010, p.506. "Estas potestades pueden ser ejercidas por la Administración como manifestación de su imperium o poder del Estado, que se concreta en el poder jurídico para imponer coactivamente su voluntad, lo cual debe matizarse, dado que estas prerrogativas solo podrán ser ejercidas en las situaciones de hecho previamente establecidas por la ley y dentro de los límites señalados por la misma. Se trata de cláusulas excepcionales al derecho común, típicamente administrativas". Expósito Vélez, Juan Carlos. Forma y Contenido del Contrato Estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1ª ed., 2013, p.190.

(45)Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de agosto de 2011, e. 1957-01.

(46) "…Esta idea, que hemos criticado hace tiempo, tiene cada día menos fundamento entre los privatistas. Los ejemplos de poderes unilaterales de una de las partes son frecuentes en el derecho privado…" Benavides, José Luis. Prefacio en el texto de Jojoa Bolaños, Alexander. Los Regímenes Exceptuados en los Contratos Estatales. Bogotá: Ibáñez, 2012, p. 16.

(47) "La postura que se defiende es que, en efecto, las facultades unilaterales de derecho privado, como la terminación unilateral por incumplimiento, pueden ser pactadas en contratos estatales regulados por las normas civiles y comerciales. Se considera que en este tipo de casos no existe una vulneración al principio de legalidad, puesto que la norma que establece la excepción a la aplicación del EGCAP y le asigna un régimen jurídico de derecho privado, le faculta para todo aquello que sea posible en ese ámbito, por virtud de la autonomía de la voluntad, siempre que no vulnere el orden público, el principio de buena fe, los de la función administrativa, los de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Si la facultad unilateral es posible y lícita en el derecho privado, no habría impedimento para su pacto; por lo menos, la cláusula que la contenga no adolecería de nulidad". Morrillo Carrillo, Sebastián. El Ejercicio de la Facultades Unilaterales en los Regímenes Exceptuados. En: Reflexiones sobre contratación del sector público en Colombia. Bogotá: Universidad Nacional, 1ª ed., 2019, p.82.

(48) En Colombia el acuerdo de voluntades es considerada una fuente de obligaciones. Código Civil, art. 1494

49) Savaux, Eric. El nuevo Derecho francés de las obligaciones y contratos. 15 junio de 2016.

(50) Benavides, José Luis. ¿Existen aún prerrogativas públicas en el derecho administrativo?, en: El derecho administrativo como idea y sus transformaciones contemporáneas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1ª ed., 2018, p.160.

(51) Si las normas sustanciales, como se deduce de la lectura del artículo 1 de la Ley 45 de 1930 y del 750 del Código Civil, prevén y permiten expresamente el pacto que reserva el dominio al vendedor, es indudable que su inclusión en la venta a plazo, de un automóvil, por ejemplo, en nada contradice el orden público o las buenas costumbres. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 02 de diciembre de 1960.

humana como valor(52). No encuentra un fundamento constitucional limitar la autonomía de la voluntad en los contratos estatales, cuando la habilitación para el ejercicio de los poderes excepcionales surge de las partes del contrato, dentro de los límites del orden público, las buenas costumbres y los principios de la función administrativa.

En la contratación estatal, el principio de legalidad(53) entra en tensión con la autonomía de la voluntad, a pesar de la autorización y remisión expresa que el artículo 13 de la ley 80 realiza al derecho común, vislumbrándose un pequeño cambio donde la jurisprudencia del Consejo de Estado acepta los poderes unilaterales surgidos de la autonomía de la voluntad, solo en contratos estatales regidos por el derecho privado.

c) Concepción negacionista del Consejo de Estado: A pesar de la existencia de poderes unilaterales en el derecho privado, y la confirmación de estos por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria; el Consejo de Estado en un apego clásico a los fundamentos de derecho administrativo (principio de legalidad, prerrogativas de poder, servicio público) y su manifestación a través de actos administrativos(54), continúa con el dogma de calificar los poderes excepcionales en contratación como ajenos al derecho privado, pues romperían la igualdad de las partes. El Consejo de Estado, consideró que pactar cláusulas excepcionales (multa, penal pecuniaria y caducidad) en un contrato de comercialización de televisión regido por el derecho privado, eran nulas por objeto ilícito al no contar con una norma que lo facultara(55). O la terminación unilateral, pactada por TELECOM con una Empresa de Atención al cliente, al no estar autorizada por la Comisión de Regulación respectiva, vulnerando las leyes 142 y 143 de 1994(56).

d) Evolución y tendencia reciente del Consejo de Estado: De manera tímida, el Consejo de Estado ha venido aceptando la posibilidad de pactar poderes unilaterales en el contrato, pero limitándolo a entidades que se rigen por el derecho privado en su actividad comercial como ECOPETROL(57), se reitera en estos casos las categorías tradicionales de entidades sometidas al Estatuto General de Contratación y las excluidas, incluso limitándolo al poder unilateral de terminación(58) .

Conclusiones

El estudio de los poderes excepcionales en la contratación estatal, y su sujeción a instituciones del derecho administrativo, evidencian el afán de los administrativistas de alejar o trazar una frontera con el derecho privado. De este modo, no es posible calificar las cláusulas excepcionales que otorgan poder unilateral a la entidad estatal, como ajenas al derecho privado; pues está demostrado que, desde los códigos civiles y comerciales, es posible pactar estos poderes por disposición legal o bajo la autonomía de la voluntad (art. 1602 CC), disposiciones aplicables a la contratación estatal por remisión expresa del artículo 13 de la ley 80.

Lo que en realidad diferencia los dos tipos de contratación es la finalidad perseguida: en una, el interés general y la constante prestación del servicio público, elemento común en los poderes excepcionales del EGCAP (arts. 14ss); y en otra, el interés particular de cada uno de los contratantes, precisando que en algunos contratos de la administración incluso los regidos por el ECAP no se persigue directamente un servicio público o la protección del interés general, como el de suministros. De este modo, surge el interrogante acerca de si la autonomía de las partes que funda los poderes unilaterales del

Estado, es ajena, contraria e impide proteger y mantener el interés general y la constante prestación del servicio público.

Finalmente, en el contrato privado como público, el ejercicio de poderes unilaterales, no se encuentra ajeno al control jurisdiccional, pues la parte contra la cual se ejercen se encuentra legitimada para acudir al juez del contrato. En este punto, se debe precisar que el ejercicio de poderes unilaterales por la administración a través de actos administrativos o actos contractuales, no influye en el control judicial, pues el medio de control de controversias contractuales permite otras declaraciones y condenas(59), considerado un medio de control 'pluripretensional' por el Consejo de Estado(60).

(52) Constitución Política: "Colombia es un Estado social de derecho (…), fundada en el respeto de la dignidad humana (art. 1). Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley (art. 13). Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (art. 14) y al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico".

53) "Pero, tanto el derecho positivo como la jurisprudencia en América Latina exigen la consagración expresa de los poderes unilaterales de la Administración contratante". Benavides, José Luis. Tendencias Generales de la Contratación Pública en América Latina, en: La Contratación Pública en América Latina. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1ª ed., 2016, p.62.

(54) "Como se puede observar, estas cláusulas poseen la característica esencial de que pueden ser ejecutadas de manera unilateral por la entidad que las pactó a su favor, lo que significa que no deben acudir a instancias judiciales para obtener el cumplimiento de la obligada ni deben contar con la aprobación de la otra parte contratante, potestad de ejecución que, en principio, en el ámbito del derecho privado se encuentra proscrita por estar reservada exclusivamente para las entidades estatales (…)". Consejo de Estado, sec. 3B, 20 de febrero de 2014, e. 45310.

(55) Consejo de Estado, sec. 3B, 28 de septiembre de 2011, e. 15476

(56) Consejo de Estado, sec. 3B, 09 de julio de 2015, e. 27385.

(57) "…[L]os contratos suscritos por entidades públicas o sociedades que actúen en el mercado sujetas al Derecho privado, dada la autonomía de estructuración del contrato, gozan de esta facultad sin intervención del legislador y sin que se consideren exorbitantes o sujetas a los conceptos o procedimientos propios de los contratos de la administración (…)" Consejo de Estado, sec. 3C, 24 de agosto de 2016, e. 41783. Igual argumento en: e.57394 del 19 de julio de 2017.

(58) "Por otra parte, el derecho privado que está en permanente evolución y cambio, le ha abierto las puertas a las prerrogativas que puedan ser ejercidas de manera unilateral. Para el ejercicio de una facultad de derecho privado debe tenerse en cuenta que esta puede provenir de la ley o del pacto entre las partes, si se trata de este último evento, se deberá atender a qué es lo que se encuentra permitido en el tráfico jurídico normal entre particulares. Por el momento, la facultad unilateral de derecho privado que más posibilidades tiene de prosperar en el campo de los contratos estatales de regímenes exceptuados es la de terminación unilateral". Morrillo Carrillo, ob. cit., p. 87.

(59) Congreso de la República. Ley 1437 de 2011, art. 141

(60) Consejo de Estado, sec. 3C, auto del 14 de noviembre de 2017, e. 60158.

Cambios frecuentes en la jurisprudencia como frustración del sistema jurídico[61]

Frequent changes in jurisprudence as a frustation of the legal system

Luis Javier Rosero Villota[62]

(61) El artículo hace parte de un trabajo de estudio en el Master on line de Filosofía Jurídica y Política Contemporánea de la Universidad Carlos III de Madrid – Tirant Lo Blanch.

(62) Abogado especializado en derecho administrativo y en instituciones jurídico penales. Exfiscal, exjuez penal, ex auxiliar de magistrado (e) de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, Magistrado de Tribunal Administrativo del Quindío en Colombia.

RESUMEN

Siguiendo las voces de Fuller, se plantea que la falta de permanencia en el tiempo de la jurisprudencia emanada de las altas cortes judiciales, frustran de alguna manera el sistema jurídico de un país en razón a que genera inseguridad jurídica y pérdida de la expectativa legítima de los coasociados.

ABSTRAC

Following the voices of Fuller, it is stated that the lack of permanence in time of the jurisprudence emanating from the high judicial courts, frustrates in some way the legal system of a country because it generates legal insecurity and loss of the legitimate expectation of the associates.

PALABRAS CLAVES

Jurisprudencia, altas cortes, sistema jurídico, expectativa legítima.

KEY WORDS

Jurisprudence, high courts, legal system, legitimate expectation.

CONTENIDO

1. Fuller y la frustración del sistema jurídico
2. Los cambios frecuentes de jurisprudencia
3. Un caso ilustrativo: el tratamiento jurisprudencial de la privación injusta de la libertad (Consejo de Estado Colombiano)
4. Conclusiones

INTRODUCCIÓN

Se propone a través de este ensayo, en primer lugar, identificar los caminos de frustración del sistema jurídico que formuló Fuller(63); luego, determinar que uno de esos caminos puede comprender, perfectamente, los continuos cambios jurisprudenciales de las altas cortes u órganos de cierre; para después, identificar un caso concreto, relacionado con el tema de la responsabilidad del Estado en la privación injusta de la libertad, en el ámbito nacional colombiano; y finalmente, deducir las consecuencias que esta situación jurisprudencial cambiante genera para la seguridad jurídica.

De esta manera se sostendrá la tesis de que una de las vías que se puede prever como frustrante del sistema jurídico es el continuo cambio jurisprudencial sobre una misma temática o solución de un problema jurídico. Entendiendo como frustrante, aquello que no permite su consolidación, respeto y seguridad.

1. Fuller y la frustración del sistema jurídico

Según Fuller, la posibilidad de crear y mantener un sistema de normas legales puede frustrarse por lo menos de ocho maneras: 1) Dejar de crear leyes, con lo que cada caso debería fallarse sobre bases ad hoc. 2) La falta de publicación, es decir, de poner en conocimiento la norma a la parte a quien se dirige y que se espera la observe. 3) El abuso de la legislación retroactiva, es decir de su aplicación hacia atrás, hacia el pasado. 4) El no hacer las leyes comprensivas, o si se quiere entendibles, claras. 5) La promulgación de leyes contradictorias, vale decir, que solucionen de diversa manera o en forma di-

(63) "Lon Luvois Fuller fue un destacado filósofo jurídico estadounidense, quien escribió La moral de la Ley en 1964, discutiendo la relación entre derecho y moral. Fuller fue profesor de Derecho de la Universidad de Harvard por muchos años, y es conocido en el Derecho norteamericano por sus contribuciones a la ley de contratos. Su debate con H. L. A. Hart en la Harvard Law Review (Vol. 71) era muy importante para la definición de los conflictos modernos entre el positivismo jurídico y la ley natural". wikipedia.org/wiki/Lon_Fuller (Consultada 13 de abril de 2021)

símil casos similares. 6) La creación de leyes que están fuera de la capacidad de conducta de la parte afectada, o que exigen en últimas lo imposible. 7) La introducción de cambios frecuentes en las leyes al punto que no sea posible orientar los actos por medio de las mismas. Y 8) La falta de congruencia entre las reglas conforme se promulgaron y su verdadera administración, que alude a una aplicación contraria a su sentido.

En su opinión, un fracaso total en cualquiera de estos caminos produce algo que no puede llamarse propiamente sistema jurídico, dado que no puede exigirse que se obedezca una norma legal que no existe, o que se mantiene en secreto, o que se creó después de que se actuó, o que era ininteligible, o estaba en contradicción con otra ley del mismo sistema, u ordenaba lo imposible, o cambiaba de manera constante (FULLER, L.L., La moral interna del Derecho, trad. F. Navarro, Trillas, México, 1967, p. 49.)

