

# EL PAPEL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA VIDA COLOMBIANA

**E**stimado lector, en sus manos se encuentra el primer número de esta revista de la Corte Constitucional, proyecto que pretende brindar un espacio de divulgación y de opinión acerca de las decisiones mediante las cuales este organismo cumple su misión de garantizar la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

La Corte Constitucional es una de las instituciones que genera mayor volumen de información, conocimiento y reflexión alrededor de temas jurídicos en Colombia. Como cabeza de la jurisdicción constitucional, este tribunal ejerce el control de exequibilidad sobre las leyes y otras manifestaciones generales, abstractas y de obligatoriedad general y establece las reglas jurisprudenciales sobre el alcance e interpretación de los derechos fundamentales. Sus decisiones en materias como la preservación del orden público, la dirección de la economía, los derechos de los trabajadores, la protección a los desplazados y el derecho a la salud, entre muchos otros, tienen así un importante rol en el debate jurídico-político actual sobre la materialización del Estado Social de Derecho.

Sin embargo, a menudo este conocimiento, así como las posibilidades de análisis a través de la escritura y generación de debate, no encuentra un canal alternativo de comunicación, más allá de la noticia diaria, que unifique los enfoques o abra espacios de conversación y divulgación, inclusive para disertaciones dentro de la judicatura. La memoria se pierde, entonces, entre la oralidad y los textos de los fallos, muchas veces extensos, no elaborados específicamente con corte académico o comunicativo, sino enmarcados dentro del estilo forense tradicional y los formalismos propios de los pronunciamientos judiciales.

En este sentido, es apremiante la necesidad de crear otro medio de comunicación específico que permita divulgar el conocimiento teórico y los avances en derecho constitucional, que se generan dentro de la Corte. Un medio de comunicación institucional avalado por quienes producen esta información, creado, diseñado y construido por quienes proponen el conocimiento jurídico, con la perspectiva de transmitirlo a otros, principalmente a los jóvenes y a la generalidad de la comunidad.

Ha querido esta Corte que exista también este medio de comunicación escrito porque sabemos que los medios electrónicos no tienen aún la universalidad en su acceso y que la escritura tiene un poder todavía insustituído para registrar los hechos, evitar el olvido y fomentar el conocimiento y la reflexión. Así, por ejemplo, gracias a la escritura sabemos lo que ocurrió en el mundo centurias atrás. Escribir es también dar al ser humano algo que poniéndolo afuera de nosotros, sobreviva y adquiera entidad propia; esta forma de comunicación es entonces una posibilidad para la persona de trascender en el tiempo y superar los límites del conocimiento y del espacio.

La revista Corte Constitucional surge como una respuesta a la necesidad de contar con una publicación de calidad en contenido y diagramación, de fácil lectura, que integre los conocimientos adquiridos y democratice el conocimiento, elimine barreras y llegue a un número cada vez mayor de personas.

Dentro de esta línea de propósito, en esta primera edición presentamos algunos extractos de las reflexiones compartidas el pasado mes de agosto en Barrancabermeja, donde esta corporación realizó con gran éxito el

Quinto Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, en procura del orden justo que propicie la convivencia pacífica, ocasión en la que Magistrados, científicos y jurisperitos nacionales y extranjeros vivieron la experiencia de acercar y confrontar la jurisprudencia que la Corte ha generado sobre algunos de los más acuciantes problemas sociales y jurídicos que aquejan a Colombia con las diarias realidades que afrontan los ciudadanos de sus regiones, ricas en recursos pero llenas de apremiantes necesidades y de conflictos.

También registramos en este mismo número para posterior ampliación, el XVI Encuentro de Tribunales Constitucionales de América Latina en Cartagena, y la significativa jornada realizada el pasado 6 de noviembre, en la cual los Magistrados y funcionarios de la Corte Constitucional participaron en actividades pedagógicas en más de 30 municipios del país, relacionadas con el derecho a la vida y el derecho a la memoria, a propósito de los graves hechos ocurridos en el Palacio de Justicia en noviembre de 1985.

La Corte Constitucional emprende esta iniciativa con la confianza de que ella será un espacio fructífero para compartir de manera activa el producto de su trabajo con la ciudadanía y con la comunidad jurídica nacional y para acercarlas al conocimiento, efectiva aplicación y defensa de la Constitución Política de Colombia.



**NILSON PINILLA PINILLA**  
Presidente Corte Constitucional



## Perspectiva Constitucional del derecho al ambiente sano en el ordenamiento jurídico colombiano\*

*descendientes y eventualmente a la desaparición de la especie humana.*<sup>1</sup>

*Todos nosotros, los humanos, tenemos que dar las gracias a una infinidad de especies. Sin ellas, nosotros no podríamos existir. Es así de simple y no podemos permitirnos el lujo de ignorarlas (...); ni a la dulce madre Tierra, que nos da la vida y nos cobija a todos. Sin nosotros la Tierra resistirá y perdurará; sin ella, en cambio, nosotros ni siquiera existiríamos*<sup>2</sup>.

\* Deseo dejar expreso agradecimiento a Javier Francisco Arenas Ferro por su valiosa colaboración en la elaboración del presente escrito. Este texto fue elaborado a partir del escrito titulado El derecho a un ambiente sano bajo la perspectiva constitucional colombiana –también de mi autoría– y modificado para el V Congreso de la Jurisdicción Constitucional celebrado en el mes de agosto de dos mil nueve (2009) en la ciudad de Barrancabermeja.

\*\* Magistrado de la Corte Constitucional colombiana, Doctor en Derecho de la Universidad Panthéon-Assas (París 2) y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

<sup>1</sup> Corte Constitucional, sentencia C-339 de 2002, expediente D-3767, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3 parcial, 4, 18 parcial, 34, 35 parcial literales a) y c) y 36 parcial de la Ley 685 de 2001, demandante: Carlos Alberto Mantilla Gutiérrez.

<sup>2</sup> Alan Weisman: *El Mundo sin nosotros*, Colombia: Random House Mondadori, 2007, p. 388.



Juan Carlos Henao Pérez\*\*  
Magistrado Corte Constitucional

*“El riesgo al cual nos enfrentamos no es propiamente el de la destrucción del planeta sino el de la vida como la conocemos. El planeta vivirá con esta o con otra biósfera dentro del pequeño paréntesis biológico que representa la vida humana en su existencia de millones de años, mientras que con nuestra estulticia sí se destruye la biósfera que le ha permitido nacer y desarrollarse a nuestra especie; estamos condenándonos a la pérdida de nuestra calidad de vida, la de nuestros*

## Resumen

El objetivo de este texto es desarrollar una presentación del derecho al ambiente sano en el contexto del derecho colombiano. Con el fin de cumplirlo, en primer lugar, se tratarán dos principios ambientales que son esenciales para la comprensión del derecho bajo estudio. En segundo lugar, se efectuará una aproximación al objeto de este derecho —que se relaciona indudablemente con el ámbito de protección del mismo—, y se abordará el debate respecto a qué tipo de derecho es: si derecho constitucional fundamental o constitucional colectivo. Finalmente, se mencionan dos acciones judiciales que, entre otras, permiten su protección y consolidación en el Estado Social de Derecho.

### Palabras Clave

Derecho al ambiente sano, principios ambientales, solidaridad, humildad, daño ambiental puro, daño ambiental consecutivo directo, daño ambiental consecutivo indirecto.

## Primera parte

La solidaridad y la humildad, como principios, deben guiar el estudio del derecho al ambiente sano

El ser humano es un ser comunitario que requiere de la alteridad para vivir, desarrollarse y sobrevivir. Por ello es importante dentro de una sociedad su forma de comunicación, así como su sistema de símbolos<sup>3</sup>. Esta concepción fue avalada por el Constituyente en el artículo 10<sup>o</sup>, que enuncia el derecho de los grupos étnicos de mantener, proteger y heredar sus lenguas y dialectos. Las sociedades, que comprendemos como redes de inter e intrarrelaciones, se configuran por las actuaciones del ser humano dentro de su núcleo social, así como

<sup>3</sup> El concepto de símbolos será desarrollado más adelante como parte del principio ambiental de la humildad. Por eso, remito al lector a esa parte de la ponencia.

con otros diferentes a los suyos<sup>4</sup>. Pero este no es el único tipo de relaciones que se efectúan en una sociedad: la interacción con su entorno es fundamental, pues de este obtiene la energía para subsistir, ya sea fósil o solar.

Toda interacción humana con los ecosistemas tiene un impacto, así sea mínimo. En la actualidad, dados los efectos de la sociedad occidental<sup>5</sup> sobre el planeta, aquella idea que comprendía al ser humano como un átomo en el entorno, independiente del resto, irresponsable de sus actos con la naturaleza y cuya maximización de intereses podría beneficiar a los demás individuos, ha sido cuestionada, incluso por miembros de estas sociedades.

Para nombrar sólo algunos sucesos que obligan a reconsiderar varios de los puntos de partida occidental, entre ellos el individualismo, recordemos que se detectó un hoyo en la capa de ozono, protectora de la tierra, que hace que la cantidad de

<sup>4</sup> Esta es una perspectiva que pretende ampliar la tradicional visión pluriculturalista por una multiculturalista, que parta de la base de que las relaciones humanas no sólo operan y se transforman dentro de sus núcleos sociales sino en relación con otras comunidades. Se trata de una visión que comprenda que las relaciones operan en ambos sentidos y que existe una bicondicionalidad incluso entre grupos dominados —contestatarios o no- y grupos dominadores. Al respecto puede consultarse: Boaventura de Sousa Santos: *Sociología Jurídica Crítica, para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2009. Así mismo, ver Augusto Angel Maya: *El reto de la vida – Ecosistema y cultura: una introducción al estudio del medio ambiente*. Bogotá: ECOFONDO, 1996. También recomiendo a Orlando Fals Borda: *Ciencia Propia y Colonialismo Intelectual*. Colombia: Editorial Oveja Negra, segunda edición, 1971.

<sup>5</sup> Queremos designar como occidental a todo sistema productivo industrialista que dependa de la energía fósil, sin diferenciar entre capitalismo y socialismo.

radiación ultravioleta sea mayor; con la consecuencia de que el cáncer de piel aumente y se deteriore el sistema inmunitario humano. Otro ejemplo, es el aumento del dióxido de carbono (CO<sup>2</sup>), que se relaciona con un calentamiento acelerado y perceptible del globo, y que acarrea varias repercusiones, entre ellas la afectación de la agricultura debido a las sequías. Un tercer ejemplo es el decline de la biodiversidad debido a la tala indiscriminada de los bosques y a la lluvia ácida que, además de quemar los cultivos, eleva la acidez de los lagos afectando la producción piscícola. Finalmente, no sobra mencionar los accidentes nucleares, como los sucesos de Chernobyl en 1986<sup>6</sup>.

Los hechos nos muestran que nos encontramos frente a una crisis ambiental de tal magnitud que se están cuestionando las estructuras mismas del pensamiento y de la sociedad occidental, la cual sufre contradicciones profundas que no podrán ser resueltas sin modificar esencialmente sus formas y contenidos<sup>7</sup>. Por ejemplo, la economía, el derecho y la política deben resolver cuestionamientos como el siguiente: ¿Cómo garantizar las libertades mínimas si es imposible la materialización del derecho a la alimentación o al agua debido a la contaminación o a la sobreexplotación de los bienes ambientales? En principio deberán, además de reconocer derechos, limitar acciones que los transgredan, así como incentivar actuaciones que los concreten<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Herman Daly y John Cobb: *Para el bien común. Reorientando la economía hacia la comunidad, el ambiente y un futuro sostenible*, México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

<sup>7</sup> Sobre la importancia del concepto “Crisis”, así como su desarrollo, ver Orlando Fals Borda: *Ciencia Propia y Colonialismo Intelectual*, Colombia: Editorial Oveja Negra, segunda edición, 1971, pp 32-70.

<sup>8</sup> Respecto a este punto, se debe resaltar la constitucionalización que se ha efectuado en la reciente Constitución boliviana de 2008 tanto del derecho fundamental al agua, como a la ali-

Dada la importancia del cumplimiento y de la materialización de todos los derechos humanos, sin diferenciar si son civiles, políticos, sociales, económicos o culturales, es ineludible abordar el debate en torno al derecho al ambiente sano, pues es absolutamente indispensable para la vigencia de otros derechos, como la vida misma<sup>9</sup>. Para desarrollar nuestra postura se requiere, ante todo, partir de dos principios que guían la materia: la solidaridad y la humildad.

Respecto al primero, la solidaridad —una diferente a la existente en el campo del derecho de las obligaciones—, hay que anotar que es el fundamento de todos los derechos colectivos, entre ellos el ambiente. Se trata de una relación entre seres humanos que no se limita a las actuales generaciones, sino que comprende a las futuras<sup>10</sup> y que parte, sobre todo, de la noción de justicia, pues “(...) ninguna gene-

mentación. El artículo 16 de la mencionada Carta establece que “Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación. El Estado tiene la obligación de garantizar la seguridad alimentaria, a través de una alimentación sana, adecuada y suficiente para toda la población”. Esta norma permite ejemplarizar el desarrollo de la interdependencia de derechos fundamentales necesarios para consolidar la vida digna. <http://www.geocities.com/cpbolivia/texto2.htm> (24-09-2009).

<sup>9</sup> Sobre la interdependencia de derechos, específicamente el derecho humano al agua que contemplamos como parte del derecho al ambiente sano, ver: Aniza García: *El Derecho Humano al agua*. Madrid: Editorial Trotta S.A. 2008, pp. 179-186

<sup>10</sup> De hecho, la Declaración de Río enfatiza no solo en la solidaridad entre generaciones, sino entre Estados. Así, el principio 7 establece que “Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas (...)”.

ración tiene mayores derechos que otra”, como dice John Rawls.

Por lo anterior, el mantenimiento en condiciones óptimas de nuestro entorno, además de ser necesario para nosotros como generación actual, es indispensable si pretendemos ser justos con nuestros descendientes. Compartimos por tanto la visión de Rawls en el sentido de contemplar que el ahorro del proceso de acumulación de la generación actual debe ir en beneficio de sus descendientes, constituyéndose así en una condición para conseguir la completa realización de las instituciones justas y de las libertades iguales<sup>11</sup>.

Esta manifestación de la solidaridad es un beneficio inter e intrageneracional que busca proteger, en última instancia, la vida digna actual, así como la futura. Un ejemplo de esta noción es el principio de desarrollo sostenible.

La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en el principio 3º, indicó que el desarrollo “(...) debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”. La jurisprudencia nacional no se aleja de esta noción. La Corte Constitucional, en sentencia C-671 de 2001, lo definió “(...) como un desarrollo que satisfaga las necesidades del presente, sin comprometer la capacidad de que las futuras generaciones puedan satisfacer sus propias necesidades. (...) [No] es solamente un marco teórico sino que involucra un conjunto de instrumentos, entre ellos los jurídicos, que hagan factible el progreso de las próximas generaciones en consonancia con un desarrollo armónico de la naturaleza”<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> John Rawls: *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 265-273.

<sup>12</sup> Corte Constitucional, sentencia C-671 de 2001, expediente LAT-191. Revisión constitucional de la Ley 618 de 2000, “por medio de la cual se aprueba la Enmienda del Protocolo de Montreal aprobada por la Novena Reunión de las Partes, suscrita en Montreal el 17 de septiembre de 1997”.

Y es que no se trata de preocuparnos solo por nuestros descendientes más próximos. Así, mi tataranieta será también el tataranieta de otras quince personas de esta generación, independientemente de que nos conozcamos o no. Por ende, el bienestar de mi tataranieta dependerá de la herencia (en términos más amplios que los simplemente patrimoniales) que le deje cada uno de nosotros.

Lo anterior obliga a concluir que entre más alejado en el futuro se encuentre cualquier descendiente, mayor será el número de coprogenitores de la generación actual. Citando a Herman Daly, así como a John Cobb “(...) aunque no todos somos hermanos y hermanas en sentido literal, somos literalmente coprogenitores de los descendientes distantes de los demás”<sup>13</sup>.

El segundo principio —relativo a la humildad— obliga a una reflexión sobre el ser humano que, en todo caso, tiene que superar un antropocentrismo exacerbado, así como un individualismo irresponsable y radical. La vida humana es imposible sin que se relacione con su entorno. Los alimentos devienen de y afectan e influyen en los ecosistemas. Para estos últimos, las personas solo somos relevantes en la medida en que los perturbamos, pero no necesitan de nuestra participación para subsistir. La humildad obliga a aceptar que somos nosotros los dependientes de la naturaleza y no al revés.

La humanidad no solo ha actuado sobre la naturaleza mediante sus tecnologías, sino que la ha pensado y definido simbólicamente. En la actualidad la comprendemos como una fuente de recursos, pero esto no siempre ha sido así. Hace no mucho se le contempló como una deidad y ahora es necesario observarla como un bien del que dependemos para poder sobrevivir. En palabras del filósofo francés Édgar Morín, la humildad partiría de comprender que “(...) Lo más importante es cambiar nuestra relación con la naturaleza,

<sup>13</sup> Herman Daly y John Cobb: *Para el bien común. Reorientando la economía hacia la comunidad, el ambiente y un futuro sostenible*, op. cit., p. 43.

la civilización occidental se construyó en oposición con la naturaleza, como si fuéramos supernaturales. El hombre no está hecho para conquistar la naturaleza sino para cooperar con ella<sup>14</sup>. De lo contrario, nos enfrentaremos a la barbarie y a la extinción.