Así se afirma que Fuller plantea la idea de un sistema jurídico que supone el cumplimiento de una serie de requisitos estructurales para evitar que la regulación de la convivencia no se base en una injusticia extrema. Es lo que se denomina "la idea de la moral interna del Derecho".

Esos requisitos de moral interna, según los caminos de frustración enunciados, siguiendo la misma línea, serían los siguientes:

1) La Generalidad de la norma. Un sistema jurídico que se base en soluciones 'ad hoc' no es técnicamente un buen Derecho y, además, es un Derecho desigualitario.

2) La Publicidad.
Para que las normas cumplan con su función de orientar el comportamiento, debe existir la posibilidad de que su contenido sea conocido por los destinatarios.
3) La Limitación de la retroactividad. La retroactividad de la norma supone que se aplica a comportamientos realizados con anterioridad a su entrada en vigor, siendo así no puede servir de modelo de conducta.
4) La Claridad normativa. Las normas deben redactarse en una terminología comprensible para los destinatarios.
5) La No contradicción. Si las normas imponen comportamientos contradictorios, tampoco serán eficaces para guiar el comportamiento.
6) La no exigencia de conductas de imposible cumplimiento. Las normas que imponen la realización de conductas que escapan a las posibilidades de los destinatarios, están abocadas a la ineficacia.
7) La estabilidad de la norma a través del tiempo. Si las normas cambian continuamente, fracasarán como instrumento de orientación del comportamiento.
8) La congruencia entre la acción oficial y la ley declarada. Si las normas no se aplican tal y como han sido promulgadas, no resultará útil obedecerlas.

Estas exigencias se condensan en el principio de la seguridad jurídica que se identifica como un valor a realizar a través del Derecho (Barranco Avilés María del Carmen. Lección 3. Ética, poder y derecho. Máster Online en Filosofía Jurídica y Política Contemporánea.

Pág.11
y 12).

Para lo que se propone en este ensayo, no interesa tanto identificar – como lo pretendía Fuller - la moral interna del derecho sino, tomar su criterio constructivo del derecho, haciendo énfasis en el requisito siete, que alude a la estabilidad de las normas, pero enfocado desde la perspectiva de la permanencia de la jurisprudencia, como creadora de derecho.

Con ello se plantea desde ya que, no se puede tener como fuente de derecho solamente la norma escrita expedida o promulgada por el legislador, sino también la jurisprudencia expresada por los altos tribunales nacionales, que se yerguen como órganos de cierre de una jurisdicción, y que por lo mismo son forjadores de precedentes judiciales, los cuales deben ser respetados dentro de la jerarquía estatal judicial, a costa de tener que formular una contra argumentación válida, si se procura desconocerlos - la carga argumentativa a la que alude Alexy – (Robert Alexy, Teoría de la Argumentación Jurídica (1978). Centro de Estudios Constitucionales Madrid 1997, Pág. 285 (64)).

2. Los cambios frecuentes de jurisprudencia

En el sistema anglosajón, el sistema del precedente judicial ha tenido un papel preponderante en la construcción del derecho, dada la importancia que tiene para la solución de casos similares (criterio predictivo del derecho: predecir la manera como que los operadores judiciales van a pronunciarse).

(64)2.4. Las reglas más generales del uso de los precedentes
(J.13) Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión, debe hacerse.
(J.14) Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación.

A diferencia del sistema continental europeo, en el que la ley escrita como fuente de derecho principal, ha forjado de singular manera la creación del mismo, dejando a un lado la importancia del quehacer de los operadores jurídicos.

Sin embargo, se estima que a finales del Siglo XX y comienzos del Siglo XXI los dos sistemas han dado un viraje en torno al otro. Es decir, el sistema anglosajón cada vez consulta más el texto de la norma (léase le da una importancia significativa, especialmente al texto constitucional) y el sistema europeo refuerza en mayor medida el respeto a la jurisprudencia emanada de las altas esferas jurisdiccionales (léase sentencias de las altas cortes).

Tal acontecer no es negativo, es más, se estima que permite una complementación entre uno y otro.

Sin embargo, en el sistema continental, en algunos países – como Colombia – se presenta una situación frustrante que debe solucionarse de alguna manera, vale decir, la inestabilidad de la jurisprudencia. Recuérdese que, en el sistema anglosajón, los jueces de las altas cortes, tiene una vocación de permanencia, e incluso son elegidos o escogidos de manera vitalicia, tanto en Estados Unidos(65), como en Inglaterra(66). Esto, en procura, precisamente, de preservar la estabilidad de la comprensión jurídica y evitar que se susciten cambios continuos en el devenir jurídico(67). En cambio, en la organización estatal continental, los jueces de las altas cortes, en algunos estados (entre ellos Colombia) son escogidos

(65) La corte se compone de un presidente (Chief Justice) y ocho jueces asociados (Associate Justices), que son nombrados por
Los jueces nombrados del tribunal sirven de por vida y sólo pueden ser destituidos por el Congreso mediante un proceso de impu
aunque muchos se han retirado o renunciado. https://es.wikipedia.org/wiki/Corte_Suprema_de_los_Estados_Unidos (Consultada
(66) La Corte está compuesta por el Presidente, el Vicepresidente y 10 jueces. No existe un mandato limitado, pero pueden ser de
los 70 años si ocuparon un cargo judicial antes del 31 de marzo de 1995, o a los 75 si lo hicieron después.
Composición. Esta es la actual composición del Tribunal, siendo todos los jueces nombrados por Su Majestad la Reina, a recomen
(67) Baste poner de presente, por ejemplo, el análisis que ocupó el trabajo de Ronald Dworkin en su texto El Derecho de las Libert
barazo – primer trimestre), para en 1989 -16 años después - escribir un capítulo bajo el título "Roe en peligro", cuando la Corte nue
Blackmun, Brennan, Marshall, Rehnquist y White).
Valga decir que finalmente se resolvió el caso - después del texto de Dworkin -, anunciando, entre otras cosas, que: "el derecho
permitiera promover un interés estatal racional como proteger la vida potencial. La pluralidad dijo que esto requeriría que el trib
(Consultada 26 de abril de 2021).

el presidente de los Estados Unidos y confirmados mediante el «consejo y consentimiento» del Senado de los Estados Unidos. ugnación (impeachment). Los jueces pueden renunciar a su cargo por voluntad propia. Ningún juez ha sido destituido de su cargo, a 26 de abril de 2021).

epuestos por el Parlamento. Como todos los jueces del Reino Unido, los jueces del Tribunal Supremo están obligados a retirarse a

ndación del Primer Ministro, contando con una comisión especial designada a este propósito.

ades (Pág. 56), respecto al caso Roe Vs. Wade (1973, donde se declaró el derecho a la mujer al aborto en las fases iniciales del em-evamente analizó el tema en el caso Webster vs. Reproductive Health Services (cinco jueces conservaban el cargo para entonces:

o al aborto era un "interés de libertad protegido por la cláusula del debido proceso" sujeto a restricciones por cualquier ley que unal "modifique y reduzca Roe y los casos posteriores". https://en.wikipedia.org/wiki/Webster_v._Reproductive_Health_Services

por periodos relativamente cortos (8 años) (68), lo que genera un continuo proceso de reestructuración de las Salas de Decisión, y con ello, desde luego, un constante cambio de pensamiento sobre unos mismos puntos de derecho, en cuestión de menos de una década, e inclusive en el término de unos pocos años. Con lo cual el precedente se vuelve maleable, flexible e inseguro.

La justificación para ello, para mantener Cortes de breve periodo, estriba precisamente en evitar un derecho pétreo, o lo que es lo mismo, procurar un derecho cambiante. Finalidad esta que puede resultar, en la mayoría de los casos, contraproducente, precisamente porque se cae en la frustración del sistema, bajo el camino del constate cambio de su interpretación o comprensión.

3. Un caso ilustrativo: Tratamiento jurisprudencial de la privación injusta de la libertad (Consejo de Estado Colombiano).

A fin de hacer más gráfico lo que se trata de exponer, a continuación, se pondrá de presente la situación que plantea la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano, como órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa en este país, en torno al tema de la responsabilidad del Estado en la privación injusta de la libertad.

Para el año 2013, la Sección Tercera de ese alto tribunal, se pronunció a través de Sentencia del 17 de octubre de 2013, a fin de unificar el tratamiento del tema de la responsabilidad extracontractual del Estado, derivado de la privación injusta de la libertad de una persona, llegando a concluir que: es una responsabilidad de carácter objetivo, siempre que el privado de la libertad sea finalmente absuelto por que el hecho no se probó, el procesado no lo cometió, el hecho es atípico, o se absuelve por duda (in dubio pro reo). Las pretensiones, en el caso concreto, fueron acogidas condenando al Estado (Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación). Para entonces la Sección estaba conformada por 9 consejeros(69).

Cinco años después, la misma Sección, pero conformada ya con otros consejeros o magistrados(70) - a raíz de la salida de unos y la entrada de otros por el periodo cumplido de ocho años de magistratura -, expidió la Sentencia de Unificación del 15 de agosto de 2018, con el fin explícito de modificar la jurisprudencia del año 2013, concluyendo que esa clase de responsabilidad no es objetiva y que el juez administrativo debe verificar si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que tendría que hacer, incluso de oficio-, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, no hay lugar a responsabilidad estatal.

Ese fallo fue objeto de acción de tutela (o amparo) por la parte demandante, siendo conocida por la Sección Quinta del alto Tribunal, que negó el amparo. Sin embargo, impugnado el fallo de tutela, conoció la Sección Tercera, Subsección B y en providencia del

(68) Constitución Política de Colombia de 1991. ARTICULO 233. <Artículo corregido según Aclaración publicada en la Gaceta No. 125> Los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, y del Consejo de Estado serán elegidos para períodos individuales de ocho años, no podrán ser reelegidos y permanecerán en el ejercicio de sus cargos mientras observen buena conducta, tengan rendimiento satisfactorio y no hayan llegado a edad de retiro forzoso.

(69)MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, HERNAN ANDRADE RINCÓN, STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO, ENRIQUE GIL BOTERO, DANILO ROJAS BETANCOURTH, JAIME SANTOFIMIO GAMBOA, OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ, CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA y RAMIRO PAZOS GUERERO.

70) MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO, MARÍA ADRIANA MARÍN, RAMIRO PAZOS GUERRERO, JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS, GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE, JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA y CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.

15 de noviembre de 2019, suscrita tan solo por dos consejeros(71) – como jueces constitucionales – dejaron sin efecto la Sentencia de Unificación y ordenaron proferir nuevo fallo, con el argumento de que ésta violó el derecho fundamental de la demandante a la presunción de inocencia establecida a su favor a partir de la decisión que la absolvió penalmente de responsabilidad por atipicidad de la conducta. Decisión que, según el fallo de tutela, fue adoptada por el funcionario penal competente y que tiene fuerza de cosa juzgada.

La sentencia de cumplimiento del fallo de tutela, se profirió por la Sección Tercera el 6 de agosto de 2020(72) , negando de todas maneras las pretensiones, bajo el siguiente argumento: el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal, que termina con sentencia absolutoria o con resolución de preclusión, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

En lo que interesa al análisis propuesto, nótese que el término escaso de siete años: 1) Se produjeron dos sentencias de unificación, del mismo juez colegiado; 2) Se dejó sin efectos una sentencia de unificación de una Sala Plena con un fallo de tutela – compuesto por un número reducido de jueces constitucionales (una bina); 3) La dos sentencias de unificación se contradicen entre sí, en el sentido de pregonar la primera una responsabilidad objetiva y la segunda, proponer un análisis subjetivo en cada caso; 4) El amparo de tutela, preservó un derecho constitucional fundamental, que en su criterio había sido quebrantado: la presunción de inocencia; 5) De todas maneras, en la sentencia de cumplimiento del amparo constitucional, se volvieron a negar las pretensiones, haciendo un análisis concreto de las razones jurídicas que motivaron la medida de aseguramiento detención, es decir, en últimas se predicó que si no hay falla o irregularidad en la misma, la responsabilidad estatal no procede, así sea que el procesado, en lo penal, haya sido detenido un día o varios años.

CONCLUSIONES

Es indudable que una situación como la planteada, en la que el criterio jurisprudencial de un juez colegiado de altísimo nivel (órgano de cierre de la jurisdicción), cuyos pronunciamientos constituyen precedentes jurisprudenciales de obligatorio acatamiento, genera no solo confusión sino incertidumbre en grado extremo.

De esta manera se puede concluir:

a) Siguiendo a Fuller, un derecho que no tenga permanencia en el tiempo, resulta frustrado.
b) Si bien no se puede exigir de las normas que se constituyan en creaciones pétreas, precisamente por la evolución de la sociedad, sí, al menos, deben tener una vocación de permanencia en el tiempo.
c) Las reglas jurídicas contenidas en los fallos de altas Cortes, que tienen la pretensión de servir de faro o de guía en la producción jurídica, ameritan también tener la posibilidad de aplicarse durante cierto tiempo. ¿Por cuánto tiempo? No es posible determinarlo a través de una disposición, pero tampoco puede ser tan variable que cambie en cuestión de menos de un lustro.
d) Para el caso puesto en referencia, no existe en el momento una sentencia de unificación del Consejo de Estado Colombiano en

torno a la privación injusta de la libertad.
e) Cientos o miles de casos, que se guiaban en sus pretensiones por una responsabilidad objetiva amparada en la sentencia de 2013, se vinieron al piso, en cuestión de cinco años (frustrándose una expectativa legítima), con la nueva interpretación, que alcanzó a tener una vigencia de escasamente un año.
f) A manera de propuesta personal, podría llegarse a un punto intermedio sobre el tema, sin llegar a anquilosar la jurisprudencia con jueces vitalicios en las altas cortes, podría plantearse un periodo prudencial de 16 a 20 años para sus integrantes, suficientes como para consolidar importantes fallos con vocación de permanencia.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica (1978). Centro de Estudios Constitucionales Madrid 1997.

BARRANCO, María del Carmen. Lección 3. Ética, poder y derecho. Máster Online en Filosofía Jurídica y Política Contemporánea. Tirant lo Blanc.

DWORKIN, Ronald. El Derecho de las Libertades. La Lectura Moral de la Constitución Norteamericana. 2019. Primera Edición. Palestra Editores (Biblioteca Tiran Lo Blanc).

FULLER, L.L., La moral interna del Derecho, trad. F. Navarro, Trillas, México, 1967.

Constitución Política de Colombia http://www.secretariasenado.gov.co/
Wikipedia.org

Circasia (Colombia), abril de 2021.

(71) MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ y ALBERTO MONTAÑA PLATA.
(72) GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE, MARÍA ADRIANA MARÍN, RAMIRO PAZOS GUERRERO, JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS, NICOLÁS YEPES CORRALES, MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO y JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ.

Aproximación al significado real de derechos humanos y justicia

Approach to the real meaning of human rights and justice

Lemuel Genaro Camilo[73]

(73) Licenciado en derecho de la Universidad Tecnológica de Santiago, República Dominicana. Especializado en Redacción Argumentativa y Expositiva de las Decisiones Judiciales. Cursando Master en Filosofía Jurídica y Política Contemporánea con la Universidad Carlos III de Madrid-Tirant Formación.

RESUMEN

Los derechos humanos y la justicia son términos que están estrechamente relacionados, dependen del otro y se justifican y fundamentan entre sí. Sin embargo, su definición, determinación y concepto son discutibles. Distintas corrientes filosóficas y sus pensadores difieren en su comprensión frente a ellos. De lo que no cabe duda es que su respeto como principios jurídicos, morales o políticos, construyen, sin lugar a dudas, justicia.

PALABRAS CLAVE

Derechos humanos, Justicia

ABSTRAC

Human rights and justice are terms that are closely related, depend on the other, justify and support each other. However, its definition, determination and concept are debatable. Different philosophical currents and their thinkers differ in their understanding of them. There is no doubt that their respect as legal, moral or political principles, undoubtedly build justice.

KEYWORDS

Human rights, justice

1.1 ¿Qué son los derechos humanos?

Desde la época en que una persona impone su fuerza sobre un grupo de personas se comenten abusos de todo tipo: abusos por parte del soberano - quien se impone-, abusos de sus secuaces y abusos de su enemigo, quien intenta derrotarlo. Quienes no participan directamente de esta dinámica son los principales afectados de la situación.

La forma moderna de limitar el poder del soberano contra su pueblo son los derechos humanos, que nacen gracias a procesos sociales que buscaban un mejor trato para todos los integrantes de un colectivo sin importar su estatus social y económico, y toman fuerza y relevancia gracias a los abusos excesivos de los nazis durante la Segunda Guerra Mundial. Algo paradójico, pero dicha situación contribuyó a revelar la importancia de limitar el poder de quienes gobiernan.

Sin embargo, conceptualmente, los derechos humanos no solo limitan el poder del soberano, son además un amplio y complejo espectro de situaciones difíciles de definir. Para definir los derechos es necesario conocer su naturaleza, lo cual puede generar mucha confusión. Como establece Carlos Santiago Nino: *"Un punto conceptual que suele generar agudas confusiones, aun cuando ha gozado de un progresivo esclarecimiento en los últimos tiempos, es el de la especie de derechos a la que se alude cuando se habla de derechos humanos. Aunque -sobre todo en castellano- parece un pleonasmo hablar de "derechos jurídicos" y huele a inconsistencia referirse a "derechos morales", tiene pleno sentido preguntarse si los derechos humanos son de índole jurídica o moral o si corresponden a esa categoría mestiza constituida por el derecho natural (o si pueden ser a la vez morales, jurídicos y "jurídico-naturales")(74) .*

Esta situación es aclarada por el mismo autor al indicar que *"en los contextos en que la alusión a derechos humanos adquiere una importancia radical para cuestionar leyes, instituciones, medidas o acciones, esos derechos no se identifican con los que surgen*

(74)Santiago Nino, Carlos. Ética y derechos humanos, 2da edición. Editorial Astrea, 1989, Buenos Aires, pp.14.

de normas del derecho positivo"(75) . Es decir, cómo los derechos humanos cuestionan las instituciones del derecho positivo y cómo este último debe respetar los primeros.

De igual modo, establece Nino que muchos teóricos tienden a: *"sostener la tesis de que los derechos humanos tienen origen no en el orden jurídico positivo sino en un "derecho natural", o sea en un sistema normativo que se caracteriza por el hecho de que el criterio según el cual ciertas normas pertenecen a él no está basado en actos contingentes de dictado o reconocimiento por parte de ciertos individuos, sino en su justificación intrínseca."(76)*

Estas son algunas de las definiciones que más llaman la atención porque ofrecen una aproximación de lo que podemos entender como Derechos Humanos, desde posturas positivistas hasta posturas iusnaturalistas. Evidenciando que la protección a los derechos es una preocupación que inquieta a cada escritor, pensador o filósofo:

A. Para Antonio Truyol y Serra: "*Decir qué hay Derechos Humanos o Derechos del hombre en el contexto histórico-espiritual -que es el nuestro-, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser está consagrados y garantizados". (77)*

B. Eusebio Fernández establece que: *"toda persona posee*

unos derechos morales por el hecho de serlo y que éstos deben ser reconocidos y garantizados por la sociedad, el derecho y el poder político, sin ningún tipo de discriminación social, económica, jurídica, política, ideológica, cultural o sexual. Estos derechos son fundamentales, es decir ese hallan estrechamente conectados con la idea de dignidad humana y son al mismo tiempo las condiciones del desarrollo de esa idea de dignidad."(78)

C. Para Alejandro Llano los derechos humanos son *"la plasmación histórica de las exigencias contemporáneas de la justicia." (79)*

D. Para Gregorio Peces-Barba los Derechos Humanos son: *"Facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política y social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción."(80)*

1.2 ¿Qué es la justicia?

El concepto de justicia está íntimamente relacionado con las creencias y valores que cada persona posee; así que, aún los individuos no relacionados con el mundo de la filosofía o el derecho tienen una noción de justicia. Por lo tanto, lo que es justo o injusto tiene una íntima relación con la subjetividad.

Como bien establece Kelsen en la parte final de su ensayo *"¿Qué es la justicia?": "En rigor, yo no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa: tan sólo puedo decir qué es para mí la justicia. Puesto que la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, la justicia es para mí aquello bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia"*. Siguiendo este esquema para Kelsen lo justo es donde puede florecer la ciencia, pero para un panadero lo justo puede ser vender sus panes al precio adecuado, o como se dice popularmente *"el precio justo "*.

El autor alemán en su obra antes citada da una explicación de las diversas nociones de justicia a lo largo de la historia y crítica porque no pueden ser consideradas como justicia absoluta. A continuación, una breve descripción de estas nociones y su crítica:

(75) Santiago Nino, Carlos. Ética y derechos humanos, 2da edición. Editorial Astrea, 1989, Buenos Aires, pp.15.
(76) Santiago Nino, Carlos. Ética y derechos humanos, 2da edición. Editorial Astrea, 1989, Buenos Aires, pp.15.
(77) Truyol y Serra, Antonio. Los derechos humanos. Editorial Tecnos. Madrid, 1979, pp. 6.
(78) Fernández, Eusebio. El problema del Fundamento de los Derechos Humanos. En anuario del Instituto de Derechos Humanos, 1981. Editorial Universidad Complutense de Madrjd. Madrid, 1981, pp. 76
(79) Llano, Alejandro. Etica y política en la sociedad democrática. Editorial Espasa-Calpe. Madrid, 1981, pp. 14.
(80) Peces-Barba, Gregorio. Derechos Fundamentales. Editorial Latina Universitaria. Madrid, 1979, pp. 27.

Noción	Critica de Kelsen
Un orden social es justo cuando regla la conducta de los hombres de modo tal que da satisfacción a todos y a todos les permite lograr la felicidad.	*Sin duda, no puede existir un orden justo — vale decir, que garantice a todos la felicidad— si se entiende por felicidad lo que es en su sentido originario, esto es, lo que cada uno considera tal. En este caso, resulta imposible evitar que la felicidad de uno roce la felicidad de otro.*
Dar a cada cual lo suyo.	*Para criticar esta postura de justicia Kelsen se pregunta ¿Qué puede considerar cada cual como "suyo" realmente? Este principio solo es aplicable cuando la interrogante ha sido respondida.*
Todos los hombres son iguales por naturaleza.	*El supuesto es enteramente falso, pues de hecho los hombres son muy distintos y no hay dos que sean realmente iguales, este requerimiento tan sólo puede significar que el orden social debe hacer caso omiso de ciertas desigualdades al otorgar derechos e imponer deberes.*
La regla de oro: "no hagas a los demás lo que no quieres que te hagan a ti"	*Así pues, la regla de oro desemboca en la siguiente exigencia: no le causes dolor al prójimo, sino que proporciónale placer. Sólo que con frecuencia ocurre que brindarle placer a un individuo es causa de dolor en otro. Al significar esto una violación de la regla de oro, se presenta entonces el problema de dilucidar cómo conducirse ante el infractor. Exactamente éste es el problema de la justicia, ya que, si nadie le causara dolor al prójimo sino sólo placer, no habría ningún problema de justicia. No obstante, si se busca aplicar la regla de oro, habiendo una infracción a ésta, se verá en seguida que su aplicación conduce a consecuencias absurdas. Nadie quiere ser castigado, aun habiendo cometido un delito. En consecuencia, coherentemente con la regla de oro, el delincuente no debe ser castigado.*
La conducta justa es el término medio entre hacer el mal y sufrirlo.	*La fórmula que dice que la virtud es el punto medio entre dos vicios, no es una metáfora apropiada, ya que la injusticia que se efectúa y la que se sufre no son dos vicios o males, sino que la injusticia es una sola: la que efectúa éste y padece aquél. La justicia es, sencillamente, lo contrario de esta injusticia.*

Cada aspecto mencionado en el cuadro debe ser tratado como un elemento de una unidad (justicia). No debe ser analizado por separado sino como un todo, porque cada uno es un elemento indispensable para tener una noción de justicia. Así lo pone en evidencia Eduardo Barbarosch: *"Las diversas concepciones de justicia han puesto en la práctica el acento en distintos valores considerados últimos. Así, como el liberalismo se suponía que había defendido la "libertad" y el socialismo la "igualdad", los desarrollos actuales son más diversos: El libertarismo hace hincapié en la "libertad"; el liberalismo igualitario de Rawls en una distribución equitativa de "bienes primarios"; el "bien común" es propio de las tesis comunitaristas; la "utilidad" del utilitarismo y los "derechos" en Dworkin. La "igualdad compleja" en Walzer. ¿Será posible subordinar todos estos valores a uno solo? " (81)*

De acuerdo a la interpretación de C. H. Perelman realizada por J.G. Riddall, hay varios criterios que las personas toman referencia para definir la justicia, tomando como partida la distribución de los beneficios y las cargas de la vida. Se podría afirmar que estos criterios son de índole individual, es decir, que se aplican a los individuos y sus circunstancias particulares. Situación opuesta a los planteamientos de Rawls, quien habla de los principios de justicia de las instituciones y las diferencias de los principios de justicia que se aplican a los individuos. *"Los principios de la justicia para las instituciones no deberán confundirse con los principios que se aplican a los individuos y a sus acciones en circunstancias particulares. Estas dos clases de principios se aplican a objetos diferentes que se deben analizar por separado. Ahora bien, por institución entiendo un sistema público de reglas que definen cargos y posiciones con sus derechos y deberes, poderes e inmunidades, etc. Estas reglas especifican ciertas formas de acción como permisibles, otras como prohibidas; y establecen ciertas sanciones y garantías para cuando ocurren violaciones a las reglas. Como ejemplos de instituciones o de prácticas sociales más generales, podemos señalar los ritos y los juegos, procesos judiciales y parlamentos, mercados y sistemas de propiedad." (82)*

Volviendo a los criterios de Perelman, estos se pueden resumir en los siguientes: 1. Desde un punto de vista cuando lo que la gente recibe está determinado por la contribución que hace. 2. Para algunas personas se hace justicia si lo que la gente recibe está determinado por sus necesidades: éstas se miden en términos de grados de salud o enfermedad, de discapacidad, de necesidades financieras o sociales. 3. La justicia significa que los beneficios y las cargas se distribuyen de acuerdo al mérito personal en relación con algún código ético, de modo que los reciben los beneficios y los malos, las cargas de vida. 4. Cada uno de acuerdo con su rango: cuanto mayor sea el rango, más grandes serán las ventajas. 5. Cada uno de acuerdo con su título jurídico. Y, por último y más interesante desde mi visión: a cada uno le corresponde lo mismo.(83)

Independiente del significado objetivo de los derechos humanos y la justicia ambos términos están estrechamente relacionados, se puede afirmar que uno depende del otro y se justifican y fundamentan entre sí. En un mundo cada vez más diverso, heterogéneo, interconectado y global, es necesario discutir e incentivar el respeto a estos principios, los cuales no solamente son principios jurídicos, morales o políticos, son principios sociales que permiten la integración de todas las personas que viven en sociedad.