Los símbolos son redes compuestas de representaciones que definen las pautas de comportamiento con los ecosistemas. Una de estas ha sido la de la posición humana dominante, como ente superior, sobre la naturaleza. Ahora bien, como toda relación humana con los ecosistemas genera un impacto, estos últimos también responden a las acciones humanas y se constituyen en los hechos a los que hicimos referencia anteriormente.

En las globalizaciones, entendidas por Boaventura de Sousa Santos como "(...) una lucha permanente entre dos modos de producción de la globalización (...)" —una hegemónica, neoliberal, desde arriba hacia abajo y, la otra, contrahegemónica, solidaria y desde abajo hacia arriba<sup>15</sup>—, se ha producido un proceso que este autor denomina patrimonio común de la humanidad<sup>16</sup> y que se basa en estos hechos que generarán, generan o han generado problemas ambientales de orden tanto local como global y afecta, han afectado o afectarán a la humanidad y a su descendencia. Reconocer esto es fundamental desde el principio de la humildad, porque supone concebir que la relación con el entorno ambiental tiene la potencialidad de destruir al género humano, quien por tanto deberá estar atento a escuchar los reclamos que provienen de ella.

Así las cosas, la visión adversarial, fruto del pensamiento occidental que ha puesto especial énfasis en la competencia y la superioridad como núcleo de la sobrevivencia, debe ser superada. Esto acarrea la aceptación de que el individualismo, con todas sus virtudes, corre el riesgo de acentuar el egoísmo y conllevar a grandes males, tanto para él como para el resto de la humanidad, dada su inescindible dependencia del entorno. La historia de la humanidad, como dice el profesor Augusto Ángel Maya, es un cementerio de culturas no adaptativas<sup>17</sup> y la falta de humildad para entender nuestra dependencia nos aproxima vertiginosamente a ese destino.

Fruto del principio de humildad, que acarrea un cambio en la relación con la naturaleza, es el debate en torno a los derechos de otros seres vivos diferentes de los humanos y sus descendientes. Esta visión se enfrenta, indudablemente, a grandes dificultades. En primer lugar, nuestra concepción del mundo —sistema social occidental— es antropocéntrica. Por esta razón, el discurso de los derechos está dirigido exclusivamente hacia el ser humano, mientras que los bienes ambientales son interiorizados dentro del derecho a través de conceptos como el de bienes o intereses, ya sean privados, públicos o colectivos.

Ahora bien, los debates en torno a la personería jurídica de los animales y la consecuente existencia de derechos no son nuevos en la historia del derecho. Ya en la Edad Media se celebraban procesos ante jueces eclesiásticos donde se debatían causas originadas por daños atribuidos a diversos animales, entre ellos sanguijuelas, escarabajos, reptiles e incluso delfines. A estas contra partes, hijas de la creación divina como los humanos, frente a las que incluso se solicitaba la excomunión, debía atribuírseles un defensor de oficio y emplazarlas a comparecer, para que ejercieran su

defensa. Estos procesos se celebraron hasta el siglo XVIII, cuando se abrazó el paradigma de la Ilustración; momento en el cual —con ideólogos y pensadores como Descartes— separamos al hombre de la naturaleza y sólo le atribuimos a él voluntad y libertad<sup>18</sup>.

Entre los que defienden la idea de que los animales tienen derechos se puede encontrar un argumento interesante. El pensamiento de la humanidad avanza e incluso llega a revivir épocas pasadas para superar desaciertos presentes. Así las cosas, sujetos de derechos que otrora no eran considerados como tales, ahora son tenidos por individuos o incluso colectivos revestidos de la mencionada calidad<sup>19</sup>. Hace poco más de 150 años los afrodescendientes eran esclavos, cosas apropiables, enajenables y transmisibles, carecían de derechos. ¿Acaso las mujeres y los indios no corrieron similar suerte durante muchas décadas? Hasta hace apenas medio siglo la legislación colombiana aceptó que las mujeres pudieran ejercer el derecho al voto y la Constitución de 1991 consagró que los indígenas pudieran ejercer su autonomía, borrando así las concepciones de menores de edad y salvajes que se habían establecido con la Ley 89 de 1890<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Luc Ferry: *El Nuevo Orden Ecológico, el árbol, el animal y el hombre*, Barcelona: Tusquets Editores S.A., 1994, pp. 11-19.

<sup>19</sup> *Ibíd.*, pp. 19-21.

<sup>20</sup> Sobre esta ley, la Corte Constitucional se pronunció respecto a la inexecutable de algunos artículos mediante la sentencia C-139 de 1996. En dicha demanda, se solicitó fueran declarados inconstitucionales los artículos 1, 5 y 40 de la Ley 89 de 1890. Entre los argumentos que sustentaron la inexecutable, la Corte encontró que las normas trataban a los indígenas como incapaces relativos, sólo por no participar de los valores de la "cultura occidental". Esto transgredía la filosofía pluralista de la Constitución de 1991, como la dignidad humana. Sobre este punto indicó: "Los grupos étnicos, calificados hace un siglo como "salvajes", son considerados por la Constitución actual como comunidades culturales diferentes y las personas

<sup>14</sup> Nathan Jaccard: "Socialismo del siglo XXI son palabras vacías: Morin". En *Revista Semana*, <http://www.semana.com/noticias-cultura/socialismo-del-siglo-xxi-palabras-vacias-morin/129142.aspx> (24-09-2009).

<sup>15</sup> Boaventura de Sousa Santos: *Sociología Jurídica Crítica, para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2009, pp. 271-277.

<sup>16</sup> *Ibíd.* p. 276.

<sup>17</sup> Augusto Ángel Maya: *El reto de la vida – Ecosistema y cultura-: una introducción al estudio del medio ambiente*, Bogotá: ECOFONDO, 1996, pp. 74 - 90.

Para los que defienden la idea de que otros seres vivos pueden ser sujetos de derechos, se requiere, en primer lugar, que estos puedan interponer acciones judiciales en provecho propio; cosa para lo cual debe aceptarse que acudan a los estrados judiciales a través de sus representantes, al igual que lo hace un incapaz. En segundo lugar, se necesita que en un eventual proceso se considere que el daño sufrido por estos nuevos sujetos de derechos sea causado a su patrimonio y no solo al de su propietario y, en tercer lugar, que la reparación beneficie a este otro ser vivo<sup>21-22</sup>.

No comparto estos planteamientos por varias razones. En primer lugar, como ya mencioné, nuestra sociedad es antropocéntrica –el punto es determinar de qué antropocentrismo se habla y cuáles son sus límites– y considero que aquellos

que las constituyen, en consecuencia, tratadas como portadoras de otros valores, con otras metas y otras ilusiones que las tradicionalmente sacralizadas con el sello de Occidente. No son ya candidatos a sufrir el proceso benévolo de reducción a la cultura y a la civilización, sino sujetos culturales plenos, en función de la humanidad que encarnan, con derecho a vivir a tono con sus creencias y a perseguir las metas que juzgan plausibles, dentro del marco ético mínimo que la propia Constitución señala”.

<sup>21</sup> Luc Ferry: *El nuevo orden ecológico, el árbol, el animal y el hombre*, op. cit.

<sup>22</sup> El presente escrito no pretende abarcar la totalidad de los argumentos existentes a favor de la inclusión de otras formas de vida como sujetos de derechos. Es importante señalar que existen varias y diferentes doctrinas al respecto, que desde posiciones diversas buscan defender el entorno o incluso al hombre. En este orden de ideas, según Luc Ferry, en la obra citada, pueden diferenciarse tres formas diferentes de ecología. La primera que no contempla a los demás seres como sujetos de derechos, pero que busca limitar las relaciones del ser humano con su ambiente, pues –en últimas– se trata de proteger a los humanos del hombre, que con su forma de explotación de los recursos arriesga su sobrevivencia así como la de sus descendientes. Esta visión implicaría un garantismo ambiental para y por la humanidad, y jurídicamente conllevaría principios como el del desarrollo sostenible y el de precaución, limitando la producción y el consumo humano. Una segunda, es aquella que contempla que todo ser capaz de sentir sufrimiento debe ser considerado sujeto de derechos, pues la justicia obliga a generar condiciones de bienestar donde aquél desaparezca. Esta visión es compartida por aquellos y aquellas que buscan que los animales cuenten con personería jurídica y tendría como consecuencia declaraciones de derechos –como la Declaración Universal de los Derechos de los Animales de 1977– donde se imponga como obligación a los humanos la prohibición de restringir la libertad de los animales incluso con fines educativos; por lo que los zoológicos habrían de ser cerrados y esta posibilidad de conocer a determinados animales sería proscrita. Quedaría entonces por resolver cómo puede educarse para proteger si no se conoce algo; por ejemplo, cuántos niños y niñas de Colombia han tenido la oportunidad de ver, alguna vez en su vida, una Danta o un Oso de Anteojos o saben que en este país existen Tigres Mariposas, Pumas u Ocelotes. En igual sentido, técnicas ancestrales, como el coleo, serían prohibidas, pues, según esa declaración, “(...) Las exhibiciones de animales y los espectáculos que se sirvan de animales son incompatibles con la dignidad del animal”. En tercer lugar, el ecologismo que defiende a todo ser vivo como sujeto de derechos, mediante el surgimiento de un “contrato natural” que dé ese estatuto a todas las formas de vida. Esto último impondría iguales derechos a los humanos y al resto de seres vivos, con la consecuente problemática de tener que establecer causales lícitas para la recolección de lechugas y tomates, pues estas verduras también tendrían derecho a la vida. De este último ecologismo tomamos los argumentos anteriormente esbozados. Al respecto: Luc Ferry: *El Nuevo Orden Ecológico, el árbol, el animal y el hombre*, op. cit., pp. 27-30.

que defienden los derechos de otros seres vivos retornan a un paradigma de la Edad Media que abandonamos al adentrarnos a la revolución industrial y al pensamiento moderno. Con todo, estas posturas –generadas en el debate democrático– imponen críticas interesantes al antropocentrismo, que deviene de ese pensamiento de separación con el entorno que configuró a los animales casi en máquinas, carentes de libertad, programados por un código que denominamos instinto. Este determinismo encuentra límites evidentes como el suicidio de las ballenas, la utilización de herramientas por primates para alcanzar objetivos deseados, las comunicaciones entre diferentes depredadores para la caza –por ejemplo los delfines– o el aprendizaje de conductas de determinados animales, como los perros, que grandes beneficios acarrearán a la humanidad<sup>23</sup>. Es sobre esta comunicación entre *homo sapiens* y otros animales que autores como Jürgen Habermas sustentan los deberes de las personas para con otras formas de vida. En palabras de este pensador, “tenemos que poder atribuir a los animales propiedades características de los agentes, entre otras la capacidad de iniciar expresiones y dirigirnoslas a nosotros. Tenemos entonces deberes que son análogos a nuestros deberes morales, porque al igual que estos últimos tienen su base en los presupuestos del actuar comunicativo”<sup>24</sup>.

Sin dudar de la importancia de flexibilizar la posición antropocéntrica exacerbada, lo cierto es que la noción que hemos utilizado de persona jurídica requiere o bien nacer y sobrevivir siquiera un instante fuera de la separación de la madre, o realizar un acto solemne en virtud del cual un colectivo se constituye en un sujeto

<sup>23</sup> Ibid. pp. 39-44.

<sup>24</sup> Jürgen Habermas: “El desafío de la ética ecológica para una concepción que obedezca a planteamientos antropocéntricos”, en Marta Tafalla (ed.): *Los Derechos de los animales*, Barcelona: Editorial Idea Books S.A., 2004.

de derechos. Así las cosas, resulta socialmente más fácil de aceptar que el *nasciturus* deba ser protegido por el valor de la vida humana a que tenga derechos. De igual modo, es más sencillo aceptar que solo los seres humanos tengan derechos a que los no humanos cuenten con una prestación exigible a otro sujeto jurídico o incluso con capacidad de obligarse. En este sentido, las personas humanas, aún siendo incapaces para ejercer sus derechos en razón a su edad, cuentan con esta potencia. No así los animales, que nunca podrán instaurar por sí mismos una acción que busque salvaguardar sus intereses. Así, siempre tendrá que existir un humano que los defienda, ya sean individuos o asociaciones ambientalistas. De otro lado, cabe preguntarse si existiría el discurso de los derechos si por alguna pandemia o desastre natural los humanos somos borrados de la biósfera.

Esto no significa que el ambiente no deba ser protegido o que defendemos la expoliación irrestricta de los recursos naturales. Por el contrario, desde el principio de humildad, creemos que desde una postura ética y humanista el ambiente ha de ser amparado frente al ser humano, pero para los hombres y mujeres actuales y futuros. Tal como lo establece la Declaración de Río “los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible y tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”. Nuestra sobrevivencia se dificulta severamente si nuestro entorno – nuestro hogar– está contaminado y los ecosistemas afectados hasta el punto de que no puedan brindarnos los servicios que necesitamos diariamente. Imaginen qué sucedería en cada una de las ciudades colombianas si por algunos días llegase a faltar el agua.

En suma, si la solidaridad y la humildad se convierten así en principios orientadores de toda la interpretación que se haga respecto del ambiente

sano, sus contenidos habrán de marcar aquellos que permiten delimitar jurídicamente el lindero de estos.

## Segunda parte

### Concepto del derecho a un ambiente sano.

No hay duda de que el derecho al ambiente sano es un derecho constitucional, pues está contemplado por varias normas de la Carta. El artículo 8° lo comprende expresamente como una obligación del Estado y de todas las personas que deben proteger las riquezas naturales existentes en Colombia<sup>25</sup>. Así mismo, el segundo inciso del artículo 79 obliga al Estado a proteger la diversidad e integridad del ambiente y contempla el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano<sup>26</sup>.

Ahora bien, el artículo 88 de la Carta Fundamental, mediante una cláusula abierta, reconoce el derecho al ambiente como un derecho colectivo, junto a la seguridad, la salubridad, la moralidad pública. etc. Esto nos permite adentrarnos en un primer debate relevante al momento de tratar este derecho, que consiste en determinar si se trata de un derecho constitucional fundamental o de un derecho colectivo. Este no es un problema vacío, pues permite observar su alcance.

Veamos la problemática desde la perspectiva del profesor español Pérez Luño. Según este autor, existen

<sup>25</sup> El mencionado artículo dispone: “Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”.

<sup>26</sup> El texto del artículo citado es el siguiente: “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”.

dos dimensiones de los derechos fundamentales que permiten llegar a su concepto, a partir de las funciones que cumplen en el constitucionalismo contemporáneo<sup>27</sup>. En primer lugar, se encuentra la significación axiológica que contempla cómo los derechos condicionan el tipo de Estado. En efecto, no puede concebirse que sea la misma relación la existente entre los ciudadanos y el Estado hablando sólo de los derechos liberales a cuando se incluyen como sus condicionantes a los derechos sociales o ambientales. En este sentido, los derechos fundamentales son un conjunto de valores –Grundwert– que representan acuerdos básicos de la sociedad, que se logran a partir de tensiones políticas y que condicionan el actuar del Estado<sup>28</sup>. Por este motivo, los derechos fundamentales no son tan solo garantías negativas que imponen al Estado límites en cuanto a su injerencia, sino que, por el contrario, acarrear obligaciones positivas y su preponderancia es tal que irradian la totalidad del ordenamiento jurídico infraconstitucional. En segundo lugar, cumplen una función específica desde una dimensión subjetiva, constituyéndose en el estatuto jurídico de los ciudadanos y demás personas frente al Estado y al resto de la sociedad. Por ende, los derechos fundamentales sirven como una barrera contra todo poder, independientemente de si es público o privado; esto según la denominada doctrina de *Drittwirkung der Grund Rechte*<sup>29</sup>.

Bajo la perspectiva analizada, el ambiente sano es un derecho constitucional fundamental, pues en él se

<sup>27</sup> Antonio Pérez Luño: *Los derechos fundamentales*, Madrid: Editorial Tecnos Grupo Anaya S.A., octava edición, 2004 (1984).

<sup>28</sup> *Ibíd.* p. 21.

<sup>29</sup> *Ibíd.* p 22-23. Ver, respecto de la importancia de la *Drittwirkung* en las relaciones particulares el importante libro de Alexei Julio Estrada: *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2000.

cumplen tanto la dimensión axiológica como la subjetiva. Sin embargo, dada la misma definición de la Carta, que lo contempla como colectivo, es imperioso concluir que tiene simultáneamente ambas dimensiones, ya que tiene tanto las características de un Derecho Constitucional fundamental como de uno colectivo. Esta dualidad le es propia, sin que esto implique una contradicción.