Bibliografía

BARBAROSCH, Eduardo. Teorías de la justicia y la metaética contemporánea. 2da ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley; Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2013.

FERNÁNDEZ, Eusebio. El problema del Fundamento de los Derechos Humanos. En anuario del Instituto de Derechos Humanos, 1981. Editorial Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1981

KELSEN, Hans. ¿Qué es la justicia?

RAWLS, J., Teoría de la justicia, trad. M. D. González, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.

RIDDALL, J.G. Teoría del derecho, trad. TsEdi, Teleservicios Editoriales, SRL, 3era edición. Barcerlona, Editorial Gedisa, 2008, pp. 185-190.

TRUYOL y Serra, Antonio. Los derechos humanos. Editorial Tecnos. Madrid, 1979

LLANO, Alejandro. Ética y política en la sociedad democrática. Editorial Espasa- Calpe. Madrid, 1981

PECES-BARBA, Gregorio. Derechos Fundamentales.

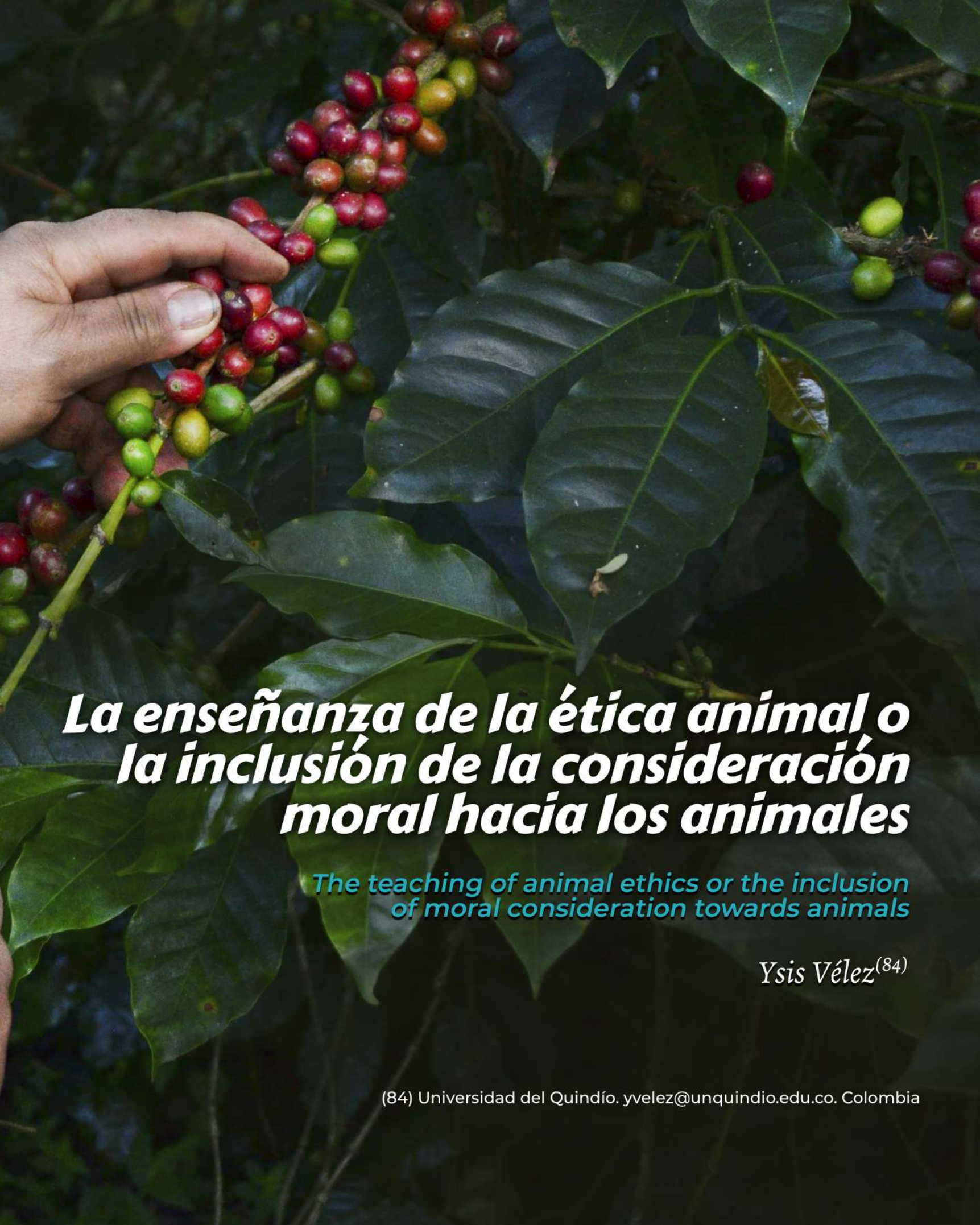
Editorial Latina Universitaria. Madrid, 1979

NINO, Carlos Santiago. Ética y derechos humanos, 2da edición. Editorial Astrea, 1989, Buenos Aires.

(81) Barbarosch, Eduardo. Teorías de la justicia y la metaética contemporánea. 2da ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley; Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2013.

(82) RAWLS, J., Teoría de la justicia, trad. M. D. González, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.

83) Riddall, J.G. Teoría del derecho, trad. TsEdi, Teleservicios Editoriales, SRL, 3era edición. Barcerlona, Editorial Gedisa, 2008, pp. 185-190.



La enseñanza de la ética animal o la inclusión de la consideración moral hacia los animales

The teaching of animal ethics or the inclusion of moral consideration towards animals

Ysis Vélez[84]

(84) Universidad del Quindío. yvelez@unquindio.edu.co. Colombia

RESUMEN

El presente escrito se propone elaborar una reflexión sobre la enseñanza de la ética animal en las instituciones educativas del contexto colombiano, especialmente en la modalidad media y superior, mostrando los obstáculos de la enseñanza en este campo y los avances que se han logrado, con base en las exigencias sociales de promover derechos para los animales. El documento muestra que debe trabajarse desde una perspectiva moral que cuestione el especismo y el antropocentrismo, para lo cual deben realizarse transformaciones curriculares y asumir una enseñanza que valore lo interdisciplinar como momentos del cambio de perspectiva para ampliar el círculo de consideración moral hacia seres de otras especies.

PALABRAS CLAVE
Ética, animal, moral, educación.

ABSTRACT

This writing aims to elaborate a reflection on the teaching of animal ethics in educational institutions in the Colombian context, especially in the middle and higher modality, showing the obstacles to teaching in this field and the advances that have been achieved, based on in social demands to promote animal rights. The document shows that one must work from a moral perspective that questions speciesism and anthropocentrism, for which curricular transformations must be carried out and a teaching that values the interdisciplinary must be assumed as moments of change of perspective to expand the circle of moral consideration towards beings from other species.

KEY WORDS
Ethics, animal, moral, education.

El artículo pretende realizar una reflexión alrededor de la enseñanza de la ética animal en los currículos de las instituciones educativas del nivel de básica, media y superior en Colombia, mostrando la falta de reconocimiento social, la marginación del espacio académico en el contexto de la crisis de las humanidades y los cambios que se están generando para incluir en la reflexión ética la problemática de los animales; al mismo tiempo, se pone de manifiesto que la educación moral que se promueve en los currículos de manera dominante es la visión antropocéntrica y especista. Frente a estas formas de la enseñanza de la filosofía y en especial de la ética animal hay importantes actividades y trabajos que promueven la consideración moral hacia los animales y pretenden incidir en la proclamación de derechos para los mismos. La hipótesis que guía este ejercicio de indagación es que los animales deben ser incluidos en el campo de consideración moral y para ello hay que comprender distintas posiciones éticas en las que se forman los estudiantes de las instituciones educativas, especialmente de secundaria y educación superior; esta formación debe incluir una visión del animal como ser sintiente y provisto de capacidades naturales a las que es conveniente apoyar para el florecimiento y respeto de la vida, especialmente en la concepción de Martha Nussbaum (2007). En consecuencia, la consideración moral hacia los animales depende de una enseñanza de la ética animal que ponga sobre la palestra la visión antropocéntrica y especista que ha primado en la enseñanza de la filosofía; al mismo tiempo se necesita de una visión interdisciplinaria, dado que la ética animal debe nutrirse de las investigaciones científicas y de otros campos del saber tales como la etología, la filosofía de la mente o la literatura con el ánimo de ge-

nerar una visión crítica hacia el problema de los animales y promover una relación con la naturaleza que cuestione los presupuestos y prejuicios en los que se fundamenta la violencia hacia los animales.

1. Enseñanza de la ética animal

La filosofía moral o la ética(85), como uno de los saberes humanísticos que tiene una larga tradición en los currículos de educación básica y media en Colombia, se asume desde los lineamientos del Ministerio de Educación como parte de la formación personal y ciudadana, de este modo, puede aparecer como educación en ética y valores humanos (Ministerio de Educación (MEN), Serie Lineamientos Curriculares, 1998, págs. 16-17). Los niños se forman en las Instituciones Educativas conociendo un panorama de la ética y en las preocupaciones que los mismos docentes trabajan al interior de estos espacios académicos. En algunas Instituciones Educativas estatales por razones de tradición, la ética se vincula con la religión y de esta manera priman los contenidos de la moral cristiana(86), los cuales se reflejan en los manuales de convivencia como formas de regulación ética al interior de las escuelas, es de aclarar que estas posiciones se encuentran presentes en algunas Instituciones Educativas con base en el desconocimientos de los lineamientos del MEN, dado que desde este organismo gubernamental, hay una visión que reconoce las tradiciones éticas como una forma de contextualización histórica, la cual asume una visión moderna de la ética y de la moral. (MEN, 1988).

En educación básica, media, la ética es un área de conocimiento y en la enseñanza superior es una asignatura obligatoria de ley, en las universidades está incluida en los currículos para el desarrollo de competencias ciudadanas y para que este saber incida en sus prácticas profesionales. No obstante, la filosofía moral entre el conjunto de las materias propias de las humanidades y de las ciencias sociales, asiste a una crisis actual en el ámbito de la enseñanza, y el tiempo dedicado a estos espacios, los contenidos y la relevancia de los mismos a nivel institucional y social sufren la ausencia de reconocimiento a nivel mundial, según Nussbaum en su libro Sin Fines de Lucro, señala:

Estamos en medio de una crisis de proporciones gigantescas y de enorme gravedad a nivel mundial. No, no me refiero a la crisis económica global que comenzó a principios del año 2008. Al menos en ese momento, todo el mundo sabía lo que se avecinaba y varios líderes mundiales reaccionaron de inmediato, desesperados por hallar soluciones (…) no, en realidad me refiero a una crisis que pasa prácticamente inadvertida, como un cáncer. Me refiero a una crisis que, con el tiempo, puede llegar a ser más perjudicial para el futuro de la democracia: la crisis mundial en materia de educación. (…) sedientos de dinero, los estados nacionales y sus sistemas de educación están descartando sin advertirlo ciertas aptitudes que son necesarias para mantener viva a la democracia. (Nussbaum, 2010, págs. 19-20)

> *Esto se evidencia a nivel local con la importancia que se le da a prácticas o ejercicios relacionados con el saber moral. Al parecer, este espacio académico no goza de popularidad en las escuelas, pese a los esfuerzos de algunos maestros que proponen proyectos para poner sobre la mesa, discusiones relacionadas con el buen vivir, la ciudadanía, la paz, la democracia, la relación entre la ética y la ciencia, la moral y la política, la moral y la cultura, el saber ambiental y ecológico,*

(Ferry, 1992) etc. No obstante, pueden considerarse propuestas que no gozan de estima ni en las instituciones educativas ni en el mundo de la vida social. Esto significa que las mismas directrices de la educación estatal, retomando la idea de Nussbaum, ya implican una idea de educación para la renta y no para la democracia como lo desarrolla en su discusión sobre la crisis de las humanidades (capítulo 3, págs. 33-38) en el libro citado. De ahí que no haya una auténtica preocupación por el saber moral, por una educación que pretenda poner en cuestión la conducta del hombre y mucho menos su relación con la naturaleza.

Con relación a lo anterior, el campo de la ética, especialmente de la ética aplicada y del saber bioético(87) ha incluido nuevas

(85) De acuerdo a José Luis Aranguren, en el capítulo I de su libro Ética y Política: "La ética, considerada en sí misma, es primariamente personal. Es cada hombre quien, desde dentro de la situación en que, en cada momento de su vida, se encuentre, ha de proyectar y decidir lo que va hacer. Entre las diversas posibilidades que sea capaz de concebir, para salir de esa situación, él es quien ha de elegir. Entre los diversos proyectos de vida que forje como hacederos, es él también quien ha de preferir. El quehacer de cada acto y el quehacer de la vida en su totalidad unitaria es a cada hombre, al <<interesado>> como suele decirse, a quien incumbe. No solo eso. Las <<normas>> o <<modelos>> de comportamiento y de existencia, conforme a los cuales decidimos <<hacer>> nuestra vida, han de ser libremente aceptadas por cada uno de nosotros para que el acto y la vida sean morales." (Aranguren, 1985, pág. 11)

(86) Dentro de los contenidos que priman en algunos planes de área en ética en las instituciones educativas se encuentran las ideas de algunos filósofos cristianos referentes a lo humano y a lo animal, con respecto a la concepción de lo bestial como un comportamiento que hace perder la naturaleza del hombre y lo aleja de Dios: un buen ejemplo puede manifestarse en Acerca de la Consolación de la Filosofía, Libro IV, Prosa Tercera, de Boecio, "El que se ha hecho ladrón, arde en codiciosos deseos de los bienes ajenos: más que hombre parece un lobo. Otro, no da reposo a su lengua con los mil pleitos que provoca, desasosegado y altivo: bien lo puedes comparar con un perro. Aquel otro bribón se goza en las rapiñas que ha podido cometer gracias a su disimulada astucia: es un zorro. Este ruge de ira, impotente para dominar su cólera: se diría que tiene corazón de león. Uno, perezoso y flojo, se estremece ante peligros imaginarios, como el ciervo. A otro lo ha hebetado en su estupidez la molicie: vive como los asnos. Hay quienes, no de otras suertes que las aves, ligeras e inconstantes, cambian continuamente de gustos. Al que ves sumergido en el fango de pasiones vergonzosas e inmundas. Tenlo por esclavo del placer que deleita al cerdo repugnante. Así, pues, todo el que abandona la virtud deja de ser hombre; e incapaz de llegar a ser un dios, se convierte en bestia" (Boecio, 1955, pág. 96)

(87) "La bioética, bios, vida y ethos, ética, "nace como una actuación multidisciplinaria cuando los científicos además de dominar y transformar la naturaleza logran un dominio y una capacidad de transformación del mismo ser humano". Es claro que hoy la bioética va más allá de su etimología y se preocupa de las nuevas realidades de la ciencia y la tecnología, en la medida en que estas afectan la vida de seres humanos, animales y plantas. (Molina, 2013, pág. 20)

perspectivas en los currículos de educación básica, media y superior; ello en virtud de reflexiones contemporáneas tales como el ecofeminismo, el medio ambiente, el multiculturalismo, el problema de los derechos, el aborto, los límites morales de la ciencia y el arte, así como la temática de los animales; aspecto que interesa a la presente indagación (Rachels, 2006, p.38-155). El asunto de la oferta curricular en las instituciones educativas está comprometido con temas que siguen abordándose de manera tradicional y la escogencia de los mismos obedece por un lado, a las decisiones de grupos profesorales del área de ética de las instituciones educativas, y por otro lado, al énfasis que ponen los lineamientos curriculares del Ministerio de Educación para la orientación de este espacio académico(88). De esta manera se genera una especie de jerarquía de las temáticas que se expresan en una tradición que privilegia la historia de los valores, de la religión, y con ello, tópicos en donde están al orden del día las autoridades de la filosofía moral, desde Sócrates, Platón, Aristóteles, Descartes o Kant, bajo ciertas lecturas que se traducen en el espacio académico ética, esta bibliografía se encarga de mantener la autoridad de la tradición filosófica y relieva ciertas maneras de leer filosofía, de interpretar, de hacer en el contexto de la discusión europea. Esta manera o hábito de entender y enseñar la ética está fuertemente relacionada con una visión antropocéntrica y especista(89). Frente a esta idea, es notable que hace aproximadamente tres décadas algunos teóricos se han pronunciado, viendo en el especismo antropocéntrico una forma de discriminación de la especie humana hacia otras, de tal forma que los animales no humanos estarían excluidos de cualquier tipo de obligación moral (Horta, 2009, pág. 36). Y solo los humanos serían objeto de estas obligaciones si se requiriera un cambio de conducta. Para Oscar Horta, existen distintos enfoques éticos que permiten cuestionar al especismo(90):

El utilitarismo implica considerar la máxima satisfacción a partir de la suma de intereses de los individuos, donde los animales humanos y no humanos deben recibir un trato igualitario. En suma, desde la perspectiva clásica, el utilitarismo considera el hecho de que los individuos posean experiencias positivas y no negativas y el utilitarismo de las preferencias, el cual presta atención a la satisfacción de las mismas. En cualquier caso, habrá prejuicios antropocéntricos y desacuerdos entre los teóricos, pero en esencia se pide el cumplimiento de esta máxima. Entre los filósofos que interesa citar se hallan Peter Singer (1995) y Gaverick Matheny (2006). (Horta, 2009, pág. 36)

La ética de los derechos no considera la maximización del valor si no el criterio de

(88) "La educación ética y moral la pensamos como aquella que se ocupa justamente de formar y preparar a la persona como sujeto moral para que pueda construir y ejercer su condición humana en el mundo. En esto, justamente, estriba la importancia trascendental de toda educación específicamente ética y moral. Pero en ello radica también la excesiva demanda de resultados que se le hace a ella misma. Si la educación ética y moral prepara para la vida, es necesario reconocer que el arte de la vida escapa a cualquier ingenua pretensión de ser enseñado como, por ejemplo, se enseña a hablar, a caminar, a sumar o restar". (Ministerio de Educación (MEN), Serie Lineamientos Curriculares: 1998, p.6).

(89) En correspondencia con la reflexión de Ferry en Ecología Profunda, 1992, p. 32, el problema del antropocentrismo debe entenderse en una visión más amplia y crítica como lo argumentan algunos autores que abren la discusión acerca de los derechos de la naturaleza: "Entre tantos otros, Aldo Leopold en Estados Unidos, pero también Hans Jonas en Alemania, con gran parte de su trabajo, y cuyo Principio de responsabilidad, publicado en 1979, con más de ciento cincuenta mil ejemplares vendidos, se ha convertido en la biblia de cierta izquierda alemana y mucho más que eso; igualmente, Michel Serres, cuyas tesis, sin embargo, se puede dudar que sean entendidas en Francia como lo que son: una auténtica cruzada, a la americana (no olvidemos que Serres imparte clases en California desde hace muchos años), contra el antropocentrismo en nombre de los derechos de la naturaleza. Porque de eso se trata. Según esta última versión de la ecología, el antiguo "contrato social" de los pensadores políticos debe ceder su lugar a un "contrato natural" en el cual el universo entero se volvería sujeto de derecho: ya no es al hombre considerado como centro del mundo al que hay que proteger en primer término de sí mismo, sino al cosmos como tal al que hay que defender de los hombres. El ecosistema -la biósfera- aparece entonces investido de un valor intrínseco, por cierto, muy superior al de esa especie, a fin de cuentas, más bien dañina, que es la especie humana".

(90) Richard D. Ryder, Victims of Science: The Use of Animals in Research, Davis-Poynter, London, 1975; Animal Revolution: Changing Attitudes towards Speciesism, Basil Blackwell, Oxford, 2000.

respeto por la satisfacción de los intereses de los individuos. Este enfoque se basa en la deontología kantiana y asume que los individuos que tienen un valor inherente, una vida mediante la cual pueden tener experiencias, disfrutar y sentir dolor, no deben ser dañados, así tanto humanos como animales requieren de ser protegidos mediante derechos, como vocero de estas ideas se encuentra Tom Regam al lado de Richard Rider y Mishael Allan Fox. Para Horta, Julián Franklin y Christine Korsgaard, haciendo una interpretación de Kant, expresan que el criterio de universalidad del imperativo categórico debería incluir humanos y animales en la medida en que los no humanos pueden ser perjudicados por nuestras decisiones. A su vez, Evely Pluhar y Allan Gewirth en su condición de neokantianos derivan el respeto de principios puramente racionales como el imperativo categórico y no conformes con la referencia a los seres humanos, los teóricos ven la necesidad de extender el marco de consideración moral a los animales en la medida en que pueden experimentar sufrimiento y placer y con ello, ser dañados (Horta, 2009, pág. 37).

El contractualismo es un enfoque muy similar a la ética de los derechos y consiste en reconocer únicamente como agentes morales a los seres racionales, lo cual suscita un debate importante en la medida en que diluye la diferenciación entre humanos y animales, es decir, los niños y las personas con discapacidad metal o cognitivas no entrarían en el círculo de los racionales. Según Oscar Horta, Peter Carruthers afirma que esta posición restringe a la moral y es una alternativa muy poco atrayente hoy en día. Mark Rowlands se basa en la propuesta de Rawls quien pone el acento en los principios normativos que podríamos justificar. Rowlands se basa en la idea de un velo de ignorancia como hipótesis original de la sociedad, así, dicho velo implicaría la necesidad de ocultar la pertenencia a la especie y las capacidades intelectuales, las cuales dejan sin base al antropocentrismo.

Los enfoques aristotélicos plantean cuestiones acerca de a quienes hay que considerar moralmente. En este sentido se trabaja desde una ética de las virtudes, bajo la idea de que todo ser vivo busca su propio florecimiento, la autorrealización en conformidad con su propia naturaleza. Desde esta perspectiva cabría la posibilidad de ampliar el rango de consideración moral hacia los animales no humanos. Vinculados en este parecer se encuentran Stephen Clark, Daniel Dombrowski, Martha Nussbaum entre otros. La ética del cuidado por su parte, es defendida por teóricas feministas quienes defienden la consideración moral hacia los animales, resaltando la importancia de los sentimientos morales y criticando posturas de los racionalistas tradicionales. Oscar Horta ha llamado la atención acerca de las limitaciones que ofrece este enfoque en la práctica, pues se presenta la imposibilidad de universalizar la consideración y solo limitarla a quienes tienen un trato con nosotros. Esta postura intenta ser superada por Josephine Donovan en contra del especismo antropocéntrico (Horta, 2009, pág. 39).

El igualitarismo, este es una de las perspectivas en las que se ha explorado más recientemente el tema de la consideración moral hacia los animales; en este campo encontramos a Ingmar Persson quien defiende una posición más equitativa en lo concerniente a experiencias positivas, por ello será bastante cuestionable la situación en la que se hallan humanos y animales, donde los últimos se hallan en franca desventaja. Sumada a esta concepción se encuentra Peter Vallentyne.

No obstante, otros filósofos que difieren del igualitarismo como Nils Holtug siguen la postura prioritarista, según la cual es preeminente mejorar la situación de quien está peor. Así Roger Crips ha adoptado la postura anterior desde el suficientismo, según el cual cada uno de nosotros debería tener lo suficiente para vivir y llevar una vida buena y con ello, se compromete con la crítica de usar los animales como recurso, puesto que implica la muerte y el sufrimiento de aquéllos (Horta, 2009, pág. 39).

Frente a estos enfoques al menos en la educación superior, se vienen abriendo espacios de debate para cuestionar el antropocentrismo especista y en Colombia, ya existen electivas en etología(91), la discusión sobre los animales y por supuesto en el panorama del espacio académico ética se exponen los argumentos por los cuales es decoroso realizar una defensa en torno a la consideración moral hacia los animales (Diez, 2016). La otra perspectiva, es la que presenta Horta en el artículo citado y es la defensa de algunos teóricos del antropocentrismo y el especismo, en la medida en que en los departamentos y Facultades de Filosofía siguen sosteniendo que la ética es un campo propio de los humanos, basándose en argumentos de orden clásico, como la racionalidad o cualquier otra potencia que no exhiban los animales.

La enseñanza de la ética animal, a nivel de educación básica o media, se comprende bajo proyectos transversales, especialmente en la cátedra de la paz -por el contexto de la firma de los acuerdos de paz entre el gobierno y las FARC el 26 de septiembre de 2016-. No se trata de una materia independiente sino de ciertos contenidos que empiezan a ganar terreno en este espacio académico, que orienta hacia un trato considerado hacia los animales (Salazar, 2019). A nivel de educación superior en Colombia, se halla implicada en las discusiones sobre bioética, en la cátedra de ética obligatoria de ley, en algunas electivas u opcionales dirigidas a un público estudiantil más amplio. En la Universidad del Quindío, algunas investigaciones sobre ética animal en Aristóteles, Descartes o Kant y al estudio contemporáneo de algunos filósofos como Nussbaum, Francioni, De Wall, etc. Han permitido proponer cursos como ecología y sociedad del riesgo o los derechos de los animales no humanos, como un vínculo entre investigación y docencia (Restrepo, Sepúlveda, & Sánchez, 2017). No obstante, es muy difícil librarse en estos ámbitos de una visión antropocéntrica y algunos productos de las investigaciones, se usan como textos para la enseñanza de la ética, tal es el caso del libro La cuestión de los derechos de los animales, en donde el profesor Rubiel Ramírez afirma:

> *Es un deber del hombre proponerse la perfección como un fin, es un deber proponerse en el cultivo de sus facultades, "entre las cuales el entendimiento, como la facultad de los conceptos, por tanto, también de aquellos que conciernen al deber, es la facultad suprema (…) Es para el hombre un deber progresar cada vez más desde la incultura de su naturaleza, de su animalidad (…) hacia la humanidad que es la única por la que es capaz proponerse fines". No obstante, pareciera en algún momento que el filósofo se muestra benigno con lo que hay de animal en nosotros: si se trata del cultivo de las facultades corporales, como la gimnasia (podría decirse que todo ejercicio físico que realice el hombre), aparece como una actividad deseable y justificable, pues se trata de cuidar "el instrumento (la materia) sin el que los fines del hom-*

bre se quedarían sin realizar; por tanto, fomentar de un modo intencionado y permanente la dimensión animal en el hombre es un deber del hombre hacia sí mismo. Ahora si miramos con atención la cita, ese cultivo de lo animal en el hombre es en función del perfeccionamiento y la realización de los fines del hombre, y no es para nada una reivindicación de lo animal (Restrepo, Sepúlveda, & Sánchez, 2017, págs. 102-103).