Así lo ha ratificado la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha señalado que la enfática distinción entre Derechos Colectivos y los Derechos Fundamentales es difícil de mantener. De una parte, considerando que unos mismos hechos pueden afectar a ambos tipos de derechos. En este sentido, en la sentencia T-659 de 2007, se enfatizó que la “(...) primera tendencia que consideró a los derechos fundamentales y colectivos [como] dos formas excluyentes de protección de intereses del ser humano, entró en crisis cuando el aplicador jurídico se enfrentó a casos en los que un derecho, que había sido considerado claramente colectivo, se convertía en un derecho individual al afectar el núcleo esencial de un derecho subjetivo (piénsese en el caso de los pescadores que no pueden ejercer su oficio cuando hay un grave daño ambiental). O, incluso, se presentan situaciones en las que un derecho típicamente fundamental se torna en derecho de una colectividad que beneficia en forma común al individuo afectado (por ejemplo, el caso del derecho a la libertad de locomoción que se encuentra afectado por ausencia de medios de transporte) (...). En estas circunstancias, la tendencia actual de la dogmática constitucional está dirigida a analizar grupos de derechos que se ubican en una posición intermedia entre los derechos individuales y colectivos, o simplemente, a entender que un derecho puede tener diferentes facetas que lo ubican en una u otra clasificación de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. En efecto, la Declaración de Estocolmo de 1972 definió el derecho al medio ambiente como un derecho humano; de ahí que un derecho típicamente colectivo pue-

de tener la connotación de un derecho individual que hace parte inescindible del ser humano”<sup>30</sup>.

De otra parte, la dualidad del derecho al ambiente sano ha sido denotada al permitir que sea protegido a través de la acción de tutela. En sentencia T-092 de 1993, la Corte indicó que “[el] derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad”<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> En ese caso, los hechos que suscitaron la acción de tutela radicaron en que una vía que comunicaba la Vereda Peñón Blanco-Novillos con el Municipio de Carmen de Apicalá presentaba agrietamientos que dificultaban el tránsito de personas y vehículos. La Sala Quinta de Revisión de esta Corporación se abstuvo de amparar los derechos invocados —libertad de locomoción, trabajo, protección al espacio público, alimentación y educación, entre otros— por considerar que no se evidenciaba afectación subjetiva de los mismos. En este sentido, se enfatizó que si bien no existía una tajante distinción entre derechos colectivos y derechos fundamentales, para que la acción de tutela procediera, era necesario que se demostrara el acaecimiento de un perjuicio irremediable o la transgresión subjetiva de los derechos invocados.

<sup>31</sup> En ese caso, el accionante alegaba que la construcción de un relleno sanitario en Villavicencio acarrearía la contaminación de aguas de que dependía la comunidad en la que él residía. Por esta razón, invocaba la protección de su derecho al ambiente sano, así como a la vida digna y a la salud. La Sala Sexta de Revisión amparó los derechos y ordenó al Alcalde de la mencionada ciudad prescindir de utilizar el lote que alegaba el demandante y, en caso de construir el relleno sanitario en otra parte, iniciara y utilizara los estudios técnicos y ecológicos que la obra demandara, para así prevenir el daño ambiental.

Esta dualidad del derecho en estudio se corrobora desde la perspectiva de la responsabilidad civil, en la medida en que la afectación al medio ambiente puede producir tanto daños individuales como colectivos. En efecto, si partimos con el profesor italiano Adriano de Cupis de que “el derecho protege lo que el daño vulnera”<sup>32</sup>, observar las repercusiones del enunciado en el derecho al ambiente sano, nos es de extrema utilidad ya que, por demás, nos permitirá determinar el objeto que ampara el mencionado derecho.

Lo anterior nos obliga, entonces, a acudir a la noción de daño ambiental para poder concretar el objeto del estudiado derecho y reiterar así la dualidad que le es propia. Es importante mencionar que en la legislación colombiana no existen normas jurídicas que definan claramente el daño ambiental. Si bien la Ley 99 de 1993 nos brinda una aproximación, se encuentra circunscrita a las tasas retributivas y compensatorias. Esto implica que no exista en la actualidad una definición autónoma de daño ambiental, con las dificultades que esto genera, pues la contemplada en la mencionada disposición fue consagrada para efectos de fijar el alcance de estas tasas<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Adriano de Cupis: *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Barcelona: Casa editorial Bosh S.A., 2º ed., 1975, p. 81.

<sup>33</sup> El artículo 42 de la mencionada ley define los anteriores conceptos de la siguiente manera: “TASAS RETRIBUTIVAS Y COMPENSATORIAS. La utilización directa o indirecta de la atmósfera, del agua y del suelo, para introducir o arrojar desechos o desperdicios agrícolas, mineros o industriales, aguas negras o servidas de cualquier origen, humos, vapores y sustancias nocivas que sean resultado de actividades antrópicas o propiciadas por el hombre, o actividades económicas o de servicio, sean o no lucrativas, se sujetará al pago de tasas retributivas por las consecuencias nocivas de las actividades expresadas. También podrán fijarse tasas para compensar los gastos de mantenimiento de la renovabilidad de los recursos naturales renovables (...)”.

Así, el literal “c” del artículo 42 dispone que “se entiende por daño ambiental el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes”. Concatenado a lo anterior, el mismo literal define el daño social de la siguiente manera; “Se entiende por daños sociales, entre otros, los ocasionados a la salud humana, el paisaje, la tranquilidad pública, los bienes públicos y privados y demás bienes con valor económico directamente afectados por la actividad contaminante”. Creemos que esta es una definición que presenta algunos problemas. Por ejemplo, cuando la acción humana afecta un parque natural –bien público–, mediante la deforestación para sembrar cultivos de uso ilícito, afectando la diversidad y el agua, estaríamos frente a un daño que es tanto ambiental como social.

Esta definición de daño ambiental, establecida con el propósito de fijar los conceptos de tasas retributivas y compensatorias no es entonces satisfactoria. Por ello, es mejor desechar la confusión que crea la norma jurídica y buscar otras perspectivas. En efecto, si se habla del daño ambiental como aquel que afecta a los ecosistemas y al tiempo se afirma que el daño social es aquel que, entre otras, se presenta sobre el paisaje, los bienes públicos y los demás bienes económicos afectados por la actividad contaminante, se observa con facilidad que los dos conceptos se cruzan y pierden su utilidad práctica.

Es así como, siguiendo la doctrina, optamos por la denominación daño ambiental puro y daño ambiental consecutivo, la cual coincide con la dualidad –derecho colectivo y derecho constitucional fundamental– que se ha detectado en el derecho al ambiente sano. El primero de ellos –el daño ambiental puro– es definido como “aquel que ha caracterizado regularmente las afrentas al medio ambiente [sin afectar] especialmen-

te una u otra persona determinada, sino exclusivamente el medio natural en sí mismo considerado, es decir, las ‘cosas comunes’ que en ocasiones hemos designado como ‘bienes ambientales’ tales como el agua, el aire, la flora y la fauna salvaje. Se trata entonces de aquello que se ha convenido llamar ‘perjuicios ecológicos puros’<sup>34</sup>. Ahora bien, el Daño Ambiental Puro, comprendido como una transgresión a los bienes ambientales, se relaciona con otro concepto: el de Daño Ambiental Consecutivo, bajo el cual se analizan las repercusiones de aquél, pero respecto a personas determinadas. En otras palabras, se trata del daño que lesiona el patrimonio individual de una persona<sup>35-36</sup>.

Dada la dualidad del derecho al ambiente sano, como fue señalado anteriormente, el daño consecutivo presenta dos modalidades. En la primera, que hemos denominado daño consecutivo directo, la afectación al derecho, que se concreta por el daño ambiental puro, se transmuta y afecta directamente a la persona sin que pueda evidenciarse claramente una separación entre la afectación individual y la transgresión al derecho colectivo. En la segunda, que denominamos daño consecutivo indirecto,

el daño ambiental repercute en otros derechos de la persona, fundamentales o no, claramente diferenciables del derecho al ambiente sano. Utilicemos un ejemplo para ilustrar lo anterior: Un derrame de petróleo contamina un río; cuerpo de agua que es utilizado tanto para surtir de agua potable a un municipio aledaño, como para el desarrollo de una industria turística dedicada a vender planes que incluyen canotaje. El daño ambiental puro es evidente y comprende, entre otros, la destrucción del hábitat de los peces, así como la contaminación del agua. A su vez, esta última acarrea el daño consecutivo directo, pues afecta el derecho de cada individuo del mencionado municipio a acceder al agua potable, que –como se indica posteriormente en esta ponencia–, según la jurisprudencia constitucional es un derecho fundamental. En cambio, el daño consecutivo indirecto se presenta para la industria turística, que ve afectada su libertad de empresa al no poder ejercer más su razón social.

Esta diferenciación, como veremos más adelante, es fundamental para determinar qué acción ha de proceder, así como qué tipo de reparación deberá ser ordenada por la autoridad judicial de decretarse la responsabilidad civil. En el caso del daño ambiental puro, la reparación busca resarcir la lesión del patrimonio colectivo, mientras que en el daño ambiental consecutivo, dependiendo de si es directo o indirecto, la indemnización que está dirigida a restaurar el patrimonio individual, puede o no ser apropiada exclusivamente por el individuo<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Geneviève Viney y Patrice Jourdain : *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, París : LGDJ, 1998, p. 55.

<sup>35</sup> Juan Carlos Henao Pérez: “Responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental”, en *Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*, Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 142 y ss.

<sup>36</sup> Partimos de una noción amplia de patrimonio, en el cual se comprenden todos los derechos de la persona, sin importar si son una universalidad de bienes susceptibles de estimación pecuniaria o personalísimos, colectivos o individuales. Esto permite explicar por qué razón, al incluirse dentro del patrimonio del individuo incluso derechos colectivos, cada persona puede interponer acciones para defender este tipo de derechos, como la moralidad administrativa.

<sup>37</sup> Para los efectos de este escrito los términos reparación e indemnización son tomados como sinónimos. Así mismo, superan la idea de que los circunscriben exclusivamente a reparaciones pecuniarias. A nuestro modo de ver, la reparación por la lesión a un derecho va más allá de factores monetarios. De esta forma, proponemos que existen varias formas de reparación, entre ellas, el subrogado pecuniario, la reparación in natura, la supresión del daño o la reparación simbólica. Al respecto puede con-

Recogiendo la noción de daño ambiental anteriormente indicada, podemos decir que en sentido estricto y desde una perspectiva jurídica, el objeto que ampara el derecho al ambiente sano es todo aquello que el daño ambiental puro y el daño ambiental consecutivo directo lesionan. En el segundo, el daño afecta el patrimonio individual de la persona sin que pueda diferenciarse claramente con la afectación colectiva y la individual, pues aquella se transmuta en esta última; mientras que en el primero, se lesiona el patrimonio colectivo. Esta diferenciación es de trascendental relevancia, pues a partir de ella puede determinarse qué acción ha de ser interpuesta para reparar el derecho, así como si es posible que el individuo se apropie exclusivamente de la indemnización o, por el contrario, esta recaiga en el colectivo. Ahora bien, dada la inescindible conexión existente entre el daño consecutivo directo y el daño ambiental puro —a pesar de que los derechos conculcados sean diferenciables—, y debido a que las reparaciones que del primero se ordenen podrían beneficiar incluso al segundo, en sentido lato, el objeto del derecho al ambiente incluye —en algunos casos— la guarda frente al daño consecutivo directo.

De otro lado, es importante afirmar que ambos derechos pueden ser lesionados por unos mismos hechos, que generen a su vez tanto un daño consecutivo directo como indirecto. Esta situación puede ser ilustrada mediante la noción de *Alemansratt* perteneciente al derecho sueco. Se trata del derecho de acceso a la naturaleza, según el cual todos los miembros de la comunidad tienen derecho al disfrute de la naturaleza sin ser limitado por la propiedad privada, pero con el deber de dejar las cosas tal y como fueron encontradas o, de ser posible, en un mejor estado. A más de esta limitación positiva se en-

sultarse: Juan Carlos Henao Pérez: “De tal Derecho, tal acción”, en *V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Los procesos ante las jurisdicciones constitucionales y de lo contencioso administrativo*, Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 485-541.

cuentra otra: quienes usen el derecho no pueden acercarse indiscretamente a la vivienda del propietario del terreno. Entonces, supongamos que un granjero (¿cabría que fuera colombiano?) construye una cerca para evitar que las personas ingresen en su propiedad. Esto acarrea una separación de varias comunidades de animales que no podrán reproducirse, lo que es un ejemplo de daño ambiental puro. Así mismo, impide que un comerciante ingrese con turistas a observar un paisaje en una finca determinada —y los casos no solo se han dado en Suecia sino que la Corte ha otorgado razón al comerciante!<sup>38</sup>—, lo que se constituye en un daño ambiental consecutivo indirecto. En el primer caso se está vulnerando el derecho al ambiente sano, debido a la ocurrencia de un daño ambiental puro —imposibilitar la reproducción de determinadas especies—. En cambio, en el segundo, dado el daño ambiental consecutivo indirecto, se afecta al comerciante imposibilitándole ejercer su profesión u oficio. Si la autoridad judicial ordenara remover la cerca para beneficiar a este comerciante, la reproducción de la comunidad también se vería beneficiada, por lo que se estaría también reparando, indirectamente, el derecho al ambiente sano frente al daño ambiental puro.

Analizados los elementos centrales del derecho al ambiente sano, se debe seguir bajo el discurso de la responsabilidad civil para mencionar algunas problemáticas específicas que, influyendo en el tratamiento constitucional del tema, son de utilidad para terminar de centrar el concepto.

En primer lugar, la influencia del conocido Principio de Precaución, que, aún cuando ha sufrido variaciones a través de la historia del derecho<sup>39</sup>, puede

ser entendido hoy en día a partir de la comprensión de que el desarrollo tecnológico conlleva riesgos y ante mayor sea el mismo, mayor incertidumbre habrá sobre sus efectos.

La Declaración de Río, en el principio 15, lo definió en las siguientes palabras: “con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución (...). Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”. Por su parte, la Ley 99 de 1993, según la cual el proceso de desarrollo económico y social del país debe orientarse siguiendo la mencionada Declaración, se refiere al principio de la siguiente manera: “(...) las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente”<sup>40</sup>. Como se observa, la definición contemplada en la legislación nacional es mucho más garantista que aquella establecida en la Declaración de Río, ya que aquella se refiere a cualquier clase de medida eficaz para impedir el daño ambiental, mientras que el criterio internacional se reduce a las medidas en función de los costos para evitar la degradación del ambiente.

Refiriéndose a este principio, debido a una demanda contra el Código de Minas, en la sentencia C-339 de 2002 la Corte indicó que este “principio (...) se puede expresar con la

mann: “La precaución: un principio para reorientar las relaciones de la humanidad con la biosfera”, en Jorge Riechmann y Joel Tickner (coords): *El principio de precaución: en medio ambiente y salud pública, de las definiciones a la práctica*, Barcelona: Icaria, 2002.

<sup>38</sup> Ver el interesante escrito del autor: Frédérique von Plauen: “L'accès à la nature: droit virtual ou droit réel?”, en *AJDA*, número 36, 2005, p. 1984.

<sup>39</sup> Para una aproximación histórica del principio de precaución: Jorge Riech-

<sup>40</sup> Numeral 6°, artículo 1°, Ley 99 de 1993.

expresión “*in dubio pro ambiente*” (...) Para el asunto que nos ocupa, esto quiere decir que en caso de presentarse una falta de certeza científica absoluta frente a la exploración o explotación minera de una zona determinada, la decisión debe inclinarse necesariamente hacia la protección del medio ambiente, pues si se adelanta la actividad minera y luego se demuestra que ocasionaba un grave daño ambiental, sería imposible revertir sus consecuencias”<sup>41</sup>. Así, es importante recalcar que la precaución parte de la base de que la falta de certeza del hecho dañino no puede ser el único argumento que legitime la actividad riesgosa o, en otras palabras, que la falta de prueba de nocividad no es prueba de inocuidad<sup>42</sup>.

Este principio influye en el nivel de protección del derecho al ambiente sano. En efecto, si hemos afirmado que dicho derecho tiene una faceta colectiva y otra de derecho constitucional fundamental, debemos ahora analizar si el espectro de protección de ambos supone que se lesione definitivamente el derecho, si la amenaza sobre el mismo es suficiente, o, lo cual es aún más importante, si el riesgo de lesión definitiva puede considerarse una alteración del mismo que supone un derecho subjetivo que active su protección. Baste pensar en la autorización de una actividad que repercutirá sobre el medio ambiente y que permite la discusión sobre la aplicación del principio de precaución, con lo cual entrará en juego la discusión acerca del contenido real de aquel derecho. En estos eventos, no es difícil concluir que el contenido mismo del derecho colectivo y del derecho constitucional fundamental estará claramente marcado por la

aplicación que del principio de precaución se haga. Un buen ejemplo es el de las fumigaciones de glifosato para combatir los cultivos de uso ilícito en Colombia. Ante una acción popular el tribunal de primera instancia consideró que dicha actividad generaba el riesgo de daños masivos e irreversibles sobre el medio ambiente y sobre las personas, razón por la cual ordenó suspender las fumigaciones. En segunda instancia el Consejo de Estado consideró que dicha actividad no permitía la aplicación de las consecuencias del principio de precaución<sup>43</sup>.