Esta visión de la ética animal, inicialmente no emerge del ámbito educativo en Colombia, pues el enfoque de la enseñanza ética, está pensado desde algunas discusiones que parten del presupuesto de que el círculo de consideración moral tiene como referencia únicamente a los humanos en virtud de categorías racionales. Así las razones se fundamentan en capacidades que exhiben los humanos y de las que los animales carecen. Sobre todo, la noción logocéntrica que ha primado en occidente, tal como lo apreciamos con Kant y su cultivo de las facultades humanas. Lo interesante es que esta visión tradicional de la filosofía y de la ética, en donde el campo de los animales irrumpe como un nuevo desafío para las comunidades académicas, implica una fuerte conexión con grupos y movimientos animalistas de la sociedad que requieren con urgencia reflexiones sobre el estatuto moral de los animales, el tema de los derechos, las leyes sobre protección animal, inclusive las investigaciones sobre animales que deben ser divulgadas con suficiente empeño.

(91) Un buen ejemplo de las Universidades en Colombia en donde se trabajan espacios académicos para la cuestión animal, puede mencionarse la Universidad Nacional, Universidad de la Salle, Universidad del Rosario, Universidad del Valle y Universidad del Quindío, entre otros. Estas cuestiones que atañen al tema de ética animal, se generan a través de asignatura como ética, electivas complementarias u optativas y en cursos de filosofía moral, política y contemporánea.

Como se dijo, el problema de la enseñanza de la ética animal se nutre de las exigencias del movimiento de liberación animal, el cual toma como referencia el libro de Peter Singer que lleva el mismo título Animal Liberation, A New Ethics for Our Treatment of Animals (1975). Estos trabajos han dado un viraje a la manera como consideramos a los animales. Una de esas visiones que realiza una denuncia, se encuentra en María Victoria Parrilla Rubio en su escrito Tan otro que ni otredad posee: eso que llaman el animal:

> *El animal (provisoriamente así, en singular; ya veremos más adelante qué encierra ese empeño en el singular) es el radicalmente otro. Llevamos decenios entregándonos, no sé si voluptuosamente, al juego múltiple de la otredad, al Otro con mayúscula y al otro en minúscula, al otro a asimilar, o al otro a respetar y reforzar en su irreductible diferencia. Sin embargo, el otro-animal, el animal en cuanto no-humano, está desalojado hasta de la otredad. Por eso es el absolutamente otro, tan carente que ni otredad posee. No es capaz de responder (Descartes), no cuestiona el ser del ente (Heidegger), ni siquiera tiene rostro (Lévinas). Acaso la filosofía sea eso, el olvido (y todo olvido es activo, exige continuados y tenaces esfuerzos) de que el animal está ahí, da ist es, el dasein en indicativo. Y me mira, aunque no tenga rostro. Mayoritariamente, los discursos filosóficos descartan al animal. Sí, he dicho bien, descartan. Descartes, por supuesto. Y como -nos guste o no- seguimos siendo cartesianos, seguimos descartando; no exactamente a su manera, pero sí a su luz, en el espacio de visibilidad abierto por él (Parrilla, 2007, págs. 71-72)*

La profesora Parrilla realiza una revisión crítica en el artículo mencionado sobre la concepción cartesiana del animal, como la autoridad que funda la discusión sobre la filosofía moderna y marca una tradición muy importante del pensamiento occidental, desde esta perspectiva el otro con mayúscula es el hombre y desde tal referencia se mide la importancia de la naturaleza y de los animales. En este sentido, los animales no poseen alma, son máquinas, y como meros vivientes desprovistos de razón, deben ser dominados y tratados como simples medios para los fines humanos, este es el proyecto moderno acerca del control de la naturaleza señala Parrilla Rubio (2007, pág. 79). Pero aquí no está en juego solo una manera de entender la relación del hombre moderno con la naturaleza sino la forma en la que se presentan esos discursos a nivel institucional, bien sea en educación media o superior, pues la enseñanza de la filosofía puede generarse a través de la transmisión de tesis, efectuando lecturas que circundan en los mismos dogmas que cobraron vida desde hace siglos, de modo que el ámbito de enseñanza de la ética, opone resistencia cuando se trata del tema de la animalidad y surgen tensiones y argumentos que descalifican la consideración moral hacia los animales y aún más la posibilidad de otorgar derechos a los mismos, en el contexto de una cultura filosófica que continúa afirmando privilegios no solo a nivel de autores y de doctrinas, sino a nivel de las relaciones institucionales que se generan en el momento de considerar el problema del otro con minúscula, que es animal, la bestia que requiere de nuestra mediación para ser protegida de los discursos que continúan justificando la violencia y la discriminación; de este modo, la institución educativa es una manifestación del mundo social y cultural propicio para el antropocentrismo y el especismo.

Frente a estas consideraciones que plantea María Victoria Parrilla, la concepción ontológica y política del animal es una barrera para considerar moralmente a los animales e incluirlos en una comunidad más amplia donde sean considerados y tengan derechos, no obstante, estas reflexiones sacan a los animales de la sombra antropocéntrica y se constituye en una crítica a la tradición filosófica con respecto a la anulación del problema de los animales desde una óptica institucional de la Filosofía.

1. Currículo y movimientos de protección animal

Es conveniente realizar la conexión con lo que está ocurriendo en los currículos en Colombia, y esta será una investigación que quede pendiente después del presente ejercicio, puesto que los planes de estudio están orientados en la actualidad a considerar la responsabilidad de la filosofía con la sociedad, esto es, temas como la contaminación ambiental y los animales, empiezan a desplazar cuestiones tradicionales, además de establecerse conexión entre diversas asignaturas a partir de problemas contextuales, bien sean del orden nacional o internacional. En suma, podemos apreciar la importante labor que realizan las fundaciones y grupos de protectores que velan por un cambio positivo para los animales, así el rechazo de la tauromaquia, el coleo, las peleas de gallos, la experimentación con animales, la ganadería, la industria avícola, la elaboración de productos de origen animal, son temáticas que revelan un rechazo profundo por parte de una conciencia que reconoce a los animales como seres sintientes, portadores de un valor en sí mismo, como personas y no como cosas. Como sujetos de derecho.

Frente a esta perspectiva puede considerarse un campo importante para la enseñanza de la ética, dado que al menos en las instituciones educativas, a través de proyectos transversales se inician investigaciones y debates sobre el lugar de los animales en el mundo y sobre la relación que los humanos han sostenido a nivel histórico. Se trata entonces de la exigencia de un cambio que repercute en una nueva sensibilidad a hacia otros seres de la naturaleza, por tal razón, puede apreciarse un gran interés de los jóvenes en el campo de la ética animal. Igualmente, en educación superior, el campo de la enseñanza de la ética produce investigaciones, artículos, nueva bibliografía y debates en diversos contextos, desde los cuales se genera un diálogo entre activismo y filosofía. Entre tanto, puede afirmarse que el ámbito de la enseñanza de la ética no se genera solo desde el currículo si no desde otros espacios de enseñanza de la ética animal, tales como foros, congresos, seminarios, programas radiales, etc. Estos espacios están alimentando los currículos y exigen una importante conexión entre la educación básica, media y la superior en relación con la cultura animalista, la producción filosófica que difunde la ética animal; y sobre todo con un movimiento de liberación animal que exige la ampliación de la comunidad moral para incluir a los animales como sujetos dignos de consideración y sujetos de derechos. En este panorama, la enseñanza de la ética animal está relacionada con una posición ético-política, en la que no se busca únicamente el reconocimiento del otro, como el ser humano, sino que aparece ante nuestra conciencia y sensibilidad otro, que también es el animal no humano, ese quién que exige una nueva responsabilidad ciudadana y que nos abre nuevas perspectivas y preguntas acerca de su ser, del lugar que ocupa en el mundo, nos permite replantear preguntas acerca de nuestra relación con la naturaleza, inclusive pone en crisis la visión antropoló-

gica tradicional en donde el animal humano se sitúa en un centro desde el punto de vista de sus capacidades y del rango de consideración moral que excluye a otras especies.

A pesar de los grandes esfuerzos que se generan hoy en términos de contenidos, de actividades, del desarrollo de planes y proyectos relacionados con la ética animal, la formación que se imparte en las instituciones educativas a nivel de educación básica, media y superior, es insuficiente a la hora de plantear una formación que incluya el problema de los animales, esto es, un trato moral hacia ellos y la posibilidad de una lucha por sus derechos. Lo importante es que a nivel social y político se generan nuevas formas que pueden alimentar el aprendizaje y enseñanza de la ética animal; se trata de cambios en las legislaciones, en Colombia la ley 1774 del 6 de enero 2016 y la ley 2054 del 3 de septiembre de 2020, hizo un avance con respecto al paso de considerar el animal como propiedad, cosa, semoviente hacia el animal como portador de sensibilidad y planteó ciertos derechos de la mano con el código de policía. En el contexto de estas leyes, no se consideran los animales cultivados para la producción, ni la tauromaquia, ni las peleas de gallos para poner algunos ejemplos que están al orden del debate en nuestro país. De igual modo, hay una inscripción del orden económico para la regulación de la producción animal, desde la concepción del bienestarismo, lo cual solo atenúa la violencia y la esclavitud a la que se ven abocados los animales. Otro de los cambios que se propone la promulgación de estas leyes, es la participación en política de los grupos de protección animal, quienes buscan representar los intereses y los derechos de los animales, hay que destacar las comunidades que llamaré altruistas, iniciativas ciudadanas como los comedog en Colombia, una organización

que instala dispensadores de alimentos para perros en situación de calle, y otras actividades como las esterilizaciones de animales domésticos, rescates, hogares de paso, gestión de recursos y de refugios para perros, gatos, aves, etc., distintas a la lógica estatal de los centros de zoonosis que buscan el sacrificio de animales para ejercer un control poblacional con base en el argumento de la salud humana. Es notable que la academia empieza a tener presencia e incidencia en este campo de la existencia humana y animal. Una vez mostrada esta panorámica, parece poco lo que se hace a nivel de protección animal frente a la infinidad de problemas relacionados con la violencia, la tortura y la esclavitud hacia estos seres vivos. Esto se evidencia en el currículo, pues la gestión de una nueva forma de concebir la ética en la cual se incluya el problema de los animales, genera resistencia a nivel de las instituciones, por considerarse un tema marginal identificado con el activismo, carente de popularidad, carente de estatus epistemológico, y que podría afectar la supuesta neutralidad política de la academia; además, porque desde ciertas perspectivas de la enseñanza de la filosofía y con ello, de la ética, ésta sería una disciplina teórica que debe diferenciarse y hasta distanciarse de los discursos políticos o los reclamos sociales de justicia para los animales.

3. Nussbaum en los Currículos colombianos

La lectura de Martha Nussbaum se constituye en un importante aporte para la reflexión sobre ética animal y es notable que en los currículos de las universidades colombianas se estén trabajando distintas cuestiones relacionadas con la reflexión educativa, económica y política de la filósofa; la filósofa se toma en serio en los programas sobre derecho animal en la Universidad de Antioquia, Universidad Nacional o Universidad del Valle; la filósofa considera el problema de los animales desde la perspectiva de su concepción de justicia y desde el enfoque de la capacidades.

Nussbaum presenta su enfoque de las capacidades como un proyecto capaz de abordar tres motivos concretos de exclusión de la esfera de la justicia: la cuestión de la deficiencia y la discapacidad; la cuestión de la nacionalidad o lugar de nacimiento; y la cuestión de la pertenencia de especie. Estos tres ámbitos, a pesar de ser dispares entre sí, comparten, paradójicamente, el mismo rasgo que los mantiene excluidos de la sociedad: las características corporales de nacimiento que ningún individuo puede elegir ni cambiar y es que uno no elige las condiciones naturales o características corporales que envuelven la propia vida. En este sentido, la afectación carencialmente desigual de los individuos en sus oportunidades vitales básicas supone una cuestión urgente de justicia que debemos atender (Blanco, 2012, pág. 62).

La filósofa norteamericana se basa en la teoría de las capacidades del economista y filósofo bengalí Amartya Kunar Sen, quien en 1979 proponía un enfoque alternativo a los tradicionales sistemas

mas de evaluación del desarrollo y nivel de bienestar de un país (PIB). Dos años más tarde Sen publicaría dicho enfoque en Poverty and famines: An Essay on Entitlements and Deprivation, dando a conocer uno de los conceptos más importantes que presentaría en el ámbito de la economía: las capacidades. El enfoque de Sen se sustenta sobre una concepción de la persona a la que le son propias, de nacimiento, ciertas capacidades. Estas son entendidas como las aptitudes o fortalezas que permiten el desarrollo de sus vidas en los diferentes ámbitos. Todas las capacidades son únicas y necesarias para poder llevar una vida digna (Blanco, 2012, pág. 12); dicha teoría de las capacidades está siendo leída por Nussbaum a partir de la noción de physis griega con la que Aristóteles veía las potencias naturales de los animales y la entelequia como el logro del desarrollo y perfección de las mismas. La filósofa utiliza el término florecimiento, tomado de las nociones aristotélicas mencionadas y se opondrá a la discriminación por especie de los animales no humanos.