Con independencia de cuál de las dos instancias haya tenido la razón, lo importante para este escrito es resaltar que el contenido constitucional del derecho se completa con el análisis que se haga a partir de la responsabilidad civil. Bajo esta óptica habría que concluir que el mero riesgo sobre el derecho a un ambiente sano puede abrir la posibilidad para que tanto por la vía de la protección del derecho colectivo como por la del derecho constitucional fundamental, se contemple la protección de aquel derecho. Ya no se requeriría de la certeza del daño concebida en forma tradicional, sino de aceptar que el riesgo de daño, es decir, el daño aleatorio, puede también activar la protección de las acciones constitucionales, incrementando su faceta preventiva que impide la consumación de la lesión de los derechos. Bajo nuestra perspectiva, lo que muestra esta problemática es que la noción tradicional de certeza del daño se ha alterado profundamente y que el riesgo de lesión definitiva de derechos también puede considerarse un daño cierto –y no solo la amenaza de lesión definitiva de los derechos– que permita proteger el derecho al ambiente sano. Bajo esta perspectiva la protección constitucional del derecho varía no-

tablemente, porque no se requiere ni siquiera que se trate de una amenaza sobre el derecho –daño inminente o si se quiere perjuicio irremediable– sino del simple alea que marcará el contenido del derecho<sup>44</sup>. Habría pues tres facetas de protección del derecho al ambiente sano: riesgo de lesión definitiva –daño aleatorio–; amenaza de lesión definitiva –daño inminente– y, finalmente, daño consumado. Esta posición permite una protección más garantista que, sin caer en fundamentalismos ecologistas, sí permite proteger de mejor manera los bienes ambientales, imponiendo en ciertos eventos de mero riesgo la abstención en la utilización de ciertas actividades riesgosamente nocivas.

En segundo lugar, el debate doctrinal acerca de si la responsabilidad en materia ambiental es de naturaleza objetiva o subjetiva; esto es, si no requiere del elemento de la culpabilidad para que sea declarada. En esta problemática se debe tener cuidado de no darle un sentido exagerado a la conocida frase en virtud de la cual “el que contamina paga”. No sobra recordar que dicha frase es de aplicación para efectos de la justificación que se da para las tasas retributivas y compensatorias, pero debe ser analizada con mayor detenimiento en lo que tiene que ver con el conjunto de la responsabilidad. En mi entender, en materia ambiental existe tanto la responsabilidad objetiva como la subjetiva. Para determinar qué clase de responsabilidad surge, es importante recalcar las diferencias entre actividades peligrosas y aquellas que no lo son, para lo cual son de mucha utilidad las clasificaciones que hacen instrumentos internacionales al respecto. Dicha noción estará en el eje de la distinción sobre los distintos fundamentos –objetivo o subjetivo– que puede te-

<sup>41</sup> Corte Constitucional, sentencia C-339 de 2002, expediente D-3767, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3 parcial, 4, 18 parcial, 34, 35 parcial literales a) y c) y 36 parcial de la Ley 685 de 2001, demandante: Carlos Alberto Mantilla.

<sup>42</sup> José Luis Serrano: *Principios de Derecho Ambiental, ecología jurídica*, Madrid: Editorial Trotta, 2007, pp. 120-121.

<sup>43</sup> Consejo de Estado, Sala Plena, 19 de octubre de 2004, ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, demandante: Claudia Sampedro y otros, Expediente 00022-02.

<sup>44</sup> Ver en este sentido nuestro escrito “De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés” en *Daño Ambiental*, Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2009, tomo II, pp. 187-222.

ner la responsabilidad y por tanto sobre el ámbito de protección del derecho al ambiente sano, pudiéndose afirmar que cuando se trate de una actividad peligrosa surgiría la responsabilidad objetiva<sup>45</sup>. Esto mismo sucede con cualquier tipo de actividad peligrosa. Sin embargo, frente a aquellas que no son actividades peligrosas solo operaría la responsabilidad subjetiva, debiéndose demostrar la culpa<sup>46</sup>.

En tercer lugar, debe recordarse que la protección del derecho al ambiente sano está marcado también por la usual concausalidad que se presenta frente a este tipo de daños y que influirá nuevamente en la garantía constitucional de aquel derecho. En efecto, en muchas ocasiones son varias personas las que actúan y causan el daño ambiental y por ello el juez constitucional debe tener en cuenta esta situación. Para este problema, el derecho brinda herramientas que permiten superarlo. La solidaridad en el campo de las obli-

gaciones es una posibilidad. Sobre este punto y refiriéndose a esta dificultad, la Corte Constitucional, en sentencia T-646 de 2003 indicó que, *"no es exacto considerar que de la comparecencia de todos los agentes contaminantes, a las distintas acciones populares, pende el restablecimiento del derecho a gozar de un ambiente sano, dado que la realidad indica que frente a la confluencia de emisiones tal exigencia prolongaría los litigios indefinidamente, comprometiendo, por consiguiente, los derechos e intereses colectivos y el acceso a la justicia de los afectados"*—artículos 88, 228 y 230 C.P.—<sup>47</sup>

Estudiados los elementos necesarios para la comprensión y la delimitación del derecho al ambiente sano, se debe pasar ahora a mirar en concreto cuáles son los medios procesales para su protección.

<sup>45</sup> Respecto de la noción de actividad peligrosa se recomienda estudiar la importante y reciente sentencia 01054 de la Corte Suprema de Justicia, del 24 de agosto de 2009, con ponencia del magistrado William Namen, donde se estimó que el ejercicio de actividades peligrosas conllevaba indefectiblemente la aplicación de la responsabilidad objetiva. En efecto, en dicha decisión se indicó que *"(...) al frente de toda la problemática ontológica y sistemática del daño resarcible, en la legislación colombiana, a no dudarle, existen categorías de responsabilidad objetiva donde el criterio de la culpa carece de toda relevancia para su existencia, o sea, para el surgimiento del deber de reparar el daño y, también, para su exoneración, siendo oportuno verificar sus exigencias normativas. [Por ejemplo], se considera objetiva la responsabilidad por daño al medio ambiente (...) derivada de residuos y desechos peligrosos (...)"*.

<sup>46</sup> Juan Carlos Henao Pérez: "Responsabilidad del Estado Colombiano por el daño ambiental", en *Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*, Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 152.

<sup>47</sup> En ese caso, el demandante consideraba que el Tribunal Superior de Bogotá había incurrido en una "vía de hecho" en la sentencia proferida por una acción popular debido al daño ambiental causado por el represamiento de aguas del río Bogotá en el embalse del Muña. Uno de los argumentos que formuló y que sustentaba su posición era que el tribunal no había llamado a todos los responsables de la contaminación de las aguas del mencionado río. La Corte desestimó este argumento indicando, en primera medida, la responsabilidad solidaria por la afectación a ese cuerpo de agua; en segunda medida, que las normas que regulaban la acción popular antes de la entrada en vigencia de la Ley 472 de 1998 no contemplaban la obligación de llamar a todos los involucrados en la contaminación y, en tercera medida, que no era exacto suponer que de no llamarse a todas las personas causantes del daño ambiental la acción popular no podía proceder, dado lo difícil que resulta determinar a cada una de las personas que intervienen y afectan nocivamente el ambiente.

## Tercera parte

### Acciones judiciales para la defensa del ambiente sano

Colombia es un país privilegiado en acciones, por lo que los derechos subjetivos cuentan con una amplia gama de medios judiciales para su defensa. A más de las acciones ordinarias, tanto en la jurisdicción contencioso administrativa, como en la penal y en la civil, existen acciones constitucionales como la acción popular y la de tutela, sin dejar de nombrar la de cumplimiento.

A pesar de lo anterior, nos concentraremos, dada la relevancia de las mismas en el tema bajo estudio, a la acción popular y a la de tutela, en la medida en que también permiten distinguir diferentes facetas de la reparación y por tanto de la protección del derecho. En un texto reciente propusimos que el tipo del daño caracteriza la acción que puede ser interpuesta. Así, tres preguntas han de ser resueltas para determinar esta problemática: qué derecho se repara, a quién se le repara y cómo ha de ser reparado<sup>48</sup>.

Antes de desarrollar estos tres puntos, es pertinente recordar que son tres los elementos necesarios para que la responsabilidad civil sea declarada. El primero es el daño, que entendemos como la lesión de un derecho de naturaleza colectiva o individual, pecuniario o no, que puede ser lesionado tanto por la vía de la lesión definitiva como por la de la amenaza y excepcionalmente por la del riesgo; el segundo, la imputación jurídica a alguien diferente del sujeto lesionado; y el tercero, la obligación de reparar, que solo nace ante el daño antijurídico<sup>49</sup>. También es

<sup>48</sup> Juan Carlos Henao Pérez, "De tal derecho, tal acción", en *V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Los procesos ante las jurisdicciones constitucionales y de lo contencioso administrativo*, Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2005, pgs. 504.

<sup>49</sup> *Ibídem*, p. 498.

importante recalcar que la reparación que deviene de la responsabilidad civil no es exclusivamente pecuniaria. Por el contrario, contemplamos que dentro de la misma caben varias posibilidades que no se excluyen entre sí, siempre y cuando se respete el principio que proscribiera la doble indemnización. Así, la reparación puede ser el subrogado pecuniario, la reparación in natura, la cesación o la supresión del daño e incluso la reparación simbólica.

Volviendo a las tres preguntas que han de ser resueltas, en el primer interrogante, para el caso ambiental, ha de determinarse si se trata de un daño ambiental puro, de uno consecutivo directo o consecutivo indirecto. En el primer caso, se trata del derecho colectivo al ambiente, en el que aparecen como características su indivisibilidad, la imposibilidad de exclusión y la ausencia de rivalidad en su consumo<sup>50</sup>. El hecho de que se trata de un derecho colectivo supone, en Colombia, que cualquier persona está legitimada para interponer la acción que propenda a su protección. En cambio, en el daño consecutivo directo o indirecto, se está ante la afectación de derechos individuales, que son intereses indivisibles pero apropiados y usados por el individuo, con lo cual la legitimación en la causa se limita a su titular individual.

Sobre el segundo interrogante, esto es, el destinatario de la indemnización, la cuestión recae en quién es el beneficiario de la reparación al ser el titular o los titulares del derecho lesionado. Este punto diferencia entre peticiones para sí —derechos individuales— o peticiones para el colectivo —derechos colectivos—. La diferencia central radica en que en el caso de los derechos individuales, la indemnización es apropiable por el individuo —salvo si se trata del daño consecutivo directo en el cual el beneficio

individual coincide con el colectivo—, mientras que en las peticiones para el colectivo, la reparación no será exclusivamente para nadie.

Finalmente, el tercer interrogante: la prestación como traslación patrimonial acarrea qué clase de reparación es la que se pretende; la misma puede ser pecuniaria, in natura, de supresión o cesación del daño o también simbólica. Como vimos, el daño evoluciona, empezando por el riesgo, pasando por la amenaza y finalizando en la lesión consolidada. Estos diferentes momentos indican qué clase de reparación es la que debe ser ordenada. Así, tratándose del riesgo y de la amenaza, la autoridad judicial debería ordenar principalmente medidas que supriman o hagan cesar el daño. En cambio, frente a un daño consolidado y consumado, la reparación procedente sería la pecuniaria o la in natura, sin excluir la simbólica para que la lesión no vuelva a ocurrir.

En claro el esquema anterior, analicemos la acción de tutela y la acción popular, teniendo en cuenta los tres interrogantes que acaban de ser planteados.

La primera, la acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución y regulada por el Decreto 2591 de 1991, fue instaurada por el constituyente de 1991 con el objetivo de brindar una protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de todas las personas. En principio, se circunscribe exclusivamente al amparo de derechos individuales, pero el mismo Decreto mencionado, en el numeral 3° del artículo 6°, expresamente abre esta posibilidad para los derechos colectivos en los siguientes términos: *"(...) La acción de tutela no procederá (...) cuando se pretenda proteger derechos colectivos (...). Lo anterior no obsta para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trata de impedir un perjuicio irremediable"*.

Para la procedencia de la acción, es fundamental la noción de perjuicio irremediable, que ha sido definida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como una situación en la cual se presentan los siguientes elementos: la inminencia —es decir que esté por suceder la lesión—, la gravedad —que equivale a la intensidad del daño—, que la actuación frente a él haya de ser urgente y que sea impostergable<sup>51</sup>. En este sentido, esta definición es equivalente a la noción ya estudiada de amenaza.

Así las cosas, en principio, la acción de tutela debe ser interpuesta para peticiones para sí, aunque nada obsta para que —ante el acaecimiento de un perjuicio irremediable— proceda para peticiones para el colectivo.

Respecto al segundo interrogante, esto es, quién es el sujeto beneficiario de la reparación, en principio también sería el individuo, pues estamos hablando de daño ambiental consecutivo indirecto. Al ser diferenciable la afectación del patrimonio del individuo de aquella que sufra el colectivo, la reparación sería apropiable por aquel. Sin embargo, esto no implica que el colectivo no sea beneficiario con la reparación lograda por el individuo —hipótesis de daño ambiental consecutivo directo—, pues al ser la reparación eminentemente preventiva —como se verá a continuación— la cesación del hecho dañino necesariamente beneficiaría a las demás personas. Esta es precisamente una de las consecuencias de la naturaleza dual del derecho bajo estudio.

Cabe preguntarse si en el caso de daño consecutivo directo también procedería la acción de tutela. Al no ser diferenciable claramente el derecho colectivo y el derecho individual, en principio debería interponerse la acción popular. Sin embargo, dado que el artículo 6° de la Ley 472 de 1998 establece que la acción de tutela se tramitará de forma preferen-

<sup>50</sup> Sobre la caracterización de la noción de derecho colectivo ver la sentencia C-569 de 2004 de la Corte Constitucional, del 4 de junio de 2004, con ponencia del magistrado (e) Rodrigo Uprimny Yepes.

<sup>51</sup> Ver, entre las múltiples sentencias, que retoman estas características, la SU- 544 de 2001.

te, así como su procedencia ante el acaecimiento de un perjuicio irremediable, creemos que el amparo constitucional sería viable<sup>52</sup>. Cosa que también se desprende de la mencionada dualidad del derecho al ambiente sano.

Ahora bien, la Corte Constitucional, en la sentencia T-659 de 2007 —ya citada en esta ponencia—, indicó que la misma procede excepcionalmente para proteger al colectivo. En dicha providencia se establecieron las siguientes reglas de procedencia: “(...) (i) Cuando la afectación de los derechos colectivos requiere la intervención urgente e inmediata del juez constitucional para evitar un perjuicio irremediable. En efecto, al igual que en toda situación de grave afectación de derechos fundamentales, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio que desplaza la competencia del juez ordinario mientras se profiere el fallo correspondiente. En este caso, es fundamental demostrar la premura en la intervención judicial, la gravedad del perjuicio que sigue a la demora en resolver el asunto y la existencia de un derecho fundamental afectado, [y] ii) Cuando la amenaza o vulneración de un derecho colectivo produce la afectación directa de un derecho fundamental. En esta situación, no se trata de reducir la intervención a un número determinado de personas, ni de exigir la protección judicial del derecho colectivo a partir de la afectación individual de derechos, se trata de delimitar con claridad el campo de aplicación de cada una de las acciones constitucionales. Por ello, es evidente que no determina la procedencia de la acción popular o de la acción de tutela, el número de personas que accede a la justicia, ni el nombre del derecho que se busca proteger”.

<sup>52</sup> El texto del mencionado artículo es el siguiente: ARTÍCULO 6o. TRÁMITE PREFERENCIAL. Las acciones populares preventivas se tramitarán con preferencia a las demás que conozca el juez competente, excepto el recurso de hábeas corpus, la acción de tutela y la acción de cumplimiento.

Finalmente, respecto al tercer interrogante, la prestación que con la acción de tutela se busca sería eminentemente preventiva, pues el mismo artículo 86 de la Constitución establece que la misma es un procedimiento preferente y sumario para proteger los derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados. Ahora, al ser una de las causales de improcedencia el daño consumado, entonces debe entenderse que la reparación puede ser de cesación de la conducta que causa la lesión o aquellas que se están produciendo sin haberse consolidado —incluyendo dentro de estas las amenazas y los riesgos—. Esto no excluye que en el caso de daños continuados pueda haber facetas reparativas, pero sí hace improcedente la acción de tutela frente a aquellas facetas ya pasadas y consolidadas; para esto, las personas deberán acudir a otras instancias judiciales, pues así lo establece el numeral 4° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, que dispone que “La acción de tutela no procederá (...) cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho”.

En lo relacionado con la segunda acción judicial en estudio, la acción popular, también una acción constitucional, fue consagrada por el constituyente en el artículo 88 de la Carta.

Respecto del interrogante de qué derecho se repara mediante esta acción, el artículo 88 mencionado estableció sin ambages que se trata de la protección de los derechos e intereses colectivos, lo cual fue complementado por la ley 472 de 1998. En este orden de ideas, la mencionada acción debería ser interpuesta cuando quiera que se presente un daño ambiental puro.

Respecto del segundo interrogante, esto es, quién es el destinatario de la reparación, indemnización y/o restablecimiento, en el caso del daño ambiental puro, es claro que por tratarse de la lesión de

un derecho colectivo el destinatario será obligatoriamente el colectivo. Lo anterior implica que nunca la prestación ordenada por el juez podrá ser apropiada por individuo alguno y ni siquiera por la persona pública encargada de velar por el derecho al medio ambiente, puesto que la destinación de la prestación está atada al restablecimiento del derecho colectivo cuestionado. En este sentido, la persona pública a favor de quien se confiera la prestación tendrá la obligación de destinarla para el fin que fue decretada.

Finalmente, respecto del tercer interrogante, que permite el análisis de la prestación con la cual se cumple con la reparación de la lesión del derecho colectivo, el artículo 2° de la ley 472 estableció que la acción popular tiene una finalidad preventiva, pues “(...) se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio (...)”, pero también brindó la posibilidad de interponerlas buscando una reparación diferente, ya que también tiene como objeto “(...) restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”.

Lo anterior significa que la prestación que se ordena mediante esta acción puede ser de naturaleza diversa, porque diversa es la función de esta. En efecto, en palabras de la Corte Constitucional, en sentencia C-215 de 1999, “otra característica esencial de las acciones populares es su naturaleza preventiva, lo que significa que no es ni puede ser requisito para su ejercicio, el que exista un daño o perjuicio (consumado, tendríamos que agregar para efectos de guardar coherencia con lo que se ha expuesto en este escrito) de los derechos o intereses que se busca amparar, sino que basta que exista la amenaza o riesgo de que se produzca (que, agregamos, también es daño según lo afirmado en este escrito), en razón de los fines públicos que las inspiran (...). De igual manera, dichos mecanismos buscan el restablecimiento del uso y goce de tales derechos e intereses colectivos, por lo que también tienen su carácter **restitutorio**, que se debe resaltar. Finalmente, hay que ob-

servar que estas acciones tienen una estructura especial que las diferencia de los demás procesos litigiosos, en cuanto no son en estricto sentido una controversia entre partes que defienden intereses subjetivos, sino que se trata de un mecanismo de protección de los derechos colectivos preexistentes radicados para efectos del reclamo judicial en cabeza de quien actúa a nombre de la sociedad, pero que igualmente están en cada uno de los miembros que forman la parte demandante de la acción judicial". Es por ello que el artículo 25 permite medidas cautelares que podrán decretarse a petición de parte o de oficio, "(...) para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado (...) y que el artículo 2º contempla la posibilidad de accionar para restituir las cosas al estado anterior, con lo que evidentemente se trata de un daño consumado.

Veamos tres ejemplos de las mencionadas acciones que permiten ilustrar la presentación realizada.

En primer lugar, la sentencia T-410 de 2003, de la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional donde se conoció el siguiente caso: El Municipio de Versalles, ubicado en el Departamento del Valle del Cauca, no contaba con servicio de agua potable y el líquido que se distribuía por parte de la Empresa de Servicios Públicos de Versalles no tenía ningún tratamiento. De las pruebas obrantes en el expediente, se pudo determinar que las aguas eran aptas para consumo humano desde el punto de vista físico y químico, mas no bacteriológico, ya que se encontraban contaminadas por materias fecales<sup>53</sup>. Esto es, evidentemente, un daño ambiental puro. El juez de instancia, cuya sentencia fue revisada por la Corte Constitucional, declaró improcedente la acción de tu-

tela, al considerar que la acción procedente era la de grupo.

La Corte, tras indicar que la acción de grupo es eminentemente indemnizatoria y no preventiva de los daños ambientales, enfatizó que el fin perseguido por el demandante era preventivo. Por ende, aquella acción no era procedente, pues la reparación pretendida por el accionante buscaba la cesación del hecho dañino. Refiriéndose al daño ambiental consecutivo directo, la Corte indicó que "de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el comprobado suministro de agua contaminada y no apta para el consumo humano por parte de las autoridades accionadas constituye un factor de riesgo y de vulneración de los derechos fundamentales a la vida, la dignidad humana, la salud y el ambiente sano (...)".

En este caso, se evidenció que se presentaba la probabilidad del daño, por lo que se constataba el primer elemento para declarar la responsabilidad. Así mismo, la Corte determinó que eran las entidades demandadas las obligadas a suministrar el agua potable. Al no hacerlo, se les imputaba un comportamiento causante del riesgo –segundo elemento de la responsabilidad civil–. Finalmente, al ser la afectación al agua potable un daño ilícito, surgía el deber de reparar. Así las cosas, la Sala de Revisión determinó la responsabilidad civil en cabeza de la Alcaldía Municipal y de la Empresa de Servicios Públicos de Versalles.

Ahora bien, la Corte abordó expresamente las razones por las cuales debía ser procedente la acción de tutela, aun cuando se tratara de la vulneración de un derecho colectivo difícilmente diferenciable –en el caso concreto– de un derecho individual. En primer lugar, indicó que el agua para consumo humano es un derecho fundamental, esencial para la salud y la vida digna de las personas. Por esta razón, y al ser el trámite de la acción de tutela preferente frente a la acción popular, aquella debía proceder para proteger oportunamente el derecho fundamental colectivo al agua potable. En segundo lugar, la

Corte señaló que aun cuando el demandante no acreditara poder para actuar en nombre de la comunidad, lo cierto es que también lo hizo en nombre propio, al ver su derecho fundamental conculcado. Entonces, se trataba de una petición para sí que buscaba evitar que el riesgo se materializara en amenaza o en un daño consolidado.

Constatando así la vulneración de los derechos fundamentales a la vida digna, salud, dignidad humana y ambiente sano, la Corte ordenó a la Alcaldía Municipal y a la Empresa demandada iniciar los trámites administrativos financieros y presupuestales para que en un plazo no superior a seis meses garantizara el suministro de agua potable. Como se observa, se trata de una reparación a los derechos que busca la cesación del hecho dañino, pero que no es apropiable exclusivamente por el gestor del amparo.

En segundo lugar, la sentencia T-574 de 1996 resolvió un caso que permite mostrar el daño ambiental consecutivo indirecto. En la ensenada de Tumaco se presentó un derrame de crudo de 1.500 barriles en 1996, que ocurrió al momento de bombearse –por parte de Ecopetrol– petróleo a un buque cisterna. El derrame afectó tanto el fitoplancton como el zooplancton existente en la zona, perturbando la cadena trófica en esa región. Así mismo, en las playas aledañas se evidenciaron peces muertos y aves cubiertas de crudo, llegando este último a manglares. Una de las playas afectadas fue la de Salahonda –perteneciente al Municipio de Francisco Pizarro–, en donde habita una comunidad de pescadores. Estos últimos, en época de bonanza, reportaban un millón de pesos producto de las ventas, pero después del accidente sólo obtenían peces de cuyo comercio recibían veinte mil pesos (\$20.000), que debían ser repartidos entre 50 personas. Sobre este punto, la Corte indicó que "Es obvio que la disminución de la pesca afecta gravemente [la] vida, salud y trabajo de los lugareños y es elemento perturbador

<sup>53</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-410 de 2003, expediente T-697667. Demandante; Jorge Hernán Gómez Ángel. Demandados: alcaldía Municipal de Versalles –Valle del Cauca– y Empresa de Servicios Públicos de Versalles.

de consecuencias impredecibles". De igual forma, la Corte constató que la comunidad entró en un proceso de deficiencia de alimentación que afectó tanto a niños como a ancianos. En un estudio realizado por la Capitanía de Puerto, se indicó que el ecosistema tardaría, por lo menos, 5 años en regenerarse. Esto quiere decir, que la cadena trófica y, por ende, la alimentación de los lugareños y su sustento económico se verían igualmente afectados por el mismo término.

De esta forma, se constata la existencia del daño –primer elemento de la responsabilidad– porque el hecho dañino repercutió en el oficio de la pesca con sus consecuencias económicas –daño ambiental consecutivo indirecto–, diferenciable del derrame y la perturbación de los ecosistemas, aun cuando se encontrare estrechamente ligado a este. Al producirse el derrame durante el bombeo por parte de Ecopetrol al buque cisterna, la afectación al ambiente era jurídicamente atribuible a una persona diferente de la víctima, con lo que se consolidó el segundo elemento de la responsabilidad civil. Finalmente, dado que se trataba de una actividad peligrosa se encontraba el deber de responder frente a los daños causados por esta. Con esto, se evidencia la ilicitud del daño –tercer elemento de la responsabilidad–.

Respecto a este punto, la sentencia indica que el daño ecológico marítimo "(...) afecta sobremanera a quien tiene por oficio la pesca. Y si este oficio forma parte de la cultura de una etnia, con mayor razón hay que proteger al pescador. El artículo transitorio 45 de la Constitución ordenó que la ley estableciera mecanismos para la protección de la identidad cultural de las comunidades negras en la cuenca del Pacífico y para el fomento de su desarrollo económico y social". Es decir, el daño ecológico marítimo tuvo repercusiones tanto en el sustento alimenticio de los pescadores –por la afectación de su oficio– como en su identidad cultural al afectar esta actividad.

Así las cosas, la reparación que debió ordenarse, tratándose de un daño ambiental consecutivo indirecto, debió haber sido apropiable por los pescadores. Sin embargo, de forma equivocada, la providencia solo ordenó un monitoreo con plazo mínimo de cinco años, para superar cualquier secuela que quedase del vertimiento, con lo cual no se indemnizaron los perjuicios a la actividad pesquera denunciados por los pescadores, ni tampoco se solucionó inmediatamente –haciendo cesar la afectación a los derechos de los miembros de la comunidad– la situación de desnutrición que afectó a niños y ancianos.

En tercer lugar, el caso en el cual la Sección Tercera del Consejo de Estado resolvió en el 2007 una acción popular instaurada por el daño ambiental causado en el Humedal El Burro, ubicado en la ciudad de Bogotá, debido a la autorización de construcción sobre una tercera parte del terreno que ocupaba dicho ecosistema<sup>54</sup>. En ese momento, los derechos protegidos fueron los siguientes: el derecho a la moralidad administrativa, el derecho a la defensa del patrimonio público y el derecho al ambiente sano; todos definidos por la Constitución Política y la Ley 472 de 1998 como derechos colectivos.

Para constatar la existencia del daño ambiental puro debido al desecamiento del humedal –primer elemento para declarar la responsabilidad civil–, el Consejo de Estado estableció la alteración negativa producida sobre el medio ambiente. Para determinar la imputación, observó que la lesión al patrimonio colectivo devino de una omisión administrativa –silencio administrativo positivo– atribuible al Departamento de Planeación Distrital, lo cual permitió la construcción de una

<sup>54</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Demandante: Olof Rodolfo Elsin Sabino; Demandados: Empresa de Acueducto de Bogotá y Departamento de Planeación Distrital.

urbanización sobre un bien de uso público. Por ser dicha omisión culpable, originada en la negligencia de la accionada, se presentó el fundamento del deber de reparar, porque la conducta ilícita desprotegió un ecosistema de trascendental relevancia para el manejo hídrico de la ciudad.

Esta indemnización debía favorecer a la comunidad que vio sus derechos colectivos transgredidos, por lo que el Consejo de Estado ordenó que se pagara a la Corporación Autónoma de Cundinamarca (CAR) la reparación correspondiente al daño causado, entidad que representaría los intereses de la comunidad. Como quiera que la afectación al ecosistema era irreversible, ya que se rellenó una tercera parte del mismo para construir la urbanización, y era imposible volver las cosas al estado anterior, ordenó que se pagaran sumas de dinero para que se invirtieran en el mantenimiento de otras zonas del humedal o en ecosistemas similares ubicados en otras partes de la ciudad –reparación in natura–. Ahora, como quiera que se permitió la apropiación de bienes de uso público, debido a que la construcción se hizo sobre lo que otrora fue el humedal El Burro, se ordenó que se adelantaran las acciones judiciales pertinentes para que estos terrenos volvieran a manos del Estado –cesación del daño en lo referente al patrimonio público–. Finalmente, ordenó al distrito informar a la comunidad para que supiera las acciones adelantadas por la CAR para recuperar y mantener el humedal –reparación simbólica–.

Como se observa, las tres reparaciones ordenadas no se excluyen entre sí. La acción interpuesta fue la popular, a través de la cual se determinó la ocurrencia de un daño ambiental puro en el humedal El Burro. Debido a que el mismo ya se había consolidado, no buscó la cesación del daño frente al ecosistema afectado, lo cual sí se hizo desde la perspectiva de la pérdida del bien de uso público, materializado en el terreno de la urbanización.

Esta sentencia, permite mostrar como una petición para el colectivo, constatándose la responsabilidad del Estado, permitió reparar el daño ambiental que afectó los derechos colectivos de la comunidad de Bogotá. Entonces, el derecho reparado fue colectivo, la indemnización favoreció a la comunidad y se materializó mediante tres formas de reparación: la in natura, la cesación del daño y la simbólica, todas a favor del colectivo sin posibilidad de apropiación individual ni siquiera por la entidad pública.

## Conclusiones

En suma, para el análisis del derecho al ambiente sano se requiere partir desde la perspectiva de los principios ambientales. Dos de ellos, tratados en este texto, son la solidaridad y la humildad. El primero, es el fundamento de los derechos colectivos y tiene una dimensión intra- e intergeneracional; ligada indefectiblemente a una noción de justicia. El segundo, se origina en la comprensión de que somos los seres humanos los dependientes de nuestro entorno y no al revés. Por lo mismo, se trata de una crítica al antropocentrismo radical y a la quimérica ilusión de que podemos sobrevivir independientemente de lo que nos rodea. Nuestra inseparable relación con la naturaleza debe partir del entendimiento de que el ambiente sano es un requisito sin el cual no podemos llegar a tener, o mantener, una vida digna. Si no logramos asir nuestro pensamiento a este principio de humildad y que este, a su vez, repercuta en la consecución y mantenimiento de un ambiente sano, no seremos más que otro pedazo en ese cementerio formado por las culturas desaparecidas que hoy enriquecen los museos.

Como derecho, el ambiente sano es dual, ya que es tanto derecho colectivo como derecho constitucional fundamental. Para determinar su objeto y debido a la deficiencia del legislador en definirlo, debe acudir a la doctrina, pues en este momento no

existe una norma legal que lo haga claramente y que permita acercarse con precisión a la noción de daño ambiental. Por lo anterior, partiendo del tratadista De Cupis, consideramos que al proteger el derecho lo que el daño vulnera, el objeto del ambiente sano es, en sentido estricto, la salvaguardia de todo aquello que el daño ambiental puro y daño ambiental consecutivo directo transgrede. Mientras que en sentido lato, incluye lo que el daño ambiental consecutivo indirecto conculque.

Esta distinción permite, a su vez, determinar qué acción de defensa judicial habrá de ser interpuesta, permite determinar qué tipo de indemnización habrá de ordenarse, así como qué sujeto (sujetos) podrá apropiarse de la reparación que devenga de la constatación de la responsabilidad civil cuando quiera que se afecte al ambiente sano o, por el contrario, si la misma no será apropiable por nadie en específico.

El derecho al ambiente sano, así como la inclusión de principios como el de precaución, ha acarreado una profunda transformación en el sistema jurídico colombiano y, específicamente, en la responsabilidad civil. Ahora, el riesgo es suficiente para que el juez constitucional intervenga y evite la trasgresión del mencionado derecho. Así mismo, el análisis del hecho dañino en materia ambiental requiere

comprender la posibilidad de responsabilidades compartidas, pues varias personas pueden intervenir y afectar el mencionado derecho. De igual modo, la responsabilidad objetiva y subjetiva hacen presencia al momento de estudiar la trasgresión del derecho al ambiente sano, pues existen actividades peligrosas que acarrearán el primer tipo de responsabilidad, mientras que hay impactos ambientales donde se necesita demostrar la culpa para decretar la responsabilidad.

Finalmente, el ordenamiento jurídico colombiano es pródigo en acciones que sirven para proteger el derecho al ambiente sano. En esta oportunidad, solo mencionamos dos —la acción de tutela y la acción popular—, ya que estas nos permiten analizar cómo, a través de tres cuestionamientos (qué se protege, a quién se protege y cómo se protege se puede determinar la medida judicial que habrá de utilizarse para desencadenar la defensa de este derecho ante los estrados judiciales.

# Barrancabermeja, agosto de 2009



Luis Ernesto Vargas Silva  
Magistrado Corte Constitucional

## El estado de Excepción

Del estado de sitio como acto político e instrumento de gobierno, al estado de excepción como acto jurídico del Estado Social de Derecho

### 1. Introducción

Cuando asumimos la magistratura en marzo pasado los nuevos integrantes de la Corte Constitucional de inmediato nos enfrentamos a una de las competencias más delicadas y exigentes, pero a su vez más estimulantes como objeto de estudio: el control constitucional de los Decretos 4333 y 4704 de 2008 (mediante los cuales el Gobierno Nacional había declarado el estado de emergencia social), así como de una decena de decretos legislativos expedidos por el Ejecutivo en desarrollo de esas facultades de excepción.

Del intenso estudio de la jurisprudencia producida por la Corte sobre la materia, la obligada remembranza de nuestra experiencia histórica sobre el uso de los instrumentos de excepción y las arduas discusiones de Sala, surgieron algunas reflexiones que me

motivaron a trabajar el tema para este encuentro. Esta intervención tiene dos propósitos: En primer lugar mostrar el proceso (político, normativo y jurisprudencial) que ha operado en el plano nacional e internacional, orientado a consolidar una teoría de los estados de excepción como actos jurídicos y, por ende, sometidos a las reglas del derecho. Y en segundo lugar, indagar si en el nivel de desarrollo teórico alcanzado se aprecia una clara distinción conceptual entre los diversos estados de excepción contemplados en la Constitución vigente, o si por el contrario perviven en la conciencia jurídica rezagos de la práctica que por décadas los aplicó de manera unificada bajo la desgastada figura del estado de sitio.

### 2. Breve reseña histórica

La consagración de los estados de excepción en situaciones de conmoción interior, guerra exterior y, especialmente, en situaciones de emergencia económica, social y ecológica, es el resultado de un proceso histórico iniciado hace más de 120 años. Este devenir se caracteriza por el uso recurrente de la figura por parte de la mayoría de los Presidentes de la República y su modificación en los textos constitucionales, cuya tendencia ha sido la de la regular cada vez con mayor detalle, el régimen de excepción.