Este florecimiento es diferente para los animales, pero se conciben determinados principios para reconocer un trato respetuoso y equitativo hacia los animales; uno de ellos es la dignidad puesto que los animales no humanos tienen un valor en sí mismo, si bien son distintos al zoon politikón esto no los excluye de la justicia. Su inteligencia determina una riqueza innegable para realizar su propio bien. Otro de los principios es la capacidad sintiente, desde aquí la filósofa critica la tradición medieval y la concepción de la racionalidad en occidente. Si bien puede aceptar con el utilitarismo que los animales deben ser considerados en pro de su sintiencia, va más allá examinando otras formas de infringir daño a los animales, como la privación del florecimiento de las capacidades.

Martha Nussbaum pone en cuestión la tradición moderna, específicamente el contractualismo kantiano y la idea de persona, se separa del consecuencialismo, la suma de los bienes y la idea del bien como placer, los animales se le presentan a la autora contemporánea con las maravillas que el mismo Aristóteles describió y por eso considera que se requiere un trato justo hacia ellos, uno que reconozca sus capacidades, la idea intrínseca de una dignidad y el respeto por el florecimiento de sus talentos. Esta es la parte deseable de la ética aristotélica que habrá que ampliar mediante una revisión más crítica. De este modo, la filósofa plantea en su libro Las Fronteras de la Justicia, unos principios políticos básicos que se constituyen en un listado de las capacidades animales: vida, salud física, integridad física, sentidos, imaginación y pensamiento, emociones, razón práctica, afiliación, otras especies, juego, control sobre el entorno propio (Nussbaum, 2007, págs. 384-385). El listado, señala, no está completo, pero se constituye en posibilidad para la adjudicación de derechos a los animales, asevera Nussbaum.

Puede afirmarse con todo, que la visión de la escuela, de la elección de contenidos de un maestro, como las ideas manifestadas en la filósofa Nussbaum puede tener en cuenta una visión de esperanza frente a la ética animal, dado que la enseñanza de la misma empieza a derrumbar los supuestos de superioridad epistemológica y moral del hombre. La nueva bibliografía, la lectura y reconsideración de propuestas clásicas que ya implicaban la crítica al antropocentrismo, al especismo o logocentrismo (Gontier, 1999, págs. 18-30), propone cambios sociales, políticos y culturales, desde la perspectiva de la animalidad, de la relación con la naturaleza o con el otro. En esta medida se puede ver la carencia de una enseñanza comparti-

mentada y quizá haya una retroalimentación con otras asignaturas de los planes de estudio en Filosofía. En todo caso, una visión interdisciplinaria puede ser fructífera para quienes promueven la consideración moral hacia los animales, esto es, un diálogo con la ciencia (etología, filosofía de la mente, biología), con la política, con la cultura, con la economía. La enseñanza de la ética animal, puede entenderse como una oportunidad para comprender otros problemas como el feminismo, la ecología, el medio ambiente, los derechos de la tierra y de las comunidades marginadas. Tal vez este discurso revele su pobreza si no se sitúa en conexión con otros saberes y problemas y esta exploración pueda transformar la enseñanza de la ética animal en nuestras instituciones educativas, igualmente un estudio desde la perspectiva clásica pueda enriquecer nuestra cultura alrededor de la animalidad y del problema de la inclusión de los animales en una comunidad moral, por ende, la literatura podría ser una opción para la educación moral, como se expresa en una de las narraciones de Aulo Gelio:

> *Yo mismo he visto cerca de Dicearquía a un delfín abrasado de pasión por un muchachito, llamado Jacinto. Cuando éste lo llamaba, acudía agitando la cola como un perro; dábale alas la pasión; y plegaba sus aletas para no herir la piel de su amado. Se dejaba embridar como un caballo y transportaba al muchacho hasta distancias de doscientos estadios. Roma e Italia entera acudía en masa a contemplar aquel pez guiado por las riendas de Afrodita". Y añade un hecho no menos admirable: El niño, auriga del delfín, cayó enfermo y murió. 7 El delfín enamorado se acercó en múltiples ocasiones nadando hasta la costa habitual, pero el muchachito, que solía aguardar*

su llegada en la orilla misma, nunca se presentó. Entonces comenzó a languidecer de añoranza y murió: fue encontrado varado en la playa, y quienes lo habían conocido lo sepultaron en la misma tumba que su amado muchacho (Casquero & García, 2006, págs. 263-264).

Esta narración muestra la profunda relación ente el hombre y el animal, se destaca de ella, la sensibilidad de un jovencito y la gran admiración de las personas, al contemplar la empatía entre seres de distinta especie, mostrando con ello, que ambos tienen la capacidad de experimentar afectos como el amor, la alegría, la expectación, la memoria; en el relato aboga por la semejanza no sólo entre los sentimientos de un niño y un delfín, sino también en la conducta dispuesta para el juego, para la sorpresa; la fuerza del amor une a las especies y el sufrimiento no se deja esperar por la ausencia del otro, así la muerte de Jacinto será la causa fundamental para que el delfín pierda todo deseo de vivir. Existe una profunda analogía entre Jacinto y el Delfín, éste último se comporta como un perro, como un caballo, como un animal dispuesto para la vida en casa; a pesar de ser una criatura marina y el joven una terrestre. Las personas que tuvieron la experiencia de esta relación interespecie unieron las tumbas; la mirada de asombro y lo extraordinario de la narración es uno de los sentimientos que Aulo Gelio destaca para comprender la naturaleza de los animales.

4. Conclusiones

Puede apreciarse que, en Colombia, las directrices del Ministerio de Educación Nacional, a través de los lineamientos curriculares sobre ética, no expresan de manera explícita la importancia del cuidado de los animales o de la naturaleza, su enfoque traza una perspectiva moderna y reconoce en conformidad con la Constitución colombiana de 1991 las tradiciones y la cultura del país. De esta manera, los planes de área en instituciones de educación media y la ética obligatoria de ley en las Universidades nacionales muestra puntos de concordancia formal; pues por un lado, siguen primando cuestiones religiosas y tradiciones en virtud de las decisiones y prácticas de profesores y administrativos, y de otro lado, puede notarse el surgimiento de comunidades profesorales que se resisten a la continuación de la tradición, poniendo como telón de fondo la urgencia del respeto por la vida y la integridad de los animales; esta última cuestión permite que hablemos hoy de una ética animal.

Asimismo, la revisión de los enfoques propuesta por Oscar Horta puede entenderse como un acuerdo contemporáneo para rechazar la idea antropocéntrica y especista que ha primado en la tradición ética y hallar argumentos para rebatir estas posturas al tiempo que se persigue la inclusión de los animales en una comunidad moral; la reflexión de Horta nos permite considerar que en las asignaturas de ética en las Universidades estos contenidos están presenten y se han realizado importantes avances para proponer cursos de ética animal, etología, derechos de los animales no humanos, ecología y sociedad del riesgo y actividades como bioética; con todo ello, puede notarse que priman filósofos de la tradición, a quienes se les sostiene el prestigio a través de los espacios académicos relacionados con ética; esta posición filosófica genera resistencia y excluye otros discursos que están emparentados con el problema de los animales, tales como el feminismo, la ecología, la exigencia de derechos de las minorías etc.

De otra parte, existe una relación vital entre la enseñanza de la ética animal y la exigen-

cia del movimiento de liberación animal en Colombia, pues gracias a las prácticas de grupos protectores y a la exigencia de una legislación que se preocupe por los animales, los investigadores sobre ética animal están comprometidos con estos proyectos, generándose divulgación de investigaciones y espacios académicos como foros, seminarios, programas radiales, divulgación por redes sociales entre otros, para buscar una buena fundamentación para una consideración moral hacia los animales. Dentro de estas cambios que abogan por un currículo que cuestione el antropocentrismo especista se halla la inclusión de autores que debaten al respecto y lo interesante es un diálogo que muestra las razones que manifiestan los continuadores de esta visión tradicional y quienes rechazan el seguir sosteniendo ventajas morales para el hombre, excluyendo a los animales de un trato justo y equitativo como lo expresa la filósofa Martha Nussbaum, denunciando la violencia hacia los animales y planteando su teoría de las capacidades, desde la que los animales deben ser considerados sujetos de derecho, poniendo de relieve sus capacidades y la necesidad de reivindicar su dignidad.

En consecuencia, la enseñanza de la ética animal está vinculada con diversos sentidos de la filosofía y de las humanidades, así como asistimos a la crisis de estos saberes, los cuales se ven reducidos por decisiones políticas en pro de una educación para la renta como lo afirma Nussbaum, asimismo, la filosofía se ve petrificada sino establece un diálogo con las ciencias y otros saberes, lo que a mi parecer ha caracterizado el saber filosófico; de este modo, deben tomarse en cuenta las investigaciones a nivel de biología y neurociencias, experimentos sobre la inteligencia animal, el profundo vínculo que nos une con otras especies y poner en cuestión los prejuicios de una cultura filosófica que sirve a los privilegios de un hombre que se forma para considerar a la naturaleza y a los animales como meros instrumentos, útiles para una sociedad en la que prima la producción económica a todo costo, sea humano o animal, se trata de un asunto de justicia, frente a lo cual la enseñanza de la filosofía y mucho menos la ética deben despedir como mero ideal o abstracción. Así, el rechazo de problemas urgentes como la vida en el planeta, la expresión de la Covid-19, la contaminación y la discriminación por especie, deben considerarse desde sus implicaciones éticas, pues no se trata de generar espacios para trabajar cómodamente sobre abstracciones teóricas, sino que se trata de la vida de nuestros compañeros del planeta; en suma hay distintas maneras de acercarnos al problema de los animales y generar cambios sustanciales en sus modos de vida, el activismo es un ejercicio loable de la comunidad pero también requiere de revisión crítica, pues el antropomorfismo, el antropocentrismo y el especismo presentan distintas caras y gran parte de los movimientos de protección animal carecen de una cultura animalista que les permita comprender que el sufrimiento se presenta en muchas más especies y no solo los perros, gatos, caballos y otros menos domésticos y urbanos; de igual manera las leyes son insuficientes y la tarea en filosofía del derecho también debe alentar a la ética animal. En todo caso conocer el problema implica poner en discusión nuestras ideas y producir formas de expresión académica que rebasen los puntos de vista institucionales, casi siempre relacionados con el poder y no me refiero solo al estatal sino al que aporta recursos a la academia, a las empresas económicas como la ganadería, quienes se identifican con los terratenientes y por supuesto no están aislados de las políticas colombianas en térmi-

nos educativos, ni con la gran producción de víctimas en el conflicto armado colombiano, por ende, una ética animal pone al descubierto los intereses de una cultura deliberadamente desinteresada en el sufrimiento animal. Deseo culminar estas apreciaciones con un poema que honra la memoria de un perro rescatado y que permite pensar en otros modos de generar una cultura sobre la animalidad, en cuanto forma de narrar la desprotección diaria de seres vivos que son abandonados en las calles de nuestras ciudades y son expuestos a la violencia humana y al sufrimiento:

Bruno

Mientras la noche
provoca la génesis de temores
Y una bruja canta mis dolores
No partas hijo sin una cobijita
Déjame envolverte en los cielos amarillos
Donde la vista alcanzó la voz del perro
No cuentes tus historias como un huérfano
Tu madre te curó de una honda pena
Vertió azares, flores y otros remedios
Mientras tu cuerpo hecho de amores
Forjaba memorias en esta tierra maldita
No repitas pequeño lágrimas de lobo
No me inundes el cabello de promesas
Solo, silencioso, en indigencia cruda
El perro veloz se aproxima
Toma mis piernas que no paran
Haz un columpio en mi cadera
Mis células y mis átomos abrazan tu velo
Me uno a ti en este tiempo implacable
Y percibo tu calor de fiera
En tus miembros curiosos
Previstos para el viaje
Yo no tengo verdades, ni dioses, ni rezos
Que puedan conjurar mi resistencia
La vida te trajo como un amor casual
Y yo te descubrí como una mariposa tenue
Y tus ojitos velados y caninos
Atravesaron las profundidades del misterio
No te vayas hijo, no te enfríes en la tumba
Se libre en el canto de los pájaros
Cerca de la enredadera y a la piedra
No olvides mi beso tranquilo y perturbado
Y por favor ten cuidado al caminar
Para que las sombras del hades
No envidien tus pasos delgados
Así en mi memoria
Te haré un manojito de hiervas y volcanes
Te arrullaré desde aquí en viejos cantos
Hasta que mi senda se cruce
En la inmensidad fortuita
Y el caos renueve el momento sublime
Del nombrar y del crear tu imagen
Dulce vacío, perpetuidad y suspiro.
(Vélez, 2020).

Bibliografía

Aranguren, J. L. (1985). Ética y Política. Madrid: Orbis.

Blanco, S. M. (2012). Reflexiones morales sobre los animales en la filosofía de Martha Nussbaum. Revista de Bioética y Derecho, núm. 25, pp. 59-72, doi: 10.4321/1886-58872012000200006.

Boecio. (1955). La Consolación de la Filosofía. Buenos Aires: Aguilar.

Casquero, M., & García, A. (2006). Aulo Gelio. Noches Áticas. Salamanca: Universidad de León.

Congreso de Colombia. (2016, 6 de enero). Ley 1774. Código Civil de Colombia. https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201774%20DEL%206%20DE%20ENERO%20DE%202016.pdf.