#### 2.1. El estado de sitio como acto político e instrumento de gobierno (1886-1967)

Si bien, Constituciones anteriores a la de 1886 establecían potestades

extraordinarias en cabeza del Presidente, fue esta la que delineó las características principales del estado de sitio, en el recordado artículo 121. De acuerdo con el planteamiento inicial de la norma, el Presidente de la República podía declarar turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio o parte de él en dos situaciones: la conmoción interior y la guerra exterior. Para hacerlo únicamente requería la firma de todos los Ministros y la realización de una audiencia consultiva previa ante el Consejo de Estado. Como consecuencia, el Presidente era revestido, además de las atribuciones ordinarias, de las facultades del derecho de gentes<sup>1</sup>, de todas aquellas necesarias para reprimir el alzamiento y de otras facultades extraordinarias que el legislador podía conferir excepcionalmente al Presidente en materia de manejo de la deuda externa<sup>2</sup>.

La norma también contempló la intervención de las ramas legislativa y jurisdiccional del poder público. La primera debía examinar un informe sobre los motivos de las decisiones adoptadas durante el estado de sitio presentado por el Gobierno una vez finalizado el período de excepcionalidad. La segunda, en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, podía examinar la responsabilidad de las autoridades públicas durante el régimen excepcional por los abusos cometidos en el ejercicio de las facultades ex-

<sup>1</sup> Las facultades prescritas por el derecho de gentes están referidas a los tratados y convenciones internacionales ratificados por Colombia en materia de conflictos armados o de guerra. Teniendo en cuenta el contenido de los mismos, el derecho de gentes no incrementa los poderes del gobierno sino que los limita, pp. 14 y 15

<sup>2</sup> Art. 76 No. 12 Constitución 1886.

traordinarias. Para algunos esta participación no podía considerarse como un mecanismo de control a la amplia discrecionalidad del Ejecutivo, quien en cualquier caso podía apreciar libremente la gravedad de los hechos que daban lugar a la declaratoria del estado de sitio, así como las medidas útiles para superarlo<sup>3</sup>.

El Acto Legislativo 03 de 1910 introdujo significativas reformas a la institución: (i) estableció limitaciones a las facultades excepcionales del Presidente, puesto que le prohibió derogar las leyes existentes y solo lo autorizó para suspender la ejecución de las que fueran incompatibles con el estado de sitio; (ii) reformuló la participación del Congreso, en tanto ordenó al Presidente convocarlo en el acto de declaratoria de guerra exterior para que se reuniera en los 60 días siguientes y, si el Presidente no lo hacía, le permitía reunirse por derecho propio; (iii) amplió las facultades de control de la Corte Suprema de Justicia, quien a partir de ese momento quedaba habilitada para examinar la responsabilidad del gobierno por la declaratoria del estado de sitio sin que ocurriera una situación excepcional; (iv) eliminó la amplísima facultad del Presidente de tomar cualquier tipo de medidas para reprimir los alzamientos; (v) eliminó la audiencia previa que debía surtirse ante el Consejo de Estado<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Ver Reales, Clara Elena. El control de los decretos declarativos de los estados de excepción. En Cepeda, Manuel José; Montealegre, Eduardo y Julio, Alexei. Teoría Constitucional y Políticas Públicas. Bases críticas para una discusión. Bogotá: U. Externado de Colombia, 2007. p. 619; Iturralde, Manuel A. Estado de derecho vs. Estado de emergencia: los estados de excepción y la construcción de la temporalidad del derecho en Colombia. En Hacia un nuevo derecho constitucional. Bogotá: Universidad de los Andes, 2005.

<sup>4</sup> Dicha competencia fue restituida al Consejo en el Acto Reformatorio de la Constitución de 10 de septiembre de 1914.

En 1960 se expidió el Acto Legislativo No. 1, que estableció que el Parlamento debía sesionar de manera permanente mientras estuviera vigente el estado de sitio, cualquiera fuera el tipo de evento que diera lugar a él, y contempló la posibilidad de que las Cámaras del Congreso intervinieran ante la Corte Suprema de Justicia para demandar los decretos legislativos expedidos en el estado de sitio. Esta demanda debía ser decidida por la Corte dentro de los seis días siguientes, o de lo contrario, debía entenderse que esta lo declaraba inconstitucional.

Pese a estas restricciones iniciales, ya en los años 60 se consideraba que el estado de sitio era empleado de manera crónica e inconveniente. Así, desde el primer Presidente del Frente Nacional, Alberto Lleras Camargo, se declaró el estado de sitio en cinco ocasiones para frenar las manifestaciones generadas como reducto de la violencia<sup>5</sup>. Posteriormente, Guillermo León Valencia declaró en varias oportunidades<sup>6</sup> el estado de sitio que no sería levantado sino hasta dos años después de la entrada en el poder de Carlos Lleras Restrepo. En cuanto a su uso, varios autores coinciden en afirmar que el móvil principal de estas declaratorias era la contención de las manifestaciones ciudadanas,

<sup>5</sup> Los estados de sitio declarados en agosto 7 de 1958, diciembre 3 de 1958 y octubre 11 de 1961 abarcaron todo el territorio nacional. Por otra parte, el estado de sitio iniciado en agosto 27 de 1958 y nuevamente declarado el 12 de enero de 1959 solo cobijó a los departamentos de Caldas, Cauca, Huila, Tolima y Valle; y el estado de sitio decretado el 8 de octubre de 1960 abarcó los anteriores municipios y 13 municipios más de Santander.

<sup>6</sup> El presidente Guillermo León Valencia Muñoz inició su periodo presidencial en vigencia del estado de sitio decretado el primero de enero de 1962. Luego de su levantamiento el 23 de mayo de 1963, el presidente declaró el estado de excepción en mayo 23 de 1963 y en mayo 21 de 1965.

obreras y estudiantiles<sup>7</sup>. Sin embargo, el instrumento fue usado también con otros propósitos. Aunque el estado de sitio proclamado en 1965 fue motivado por una manifestación estudiantil que tuvo lugar en Medellín en rechazo de la invasión de Estados Unidos a Santo Domingo, fue aprovechada por el gobierno para expedir más de 29 decretos con un contenido netamente económico<sup>8</sup>.

Jurídicamente esto fue posible gracias a la concepción —avalada por la Corte Suprema de Justicia—, de que la conmoción interior podía ser declarada para restablecer tanto el orden público político como el orden público económico.

## 2.2. El estado de sitio y la emergencia económica o social como actos políticos reglados y sujetos a control (1968-1990)

La proliferación de decretos legislativos para intentar contener la crisis económica, la refrendación posterior de la mayoría de ellos como leyes,<sup>9</sup> y el uso

<sup>7</sup> Ver, al respecto Sousa Santos de, Boaventura; García Villegas, Mauricio. El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis sociojurídico. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2001. v.1; Gallón Giraldo, Gustavo. Quince años de Estado de Sitio en Colombia. Bogotá: Guadalupe Ltda., 1979.

<sup>8</sup> Se trató de un paquete de decretos que hacían parte de lo que se conoció como el "Plan Vallejo" mediante el cual el Presidente expidió normas que abarcaron el sistema de cambio de divisas, los empréstitos internos, la importación de automóviles, etc. (Cfr. Gallón op. cit. p. 55; Rodríguez Sánchez, Adolfo León. Antecedentes históricos y aplicaciones de la emergencia económica y social. Programa Centenario de la Constitución. Beca José M. Samper. Cali: 1983. p. 18).

<sup>9</sup> Esto se hizo mediante la Ley 48 de 1968, como condición del Presidente para Lleras Restrepo para sacar al país de la anomalía constitucional.

incontrolado de los estados de excepción en protestas menores, generaron un profundo malestar en la sociedad. A la vez, la búsqueda de recuperación de la economía y su apertura al exterior exigían la adaptación de las instituciones al principio de la intervención del Estado en la economía. Por estas razones, luego de varios intentos fallidos de regulación, con el Acto Legislativo 01 de 1968 se creó el estado de emergencia económica y social y se implementaron mecanismos para fortalecer el control jurisdiccional, mediante la revisión automática de constitucionalidad de los decretos declaratorios y de desarrollo de los estados de excepción. Esta reforma se constituiría en el primer gran intento por delimitar y sujetar los estados de excepción a las reglas del derecho.

Tal como lo estatuyó el Acto Legislativo, el estado de emergencia económica y social fue concebido como una figura que amplía excepcionalmente las facultades del Presidente en caso de que hechos distintos a la conmoción interior generaran (i) afectación o amenaza grave e inminente del orden económico o social, como ocurre con la elevación excesiva del costo de vida y del desempleo, el déficit fiscal y el desequilibrio de la balanza de pagos<sup>10</sup> o (ii) calamidad pública consistente en una epidemia, inundación, terremoto, entre otros<sup>11</sup>. Dado que se refiere a hechos con una naturaleza distinta, este estado de excepción difiere en algunos aspectos de la regulación del estado de sitio. En cuanto a las facultades del Presidente en estos estados, estableció la norma de que el Gobierno tenía la potestad de dictar decretos con fuerza de ley y modificar las leyes sobre planes o programas. Esta posibilidad quedó restringida al decreto de medidas “destinadas exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos” en aquellas “materias que tengan relación directa y específica con la situación que deter-

mine el estado de emergencia”. Otra restricción señalada en la ley era la relacionada con la prohibición de disminuir los derechos sociales de los trabajadores. En el mismo sentido, la norma indicaba que el Congreso podía en todo tiempo, y a iniciativa propia, derogar o modificar las materias contenidas en los decretos legislativos. Pero, contrario a lo dictado para el estado de sitio, los decretos emitidos en el estado de emergencia tendrían una vigencia permanente.

En materia del control constitucional, la reforma ordenó al Gobierno enviar a la Corte Suprema de Justicia, al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos dictados en uso de las facultades tanto del estado de sitio como del estado de emergencia económica o social. Este avance, sin embargo, es visto con reserva dado que la reforma de 1968 no estableció de manera expresa los requisitos materiales que justificaban la declaratoria del estado de sitio ni habilitó a la Corte Suprema de Justicia para que lo hiciera<sup>12</sup>. Así, el Presidente continuaba manteniendo la posibilidad de valorar a su arbitrio la gravedad de los hechos que servirían de motivación de la declaratoria del estado de excepción. En la misma dirección, la Corte Suprema sostenía que la valoración de los hechos generadores del estado de excepción constituía un acto político y que, por lo tanto, no podían ser objeto de control jurisdiccional. En cuanto a los decretos de desarrollo, la Corte Suprema consideró que debía examinar, además de los aspectos formales, la relación de conexidad con los hechos que dieron lugar a la declaratoria y su vocación de transitoriedad. Esta última forma de control abrió posteriormente el campo para “el control indirecto sobre las causas de la declaratoria del estado de sitio”<sup>13</sup>.

La nueva regulación no representó sin embargo, ningún avance en cuanto a

la frecuencia y duración de los estados de excepción<sup>14</sup>, como tampoco en relación con el uso exorbitante que se continuó dando al estado de sitio. Dentro de este contexto cabe resaltar la expedición, en el gobierno de Turbay Ayala (1978-1982) del Decreto 1928 de 1978, denominado “Estatuto de Seguridad”<sup>15</sup>. Este instrumento creó un número considerable de infracciones, penas, competencias judiciales para las fuerzas armadas y permitió el uso del derecho de retención propio

<sup>14</sup> Si bien durante el período presidencial de Carlos Lleras Restrepo disminuyó notoriamente el tiempo de duración de las declaratorias de los estados de excepción, iniciados los levantamientos populares a raíz de los resultados poco confiables de las elecciones de 1970 que señalaron a Misael Pastrana como vencedor oficial, 15 días después de que el general Rojas Pinilla apareciera como virtual ganador, se declaró de nuevo un estado de sitio que permaneció por más de tres meses. Luego de ello, inició el mandato de Alfonso López Michelsen, quien declaró en tres ocasiones el estado de excepción. Dos de ellas, ocurridas en junio 26 de 1975 y octubre 7 de 1976, tuvieron origen en manifestaciones ciudadanas y su manejo consistió principalmente en el otorgamiento de facultades judiciales a las fuerzas militares, mediante los Consejos de Guerra, el aumento de la lista de delitos y sanciones bajo la competencia de estos cuerpos, la autorización de allanamientos a cualquier hora del día y la represión de los “actos subversivos”. Todos los autores coinciden en que el momento más crítico en la aplicación de estas medidas restrictivas tuvo lugar en la actividad policial desplegada frente al paro nacional del 14 de septiembre de 1977 (Ver De Sousa, Boaventura y García V., Mauricio, op. cit., p. 322).

<sup>15</sup> En 1978, al asumir Turbay Ayala, su gobierno no tuvo que declarar el estado de sitio debido que al inicio de su Gobierno no se produjo, como era usual, el levantamiento de la excepción. Sólo un mes antes de la culminación de su mandato levantó el estado de excepción y entregó el poder en situación de normalidad (ver *ibidem*).

<sup>10</sup> Ejemplos citados en Rodríguez Sánchez, op. cit., p. 29.

<sup>11</sup> Ejemplos citados en Rodríguez Sánchez, op. cit., p. 23.

<sup>12</sup> Ver, Reales, Clara Elena, op. cit., p. 625.

<sup>13</sup> *Ídem*, p. 626.

del estado de sitio, dejando un saldo de unas 8.000 personas sometidas a la justicia penal militar<sup>16</sup>.

En cuanto al estado de emergencia económica o social, su primera declaratoria se reprodujo en junio 12 de 1975. Se argumentó que las facultades excepcionales eran necesarias para enfrentar la situación de alto déficit presupuestal; la necesidad de luchar contra la inflación; la tragedia de Quebrada Blanca; la urgencia de realizar una reforma tributaria; la presión social encaminada a conseguir el aumento del salario mínimo y el desbalance de precios de los artículos de primera necesidad<sup>17</sup>.

La segunda declaratoria de emergencia se produjo en octubre de 1982 por 24 horas, bajo el gobierno del Presidente Betancourt,<sup>18</sup> motivada esta vez por la iliquidez absoluta de algunas instituciones financieras y el manejo irregular de los fondos confiados por los ahorradores. En desarrollo de las facultades concedidas, se expidió el decreto de desarrollo 2920 de 1982 “por el cual se dictan normas para asegurar la confianza del público en el sector financiero”. Mediante este decreto, el ejecutivo dictó normas sobre nacionalización de bancos, creó prohibiciones para las instituciones financieras y estableció un sistema de “protección penal de la confianza en

el sistema financiero”. Esta protección consistió en la tipificación de dos delitos con pena de prisión –la destinación indebida de dineros captados del público por los administradores y directivos de las instituciones financieras<sup>19</sup> y la captación ilegal de dinero<sup>20</sup>–, la asignación de competencias judiciales para la judicialización de dichos delitos, y el aumento de las sanciones pecuniarias impuestas por la Superintendencia Bancaria.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de diciembre 2 de 1982, declaró ajustadas estas disposiciones a la Constitución, expresando que

“...el Gobierno, en uso de las facultades propias del estado de sitio puede obrar de tal manera y modificar por lo tanto concretamente los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, lo cual desde luego y supuestos el origen y la evolución del estado de emergencia económica, en relación con el estado de sitio (...), viene a ser rigurosamente aplicable también a la primera situación de crisis mencionada”<sup>21</sup>.

Y añadió que lo anterior

“tiene como estribo constitucional la naturaleza y amplitud de las facultades del Gobierno en las mentadas situaciones de crisis, así como también

las finalidades perseguidas con las medidas correspondientes, y sin desconocer por lo tanto que en el estado de sitio aquellas tienen una vocación de transitoriedad, al paso que en el estado de emergencia económica la tiene de permanencia, por voluntad expresa del constituyente”<sup>22</sup>.

Por último, se declaró de nuevo la emergencia económica en diciembre 23 del mismo año con el fin de conjurar los efectos de una crisis económica que tenía como causa el déficit fiscal y la necesidad de una reforma tributaria. La mayoría de los Decretos expedidos en virtud de esta declaratoria fueron declarados inexecutable por violar la competencia exclusiva del Congreso de imponer contribuciones y por ser incompatibles con otros artículos de la Carta<sup>23</sup>.

## 2.3. El estado de excepción como acto jurídico en el Estado Social de Derecho

### 2.3.1. Los debates en la Asamblea Nacional Constituyente

Sin olvidar que fue un estado de sitio el que favoreció la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, esta figura constituyó uno de los temas cuya reforma fue identificada como prioritaria por los constituyentes<sup>24</sup>. Durante los debates de la Asamblea Nacional se hizo énfasis en que la figura enfrentaba una situación de desgaste que hacía ineficaz su declaratoria y que se había convertido en un obstáculo para la consolidación

<sup>16</sup> Citado por De Sousa, Boaventura y García V, Mauricio, op. cit. p. 323..

<sup>17</sup> A juicio de tres magistrados del Consejo de Estado que manifestaron su desacuerdo con la declaratoria del estado de emergencia económica, estos hechos no eran imprevisibles sino provenientes de defectos estructurales y por ello debían ser manejados por los medios ordinarios. (Cfr. Rodríguez Sánchez, op. cit., p. 42 y Ministerio de Justicia, op. cit.).