Diez, S. (2016). De pájaros, mohos y átomos: hacia una noción poshumana de expresividad. Cuestiones de Filosofía, núm. 17, vol. 1, pp. 275-294, doi: 10.19053/01235095.4301.

Ferry, L. (1992). La ecología profunda. Vuelta, núm. 192, pp. 35-58.
Gontier, T. (1999). L'Homme et L'Animal. La philosophie Antique. Paris: Presses Universitaires de France.

Horta, Ó. (2009). El cuestionamiento del antropocentrismo: distintos enfoques normativos. Revista de Bioética y Derecho, núm. 16, pp. 36-39.

Ministerio de Educación (MEN). (1998). Serie Lineamientos Curriculares. Educación Ética y Valores Humanos. Colombia. Recuperado de: https://www.mineducacion.gov.co/1759/w3-article-89869.html?_noredirect=1

Molina, N. (2013). La bioética: sus principios y propósitos, para un mundo tecnocientífico, multicultural y diverso. Revista Colombiana de Bioética, vol. 8, núm. 2, pp. 18-37.
Nussbaum, M. (2007). Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión. Barcelona: Paidós.
Nussbaum, M. (2010). Sin Fines de Lucro. Por qué la Democracia necesita de las Humanidades. Madrid: Katz editores.

Parrilla, V. (2007). Tan otro que ni otredad posee: eso que llaman el animal. Thémata, Revista de Filosofía, núm. 39, pp. 71-78.

Rachels, Introducción a la Filosofía Moral. México: Fondo de Cultura Económica.

Restrepo, R. R., Sepúlveda, G. O., & Sánchez, J. R. (2017). La cuestión de los derechos de los animales: el debate acerca de los derechos humanos y a los derechos de los animales. Colombia: Universidad del Quindío.

Salazar, R. (2019). Educar para la paz: Fundamentos para la implementación de la Cátedra de Paz. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Ysis Vélez

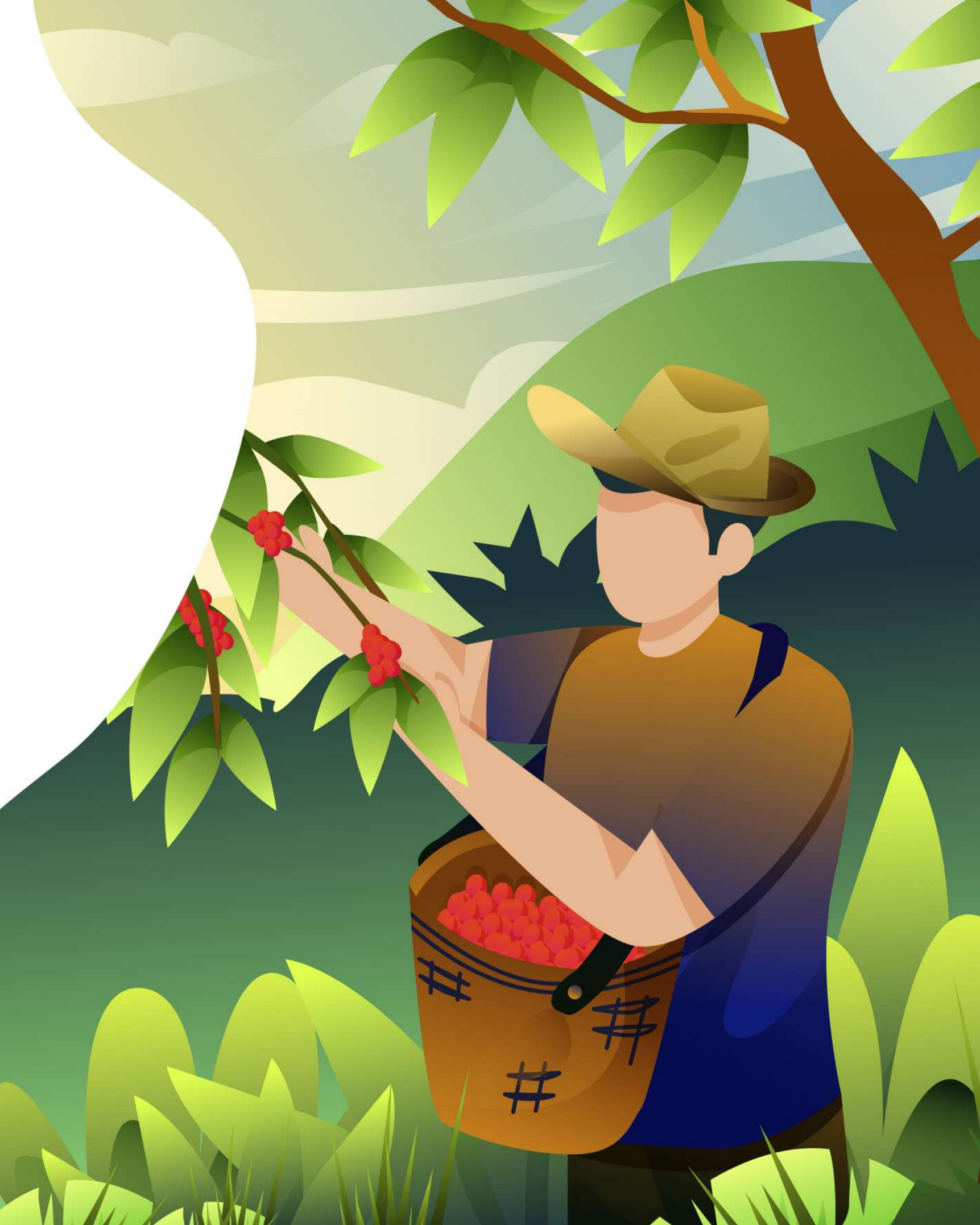
Moliendo penas

Daniel Álzate

Con trece de edad, huyendo de un oscuro destino, una noche de tormenta apareció el zambo Manuel en la hacienda El Alzajillo, propiedad de don Palomo Ochoa. Esa noche el joven habló largamente con el patrón, y desde la mañana siguiente, se puso a laborar bajo el ala de don Palomo.

Al son de varios años el zambo se hizo mandadero, recolector, hombre de confianza del patrón, y finalmente, su representante. Don Palomo, por su estado de salud, comenzó a pasar más tiempo en la capital que en El Alzajillo, y Andrés, su único hijo, quien ignoraba totalmente cómo de unas pepitas rojitas se obtenía una bebida oscura, solo se dejaba ver en la hacienda cuando iba a emborracharse con sus amigos.

A pesar de casi nunca ir más allá del pueblo, o no pasar del "buenos días" con nosotros, sino solo para dar instrucciones, Manuel era otro hombre los fines de semana, cuando bebía. Amante de la guitarra, demostró tener una perspicacia única no solo para administrar café o dinero, sino también mujeres. Mientras bajo su cama se iba juntando una pequeña fortuna, sobre ella, cada domingo sagradamente, luego de una noche de cantar a todo pulmón, amanecía una fulana distinta. A pesar de ello el zambo vivía una vida más bien triste por solitaria, hasta que una de sus mujeres se hizo recurrente entre sus sábanas. Doralba Castillo era su nombre, y Manuel dejó de tocar la



guitarra en la fonda para cantarle solo a ella.

La belleza de Doralba no era tanta como su presencia, que, a su modo, iluminaba cada recinto en donde se encontraba. Luego de un tiempo de compartir techo, a petición de su mujer, el zambo comenzó la construcción de una mejor cabaña, más apartada de la casa principal de los Ochoa. No había pasado un año desde que habitaban en la nueva casa cuando Doralba correspondió con creces la tamaña hazaña de construir un hogar material; cimentó la construcción de uno inmaterial. Con una prueba positiva en la mano la mujer le prometió al zambo la proyección de su legado. Entre risas y llanto, el nombre "Palomo" fue asegurado.

Pero el destino, cuando lo hay, no puede ser evitado, y para infortuna del zambo, una noche después pasar todo el día arriando, sobre la cama no encontró a su mujer, en cambio sí, una nota. La maldita hoja, escrita con un firme trazo, sumaba letras a una respirable traición; Doralba, que en un solo cuerpo representaba las dos personas más importantes de su universo, confesaba que aquella otra parte que llevaba dentro de sí en verdad nada tenía que ver con él sino con Andrés Ochoa, el hijo del patrón. Actuando como por reflejo, el zambo largó la mano bajo la cama y no tocó el cofre en donde hacía tiempo venía amontonando billetes. Doble traición.

Con lágrimas, no en el rostro sino en el alma, Manuel tomó dinero producto de la venta del café, averiguó la dirección del patrón, y esa misma noche salió para la ciudad. Al otro día, exhausto, pero en pie por la ira, a don Palomo inquirió sobre Andrés en un tono nunca antes usado. El pobre Don Palomo, un anciano ya, solo pudo responder que nada sabía de su hijo... que no respondía a sus llamadas... que incluso le había robado algo de dinero...
El zambo se quebró. Recordó noches en que Doralba criticaba la descarrilada vida que llevaba Andrés y las lágrimas, frente a Don Palomo, casi su padre, pero en cambio sí, legítimo padre de Andrés, al fin se exteriorizaron. Apenado en lo más profundo de su alma, don Palomo no encontraba palabra válida para aquél que estimaba más que a su propio hijo, por lo que cuando el zambo pareció recobrar la calma y le pidió dinero, no se negó. Le entregó todo el efectivo del que disponía, que, si bien aún distaba de lo que Manuel había logrado ahorrar durante tantos años, representaba una gran suma a despilfarrar para un trajinado corazón que, buscando algo con lo cual ocupar el espacio de Doralba, optó por el agridulce sabor de la juerga.

El zambo pasó más de una semana perdido en la capital, reapareciendo en El Alzajillo un martes a la madrugada, con un costal cargado de licor a rastras y en compañía de una caravana de matados, como les decía don Palomo a los borrachos empedernidos. Apenas aclaraba cuando el jolgorio asomó en la propiedad, y sin atender a nuestros llamados, el zambo permitió que el grupo se instalara en su morada por un par de días, tiempo en que ninguno de nosotros se atrevió a encararlo, a pesar de sus desgarradores gritos al cantar, las carca

jadas, y el rasgar las cuerdas de la guitarra; había que esperar al patrón.

Sin embargo, el viernes, un día antes de la llegada de don Palomo a la hacienda, por fin la algarabía se detuvo. Como a las once de la mañana se escuchó una pelea adentro, y antes de que pudiéramos entrar, salía una muchacha gritando que el hijueputa negro ése le había pegado; detrás de ella algunas otras mujeres y uno que otro hombre con sangre o botellas sin destapar en las manos. Manuel desde adentro les gritaba que se largaran; alcancé a verle vuelto nada recostado sobre una pared, pero tan pronto como nos vio, arrojó una botella que se estalló con el marco, a pocos centímetros de mi cabeza. Yo mismo cerré la puerta.

El resto del día el zambo lo pasó aislado en su casa bebiendo y cantando sin más alimento que la rabia, el dolor y el licor, y no fue sino por falta de lo último, que salió cuando fue don Palomo quién tocó a su puerta, el sábado. No fue sino abrirle para que el zambo le soltara a don Palomo que iba a necesitar más dinero, pero que trabajaría por él. También le dijo que en el futuro no quería cruzar palabra con nadie más que él y el dueño de la fonda, por lo que pidió se le dejara trabajar en la molienda de noche, luego de que todos se hubieran ido a dormir. Don Palomo rechistó en un principio, pero Manuel se plantó en hacer de ello su vida, y ni siquiera ante la respuesta medio deschavetada de hacerlo su heredero, el zambo se doblegó; por otra parte, el anciano Palomo se sentía culpable por los pecados cometidos por su hijo Andrés, y decidido a expiarlos, le concedió semejante absurdo al zambo Manuel. Después de eso, las noches en El Alzajillo no fueron las mismas. Con la instauración de las sombras, en la hacienda todo parecía descansar; todo menos la molienda, que apenas comenzaba su trajinar. Aunque nadie distinto al dueño de la fonda o don Palomo conversó con él, fuimos varios los que, al zambo, mientras molía en las noches, y acompañado de su guitarra, le oímos cantar. La canción era, con ligeras modificaciones en algún verso o un tono, siempre la misma; la desgarradora historia de una traición.

Adentro de la molienda un zambo se iba ahogando de a poco en alcohol, acordes y malditos recuerdos, hasta que no pudo soportarlo más y una mañana le encontré colgado de una viga del techo. En el suelo se veían botellas vacías, a medias, y aún sin destapar, mientras que el café, había sido molido en su totalidad. La guitarra en ese momento no la vi, y según cuentan, nunca apareció.

Los años pasaron, la hacienda quebró, un nuevo patrón la compró y Don Palomo hace mucho que murió. Yo sigo trabajando aquí, en la hacienda que en ese entonces se llamaba El Alzajillo, pero ahora ya no más. El nombre, no importa. Importa lo que pasa aquí, y es que por Dios lo puedo jurar, cuando la tarde languidece y aún estoy en el cafetal, de paso por la cerrada molienda, oigo a lo lejos una guitarra sonar, y ahí no más, la voz del zambo Manuel cantar. Entonces me paro, enciendo un piel roja y me pongo a escuchar.
Después de un rato siempre me pongo a pensar el pobre hombre ya nunca se va a callar.

2021
Fin

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDIO

JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DEL QUINDÍO
ARMENIA, QUINDÍO, COLOMBIA
OCTUBRE, 2021
www.tribunaladministrativodelquindio.gov.co