<sup>18</sup> Adicionalmente el estado de sitio fue declarado por Betancur en diciembre 23 de 1982, marzo 14 de 1984 y mayo 1 de 1984, esta vez como consecuencia del asesinato del Ministro de Justicia Rodrigo Lara Bonilla. Dichas declaratorias estuvieron motivadas principalmente en la lucha contra el narcotráfico.

<sup>19</sup> Decreto 2920 de 1982 artículo 18. “Los directores, administradores, representantes legales y funcionarios de las instituciones financieras que, utilizando fondos captados del público, los destinen sin autorización legal a operaciones dirigidas a adquirir el control de entidades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, o de otras sociedades, incurrirá en prisión de 2 a 6 años.

<sup>20</sup> Decreto 2920 de 1982, artículo 20. “Quien capte dineros del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de 2 a 6 años”.

<sup>21</sup> CSJ. Sala Plena. Sentencia 85. Dic 2/1982. M. P. Ricardo Medina Moyano.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> Cfr. Rodríguez Sánchez, op. cit., p. 56.

<sup>24</sup> El título de una de las ponencias iniciales del constituyente José M. Ortiz Sarmiento en la materia es dicente al respecto: “Se trata de sacar la Constitución de su actual condición de letra muerta Gaceta No. 16. 5 de marzo de 1991. p. 24 y ss.

de la paz<sup>25</sup>. Los debates permitieron a los constituyentes llegar a conclusiones claras respecto del tema. (i) En primer lugar, se admitió que los estados de excepción son una expresión del Estado de Derecho<sup>26</sup>. (ii) Que se establecen mediante actos jurídicos y que, por ende, están sujetos a los controles propios del sistema de pesos y contrapesos, a las limitaciones impuestas por la protección de los derechos ciudadanos, y a la Constitución. (iii) Adicionalmente, se llegó a un consenso sobre la necesidad de abandonar la expresión “estado de sitio”, que recordaba las facultades marciales de los presidentes y que no se ajustaba a los nuevos dictados del derecho internacional<sup>27</sup>. (iv) Se acordó también prohibir al máximo la restricción de las garantías judiciales durante cualquier estado de excepción y sujetar su aplicación a la garantía de los derechos constitucionales. (v) En último término, en materia de emergencia económica y social se estableció la importancia de añadir la preservación del equilibrio ecológico como una de sus motivaciones<sup>28</sup>.

Con esta claridad, los constituyentes rechazaron expresamente la propuesta del gobierno que consistía en volver a fundir los conceptos de orden público económico y político, creando un solo estado de excepción que tuviera diferentes niveles de gravedad y, consecuentemente, diversa amplitud de las facultades presidenciales, a la manera de algunos sistemas foráneos<sup>29</sup>. Así,

<sup>25</sup> Al respecto, ver los Antecedentes del Artículo 213. Asamblea Nacional Constituyente. 1991.

<sup>26</sup> Ver, Gaceta No. 76. Asamblea Nacional Constituyente.

<sup>27</sup> Antecedentes art. 213.

<sup>28</sup> Cfr. Informe ponencia: Estado de Emergencia Económica, Ecológica y Social. Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta 55. 19 abril 1991.

<sup>29</sup> En el sistema español, por ejemplo, el “estado de excepción o de conmoción interior” es una medida más grave que la del “estado de alarma”, como tal origina una intervención de mayor intensidad para enfrentar su-

aparte de la guerra exterior, el mayor nivel de discrecionalidad se concedería solo en los eventos más graves de conmoción interior y se crearía un “estado de alarma” política o económica que habilitara al Presidente en solo algunas materias<sup>30</sup>.

## La regulación diferenciada en la Constitución y la ley estatutaria

Como resultado de lo anterior, la Constitución de 1991 reguló los estados de excepción en sus artículos 212 al 215, señalando diferentes regímenes de acuerdo a si su motivación era la conmoción interior, la guerra exterior o la emergencia económica, social y ecológica. Introdujo mayores requisitos formales para la declaratoria, prórroga y levantamiento de los estados de excepción, limitando temporalmente el estado de emergencia

cesos que ponen en riesgo la estabilidad institucional y la seguridad del Estado. El estado de alarma, figura análoga a la emergencia, se encuentra regulado normativamente en el cap. II de la LO 4 de 1981 (Arts. 4 a 12). Está concebido para situaciones que entrañen una grave alteración de la normalidad, las cuales según el propio texto constitucional deben provenir de cuatro (4) circunstancias: a) catástrofes, calamidades o desgracias públicas tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud; b) crisis sanitarias tales como epidemias y situaciones de calamidad graves; c) paralización de servicios públicos esenciales; d) situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad. Estos cuatro supuestos que originan el estado excepcional de alarma son taxativos. (Cfr. Cruz Villazón, Pedro. Estados excepcionales y suspensión de garantías. Madrid: Ed. Tecnos, 1984, Pag. 51).

<sup>30</sup> Cfr. Informe ponencia para primer debate en plenaria. Estados de excepción. Gaceta 76.

a 90 días máximo al año; fortaleció el control político adicionando al Congreso competencias en materia de determinación de la prórroga o el mantenimiento del estado de excepción; y facultó a la Corte Constitucional para ejercer un análisis material y formal tanto de los decretos declaratorios como de los de desarrollo, que no recae sobre aspectos de conveniencia y oportunidad, sino sobre los elementos consagrados en la Constitución y, posteriormente, en la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, Ley 137 de 1994. Esta ley estableció de manera expresa la independencia y compatibilidad de los estados de excepción, lo que determina el carácter separado y autónomo de su declaratoria y de las medidas que se adoptan en cada uno de ellos. El reconocimiento de que se orientan a regular sucesos de muy distinta naturaleza conduce, incluso, a la posibilidad de que se puedan declarar simultáneamente si las circunstancias así lo exigen<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> El artículo 17 de la Ley 137 de 1994 establece: “Independencia y compatibilidad. Los estados de excepción por guerra exterior, conmoción interior y emergencia económica, social y ecológica son independientes. Su declaratoria y las medidas que en virtud de ellos se adopten, deberán adoptarse separadamente. Esta independencia no impide el que puedan declararse simultáneamente”.

En el siguiente cuadro se muestran las características, atribuciones y alcances de cada uno de los estados de excepción regulados en el régimen constitucional y legal vigente. No se incluye el sistema de controles, ni los principios comunes que los rigen, materias que serán objeto de desarrollos posteriores:

	GUERRA EXTERIOR	CONMOCIÓN INTERIOR	EMERGENCIA ECONÓMICA
<b>Ámbito de protección</b>	La soberanía nacional, la integridad territorial; las relaciones internacionales.	El orden público: estabilidad institucional, seguridad del Estado, la convivencia ciudadana.	El orden económico, social y ecológico.
<b>Autorizaciones para la declaratoria</b>	Autorización previa del Senado, salvo que sea necesario repeler una agresión externa. Decreto con la firma de todos los ministros.	Decreto con la firma de todos los ministros. La última prórroga requiere concepto favorable del Senado.	Decreto con la firma de todos los ministros.
<b>Límite temporal</b>	No se prevé.	Hasta por 90 días, prorrogable por dos períodos más.	Por períodos hasta de treinta (30) días cada uno, que sumados no podrán exceder de noventa (90) días calendario al año. No se prevén prórrogas.
<b>Efectos de los decretos de desarrollo</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Suspenden las leyes incompatibles con el estado de guerra.</li> <li>- Dejan de regir tan pronto se declare restablecida la normalidad.</li> <li>- El Congreso podrá, en cualquier tiempo, reformarlos o derogarlos con el voto favorable de las 2/3 de sus miembros.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Suspenden leyes incompatibles</li> <li>- Dejan de regir tan pronto se declare restablecido el orden público.</li> </ul>	<p>Vigencia permanente. No se establece un límite de vigencia, salvo para aquellos que establecen o modifican tributos, que dejan de regir al término de la siguiente vigencia fiscal.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- El Congreso podrá reformar, derogar o condicionar los decretos legislativos de desarrollo, durante el año siguiente al declaratoria, si corresponden a materia de iniciativa gubernamental y en cualquier tiempo, si son estas de iniciativa del Congreso.</li> </ul>

	GUERRA EXTERIOR	CONMOCIÓN INTERIOR	EMERGENCIA ECONÓMICA
<b>Facultades específicas<sup>32</sup></b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Expropiación y ocupación de bienes, sin indemnización previa.</li> <li>- Establecer restricciones a la prensa.</li> <li>- Suspender temporalmente los servicios de telecomunicaciones.</li> <li>- Restringir la circulación o residencia de personas en determinadas áreas.</li> <li>- Ordenar la movilización nacional para atender las necesidades de la guerra</li> <li>- Modificar las normas que regulan el servicio militar obligatorio.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Restringir el derecho de circulación y residencia</li> <li>- Imponer toque de queda en entes territoriales.</li> <li>- Exigir reporte sobre desplazamiento de determinadas personas</li> <li>- Uso temporal de bienes e imposición de prestación de servicios técnicos y temporales</li> <li>- Restricción a los medios de comunicación</li> <li>- Suspensión temporal de servicios de radiocomunicación</li> <li>- Restricción de reuniones o manifestaciones públicas</li> <li>- La aprehensión preventiva de personas, interceptación, registro de comunicaciones y de domicilio (con orden judicial).</li> <li>- Limitar o racionalizar uso de servicios y consumos de artículos (abastecimiento).</li> <li>- Limitar determinados derechos civiles a extranjeros.</li> <li>- Suspender y reemplazar temporalmente a alcaldes y gobernadores.</li> <li>- Imponer contribuciones fiscales y para-fiscales</li> <li>- Modificar el presupuesto</li> <li>- Suspender salvoconductos para el porte de armas y carros blindados.</li> <li>- Ejercer el poder punitivo (tipificar delitos, aumentar y reducir penas, modificar normas de procedimiento y policivas, cambio de radicación de procesos).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Establecer nuevos tributos</li> <li>- Modificar los tributos existentes.</li> </ul>
<b>Prohibiciones expresas</b>	<p>Generales: Suspender los derechos humanos y las libertades públicas; interrumpir el normal funcionamiento de las rama y órganos del poder público; suprimir o modificar los organismos o funciones básicas de acusación y juzgamiento.</p>	<p>Generales: Suspender los derechos humanos y las libertades públicas; interrumpir el normal funcionamiento de las rama y órganos del poder público; suprimir o modificar los organismos o funciones básicas de acusación y juzgamiento.</p> <p>Específicas: El juzgamiento de civiles por tribunales militares; ordenar el desarraigo o el exilio; imponer trabajos forzados; establecer juntas de censores previos; restringir el derecho de huelga en servicios públicos no esenciales.</p>	<p>Generales: Suspender los derechos humanos y las libertades públicas; interrumpir el normal funcionamiento de las rama y órganos del poder público; suprimir o modificar los organismos o funciones básicas de acusación y juzgamiento.</p> <p>Específicas: Desmejorar los derechos sociales de los trabajadores.</p>

<sup>32</sup> Durante todos los estados de excepción el gobierno está facultado para dictar decretos con fuerza de ley estrictamente orientados a conjurar las causas que originaron su declaratoria y a impedir la extensión de sus efectos, en el caso de la emergencia.

La panorámica global que ofrece el anterior cuadro ratifica el propósito inequívoco del Constituyente y del legislador estatutario, de regular tres situaciones excepcionales diversas, que poseen sus propias particularidades y que demandan poderes y facultades acordes con su naturaleza y su capacidad de afectación de diversos ámbitos de la institucionalidad. Esas diferencias se identifican de manera particular en el ámbito de protección específico que se prevé para cada uno de ellos; en los límites temporales diferenciados para cada uno de los supuestos; en las reglas de vigencia y el poder de suspensión de la normatividad ordinaria; y particularmente en que se prevén facultades específicas (taxativas) para cada uno de esos eventos, así como prohibiciones expresas que atienden la naturaleza fáctica de los sucesos que conducen al estado de anormalidad.

### 2.3.2. Los aportes de la normatividad y la jurisprudencia internacionales a la concepción de los estados de excepción como actos jurídicos

Antes de la década de los 70, imperaba la tesis según la cual un país que declaraba el estado de excepción dejaba de estar sometido a la supervisión internacional, puesto que el propósito de la superación de la crisis concedía al Gobierno la posibilidad de recurrir a todos los instrumentos disponibles con un número mínimo de restricciones. Pero el incremento inusitado de la excepcionalidad constitucional a lo largo del mundo y las arbitrariedades cometidas motivaron a la comunidad internacional a centrar su preocupación en este tema y a precisar los estándares de protección de los derechos humanos durante los regímenes de excepción. Principalmente, el sistema internacional de protección de los derechos humanos se ha ocupado de establecer (i) qué

debe entenderse por estado de excepción, (ii) cuáles son los principios que rigen este tipo de regímenes, y (iii) si es posible limitar y/o suspender los derechos humanos durante su vigencia. A continuación se abordará cada uno de estos interrogantes.

En cuanto a la primera cuestión ha precisado la doctrina internacional que el estado de excepción es una institución del Estado de Derecho que permite a los gobiernos conjurar situaciones de crisis, a través de la adopción de medidas que pueden implicar restricciones al ejercicio de los derechos humanos, las cuales superan aquellas regularmente autorizadas en situaciones de normalidad<sup>33</sup>. Esta restricción legal se presenta en la emergencia como el único medio para garantizar el goce efectivo de los derechos más elementales<sup>34</sup>.

De manera particular, el artículo 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>35</sup>, el artículo 27 de la Conven-

ción Americana de Derechos Humanos<sup>36</sup>, y el artículo 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos, consagran la posibilidad de suspender algunas de las obligaciones contraídas en los instrumentos cuando el Estado declara el estado de excepción.

De conformidad con el artículo 4° del PIDCP se ha entendido que el estado de excepción puede declararse en situaciones excepcionales de crisis o emergencia que se caracterizan porque ponen en peligro la vida de la nación. Esto es porque configuran una amenaza actual o al menos inminente para el conjunto de la comunidad o, en palabras de la Convención Europea de Derechos Humanos, porque

patibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social (...)."

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión".

<sup>36</sup> Aprobada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972 y ratificado el 31 de julio de 1973. La Convención entró en vigencia el 18 de julio de 1978, de acuerdo con el artículo 74.2 de la Convención. El artículo 27 de la CADH establece la posibilidad de suspender algunas de las obligaciones internacionales de los Estados parte cuando se presenten circunstancias que amenacen la independencia y soberanía del Estado. Esta cláusula, sin embargo, establece fuertes restricciones de carácter formal y material a la declaratoria y prohíbe la afectación al goce de algunos de los derechos establecidos en la Convención.

<sup>33</sup> El término estado de excepción es asimilable en el ámbito internacional a otras expresiones tales como "estado de emergencia", "estado de sitio", "estado de urgencia", "estado de alarma", "estado de prevención", "estadote de guerra interna", "suspensión de garantías", "ley marcial", "poderes de crisis", "poderes especiales", "toque de queda", etc. Despouy No. 20

<sup>34</sup> Naciones Unidas. Informe del Relator Especial Leandro Despouy sobre los derechos humanos y los estados de excepción. E/CN.4/Sub.2/1997/19. No. 42

<sup>35</sup> Aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968 y ratificado el 29 de octubre de 1969. El Pacto entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Artículo 4°. "1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incom-

constituyen un peligro público<sup>37</sup>. En este sentido, el concepto incluye las catástrofes naturales o ambientales, siempre que asuman la proporción de gravedad exigida en el artículo 4 del Pacto. El Relator sobre los derechos humanos y los estados de excepción, Leandro Despouy, ha subrayado el hecho de que, en la actualidad, los conflictos interétnicos y los generados por la pobreza pueden configurar situaciones que ameriten la declaratoria de un estado de excepción<sup>38</sup>.

El Comité de Derechos Humanos ha especificado que un conflicto armado no constituye una situación que en sí misma autorice la inaplicación de las garantías del Pacto, puesto que tal evento se encuentra previsto a nivel normativo en el derecho internacional humanitario. Por tanto, solo será excepcional el conflicto, sea o no internacional, que amenace la vida de la nación<sup>39</sup>. Al respecto, el mismo Comité expresaba su preocupación frente a Colombia pues, de acuerdo con los informes recibidos para el examen periódico realizado en 1997, Colombia declaraba estados de excepción de manera frecuente y en situaciones que “rara vez” se ajustaban a las exigencias del Pacto<sup>40</sup>.

En segundo lugar, dada la naturaleza de acto jurídico del estado de excepción debe someterse a los requisitos específicos exigidos por las normas de orden nacional e internacional. Solo será legítimo el estado de excepción que se ajusta a ellas. En el orden internacional, esta re-

gulación se ha concretado en ocho principios que operan a la manera de garantías jurídicas para preservar la vigencia de los derechos humanos en circunstancias excepcionales<sup>41</sup>. Se trata de los principios de *legalidad*<sup>42</sup>; *proclamación*<sup>43</sup>; *notificación*<sup>44</sup>; *temporalidad*<sup>45</sup>; *amenaza excepcional*<sup>46</sup>;

*proporcionalidad*<sup>47</sup>; *no discriminación*<sup>48</sup>; y *principios de no compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas del derecho internacional*<sup>49</sup>.

<sup>41</sup> Op. cit. 2 No. 45 y ss.

<sup>42</sup> El estado de excepción solo puede declararse conforme a las leyes pre-existentes que lo regulen, las cuales deben incluir mecanismos de control tanto internos como internacionales.

<sup>43</sup> El estado de excepción debe ser declarado público oficialmente en el Estado, de manera que la población afectada tenga conocimiento del régimen excepcional, sus motivaciones y del alcance de las medidas que se adoptarán.

<sup>44</sup> El Estado debe notificar la decisión de declarar el estado de excepción a las otras Partes y/o al conjunto de los Estados Miembros de las Naciones Unidas, según corresponda, de modo que la comunidad internacional conozca la imposibilidad que tiene aquel para cumplir transitoriamente ciertas obligaciones estipuladas en los tratados que lo vinculan (Art. 4.3 del PIDCP).

<sup>45</sup> El estado de excepción solo puede permanecer por el tiempo estrictamente necesario de acuerdo con las exigencias de la situación. En el cumplimiento de este principio cobran gran importancia las normas que limitan temporalmente la aplicación del estado de excepción, los mecanismos de control para su prórroga, y la notificación internacional que debe incluir la fecha en que terminará la suspensión de las garantías contempladas en un convenio o pacto. Por supuesto, es indispensable que una vez se proclame el levantamiento del estado de excepción, cese la adopción de medidas restrictivas de los derechos humanos (Art. 27 Convención Americana. Ver al respecto Observación General No. 5 Comité de Derechos Humanos).

<sup>46</sup> Las circunstancias que dan lugar a la declaratoria del estado de excepción deben reunir ciertas características evaluables objetivamente. Por una parte, el peligro que entraña la situación debe ser actual o por lo

menos inminente y no puede estar basada en conceptos especulativos y abstractos tales como la “seguridad nacional” o la “subversión latente”. Por otra parte, sus efectos deben involucrar a toda la nación, aun cuando el estado de sitio debe aplicarse en forma limitada al ámbito territorial donde exista la perturbación del orden. Además, debe verificarse que las medidas ordinarias permitidas por los instrumentos internacionales para mantener la seguridad pública, la salud o el orden público resulten manifiestamente insuficientes.

<sup>47</sup> Este principio exige que las medidas que se adopten sean las estrictamente necesarias y respondan adecuadamente a la gravedad de la crisis. Para el Comité de Derechos Humanos, la verificación de este principio no puede hacerse de manera global, sino que deberá realizarse medida por medida, puesto que el solo hecho de que la suspensión de los derechos humanos sea admisible no implica que las medidas concretas adoptadas como consecuencia de la suspensión sean necesarias. (Observación General No. 29 Comité de Derechos Humanos. Consideración No. 4).

<sup>48</sup> Las restricciones impuestas con ocasión de un estado de excepción no pueden estar basadas en consideraciones discriminatorias y no pueden generar efectos de este tipo.

<sup>49</sup> De acuerdo con este principio, debe darse una aplicación concordante y complementaria al conjunto de obligaciones asumidas por un Estado en el orden internacional en materia de protección de derechos humanos bajo un estado de excepción. De este modo, solo es posible suspender las obligaciones de un pacto o convenio cuando esto no sea incompatible con las demás obligaciones, tanto del derecho internacional consuetudinario como del derecho contenido en los tratados internacionales. Adicionalmente, ninguna de las medidas adoptadas puede tener como fin o como resultado la destrucción de alguna de las mencionadas obligaciones.

<sup>37</sup> En sentido similar Tribunal Europeo de Derecho Humanos. Caso Lawless. 1 de julio de 1961. Consideración No. 28.

<sup>38</sup> Ver Despouy, Leandro. Derechos Humanos y Estados de Excepción. Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

<sup>39</sup> Observación General No. 29 Comité de Derechos Humanos. Consideración No. 3

<sup>40</sup> Ver Informe del Comité de Derechos Humanos. Examen del cuarto informe periódico de Colombia. CCPR/C/79/Add.67, parr. 23 y 25.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CortelDH), por su parte, ha destacado dos aspectos de particular relevancia para este estudio. En primer término ha subrayado que la aplicación del artículo 27 de la CADH no suspende el estado de derecho. A su juicio: “...algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno está investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada”<sup>50</sup>.

Además, destacó que las medidas restrictivas de las garantías deben ser objeto de un análisis diferenciado a partir de las situaciones que les dieron origen: “Habida cuenta de que el artículo 27.1 contempla distintas situaciones y dado, además, que las medidas que se adopten en cualquiera de estas emergencias deben ser ajustadas a las exigencias de la situación, resulta claro que lo permisible en una de ellas podría no serlo en otras. La juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales a que se refiere el artículo 27.1 dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad, y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella”<sup>51</sup>.

En conclusión, para la Corte IDH la protección de los derechos humanos en los estados de excepción requiere de un estado de emergencia reglado, en el que no se suspenda el ejercicio de los órganos democráticos. Es decir, un estado de derecho de emergencia y no la suspensión del estado de derecho.

Finalmente, la defensa del orden de la comunidad, que justifica la declaratoria del estado de excepción, autoriza al gobierno para restringir los dere-

chos humanos protegidos tanto en el ámbito interno como en el internacional. Esta limitación debe respetar los principios enunciados anteriormente y tomar en cuenta que su objetivo principal es “el restablecimiento de un estado de normalidad, en que se pueda asegurar de nuevo el pleno respeto del Pacto”<sup>52</sup>. No obstante, existen algunos principios y derechos que no pueden ser suspendidos en ningún caso. A estos se les conoce como “derechos intangibles”.

En forma explícita, el artículo 4 del Pacto menciona los siguientes: el derecho a la vida y a la personalidad jurídica, la libertad de conciencia y de culto, la prohibición de la tortura y de la esclavitud, la prohibición de ser sometido a prisión por la falta de pago de una obligación contractual, y el principio de no retroactividad de las penas. Igualmente, la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>53</sup>, declaró que no puede suspenderse el derecho a la integridad física, psíquica y moral. Tampoco pueden ser suspendidos el derecho a la protección especial de los niños, la prohibición de la pena de muerte de menores de 18 años, el derecho a la no discriminación, ni los derechos cuya vulneración está tipificada como un crimen de lesa humanidad.

Por último, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que tampoco pueden ser objeto de suspensión legítima durante un estado de excepción la prohibición del traslado o deportación forzosa de personas a manera de desplazamiento forzado, la garantía de recursos judiciales efectivos, y el derecho a un juicio imparcial<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Observación General No. 29 Comité de Derechos Humanos. Consideración No. 1.

<sup>53</sup> Aprobada en Colombia mediante la Ley 70 de 1986, y ratificada el 8 de diciembre de 1987.

<sup>54</sup> Observación General No. 29 Comité de Derechos Humanos. Consideración No. 13. Ver también Comité de Derechos Humanos. Caso Fals Borda y otros c. Colombia. Decisión adoptada el 27 de julio de 1982.

### 2.3.3. El control constitucional como expresión de la concepción de los estados de excepción como actos jurídicos

#### El desarrollo teórico sobre los estados de excepción en general

En numerosas oportunidades, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la naturaleza, límites y sistema de control de los estados de excepción previstos en la Constitución de 1991<sup>55</sup>. Aunque las decisiones proferidas por la Corporación no han sido unánimes, pues se han presentado salvamentos y aclaraciones de votos en sentidos diferentes y respecto de múltiples aspectos<sup>56</sup>, la línea jurisprudencial desarrollada en la materia ha coincidido en los siguientes puntos:

(i) Con relación a la naturaleza de los estados de excepción, la Corporación ha sostenido que de conformidad con lo dispuesto en el capítulo 6° del título VII de la Constitución, estos deben ser entendidos como instrumentos legítimos que buscan conjurar alteraciones imprevistas del orden constitucional a través de la adopción de medidas extraordinarias<sup>57</sup>. En este orden, (ii) la Corte ha precisado que si bien tales medidas pueden llegar a restringir las libertades públicas y los

<sup>55</sup> Entre otras, en las sentencias C-135 de 2009, C-070 de 2009, C-1065 de 2002, C-940 de 2002, C-939 de 2002, C-802 de 2002, C-216 de 1999, C-122 de 1999, C-122 de 1997, C-027 de 1996, C-466 de 1995, C-366 de 1994, C-300 de 1994, C-035 de 1993, C-034 de 1993, C-031 de 1993, C-556 de 1992, C-447 de 1992 y C-004 de 1992.

<sup>56</sup> Véanse, por ejemplo, los salvamentos y aclaraciones de voto a las sentencias C-070 de 2009, C-939 de 2002, C-802 de 2002, C-122 de 1999, C-027 de 1996, C-466 de 1995 y C-556 de 1992.

<sup>57</sup> Sentencia C-556 de 1992.

<sup>50</sup> OC-8, párrafo 24.

<sup>51</sup> *Ibid.*, párrafo 22.

derechos fundamentales, la declaratoria del estado de excepción, así como de las decisiones que se tomen durante su desarrollo, se encuentran sujetas a las reglas y controles que impone el ordenamiento jurídico, pues se trata de regímenes concebidos al interior del derecho y no fuera de él<sup>58</sup>. (iii) De ahí que en reiterada jurisprudencia, la Corte haya señalado que la actual naturaleza constitucional de los estados de excepción refleja la necesidad de conciliar la eficacia de las instituciones de excepción, con la máxima preservación posible, en circunstancias extraordinarias, de los principios esenciales de la Constitución y la ley<sup>59</sup>.

Los límites previstos por el Constituyente representan importantísimos frenos a la discrecionalidad del Presidente de la República y permiten la conservación del Estado Social de derecho<sup>60</sup>. Ha precisado la Corte que, en principio, del propio texto constitucional se desprenden los límites impuestos al Presidente para el ejercicio de su facultad de declarar un estado de excepción y adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de la situación de normalidad. Así, de manera general, la Corte ha concluido que dichos límites constitucionales, particularmente respecto de los estados de conmoción interior y emergencia, se expresan en la necesidad de acreditar: (i) la existencia objetiva de los hechos que dan lugar a la declaratoria y que, según el caso, implica que se constate la perturbación del orden público, del orden económico, social y ecológico, o la ocurrencia de una calamidad pública; (ii) la existencia de una valoración correcta de esos hechos, en la medida en que la perturbación señalada debe ser grave e in-

minente y debe tener la virtualidad de atentar contra el orden constitucional; y (iii) la imposibilidad de conjurar la situación mediante el uso de las atribuciones ordinarias asignadas a las autoridades<sup>61</sup>.

De tal manera que a diferencia del régimen constitucional anterior, la Constitución de 1991 establece “una armónica secuencia de límites<sup>62</sup>” o aspectos de orden formal<sup>63</sup> y material<sup>64</sup> que permiten valorar la sujeción de los estados de excepción al ordenamiento jurídico. En contraposición con el criterio expuesto por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en calidad de órgano de control constitucional antes de la expedición de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional ha sostenido que en cumplimiento de la función de garantizar la supremacía e integridad de la Carta, el Tribunal constitucional es

competente para ejercer el “control constitucional integral” del decreto legislativo declaratorio del estado de excepción y de los decretos que se expiden durante su vigencia<sup>65</sup>.

A pesar de algunos vaivenes que se han presentado en la jurisprudencia sobre los parámetros que deben guiar el control material de los estados de excepción<sup>66</sup> en las tres últimas oportunidades en que la Corporación ha estudiado la exequibilidad de su declaratoria<sup>67</sup>, se puede identificar una relativa unidad de criterio sobre los siguientes aspectos materiales sujetos a control constitucional: (i) la verificación de los presupuestos fácticos y valorativos exigidos por la Constitución, lo que implica la constatación de la existencia objetiva de los hechos que dan lugar a la declaratoria y determinar prima facie que la valoración de esos hechos sea correcta<sup>68</sup>,

<sup>58</sup> Sentencia C-802 de 2002, que revisó la constitucionalidad del Decreto 1837/02 “Por el cual se declara el estado de conmoción interior”

<sup>59</sup> Sentencia C-004 de 1992.

<sup>60</sup> Entre otras, se pueden consultar las sentencias C-135 de 2009, C-122 de 1997, C-466 de 1995 y C-004 de 1992

<sup>61</sup> Sentencias C-070 de 2009 y C-802 de 2002.

<sup>62</sup> Sentencia C-802 de 2002.

<sup>63</sup> Con relación a este aspecto, según si se trate de un estado de conmoción o emergencia, la Corte se ha ceñido a la verificación de los presupuestos definidos en los artículos 213, 214 y 215 de la Carta. De manera general, la exequibilidad de la norma desde el punto de vista formal ha sido declarada cuando la Corte ha verificado que (i) el decreto fue expedido por el Presidente de la República con la firma de todos los ministros; (ii) existen considerandos en el texto mismo del decreto que justifiquen la medida adoptada; y (ii) en el decreto declaratorio del estado de excepción se determinó el ámbito territorial –si la declaratoria y sus efectos se predicen de todo el territorio nacional o de una parte de él– y (iv) el ámbito temporal de la medida, es decir, si el término de vigencia de la declaratoria no supera el término constitucional previsto (Cfr. Sentencia 802 de 2002).

<sup>64</sup> Contrariamente a lo ocurrido con las reglas definidas para el análisis de los aspectos formales señalados, es preciso anotar que los parámetros empleados por la Corte para adelantar el control material de los estados de excepción no han sido consistentes.

<sup>65</sup> Esta posición ha sido reiterada por la Corte, desde la sentencia C-004 de 1992. Al respecto, resulta interesante el salvamento de voto del Magistrado Jorge Arango Mejía a la sentencia C-027 de 1996.

<sup>66</sup> Por ejemplo, mientras en la sentencia C-004 de 1992, reiterada en la sentencia C-466 de 1995, se afirmó que “La verificación de la realidad del supuesto de hecho configurador de la emergencia, no entraña el ejercicio de ningún poder discrecional por parte del Presidente, pues debe tratarse de hechos que perturben o amenacen perturbar el orden.”; en la sentencia C-027 de 1996 se señaló: “[C]ompete al Presidente de la República como responsable de la conservación y mantenimiento del orden público, determinar frente a qué circunstancias perturbadoras del mismo es pertinente acudir a la declaratoria del estado de conmoción interior”.

<sup>67</sup> Sentencias C-135 de 2009, C-070 de 2009 y C-802 de 2002.

<sup>68</sup> La Corporación ha aceptado en su más reciente jurisprudencia que para el cumplimiento de su tarea, se encuentra obligada a respetar el ámbito de discrecionalidad del Presidente de la República para apreciar la existencia de los presupuestos fáctico y valorativo, así como para decidir si

es decir, que se trate de una perturbación grave e inminente del orden económico, social o político con capacidad de atentar contra el orden constitucional; (ii) la constatación de la insuficiencia de los mecanismos ordinarios para conjurar la situación de anormalidad, circunstancia que obliga a la Corte a determinar la existencia de dichos mecanismos y su capacidad para contrarrestar los hechos descritos; (iii) la sujeción de los estados de excepción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, deber que se concreta en la prohibición absoluta de limitar o restringir los denominados derechos intangibles y de suspender o limitar los demás derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad, por fuera de los límites establecidos; y (iv) el respeto debido a los principios de *necesidad, proporcionalidad, temporalidad, legalidad, proclamación y notificación y de motivación de incompatibilidad*, que a juicio de la Corporación, no solo rigen la declaratoria del estado de excepción, sino también las medidas que se promuevan durante su vigencia<sup>69</sup>.

declara o no el estado de excepción. Con base en este criterio, el Tribunal ha concluido que dicho control jurídico se circunscribe de manera estricta a verificar si la conclusión a la que arriba el Presidente de la República respecto de la ocurrencia de los hechos y de su gravedad o de su carácter sobreviniente —en el caso de los estados de emergencia—, “no es arbitraria y si en ella se incurrió o no en un error manifiesto de apreciación”; y a determinar si, luego de efectuar un “análisis global” de ponderación de la suficiencia de los mecanismos ordinarios para conjurar la crisis, el decreto que declara el estado de excepción, así como las medidas excepcionales adoptadas, satisfacen los principios de proporcionalidad y necesidad (Cfr. Sentencias C-802 de 2002 y C-135 de 2009).

<sup>69</sup> El contenido de cada uno de estos principios se encuentra ampliamente desarrollado en la sentencia C-802 de 2002.

Finalmente, ha destacado que los límites formales y materiales de los estados de excepción responden a la necesidad de precisar y equilibrar un sistema de controles efectivo, configurado por el control político ejercido por el Congreso de la República y por el control jurídico adelantado por la Corte Constitucional. Dos rasgos se adscriben a ese sistema en orden a garantizar su eficacia: (i) el carácter *restrictivo* de la interpretación sobre el alcance del estado de excepción, y (ii) la naturaleza *estricta* del control<sup>70</sup>.

## El control constitucional de los estados de emergencia

En el ejercicio de su función de control jurídico, la Corte Constitucional se ha ocupado de analizar la constitucionalidad de ocho (8) decretos declaratorios del estado de emergencia. En tres (3) de ellos se declaró el estado de emergencia social<sup>71</sup>; en tres (3) más la emergencia económica y social<sup>72</sup>; y en dos (2) el estado de emergencia por grave calamidad pública<sup>73</sup>.

Una primera aproximación a estos pronunciamientos permite constatar la existencia de posiciones divergentes sobre el tema dentro de la Corte. Se observa que a excepción de las sentencias en que se estudió la exequibilidad de los decretos declaratorios del estado de emergencia por calamidad pública —una de ellas

<sup>70</sup> Sobre la naturaleza y alcance del sistema de control de los estados de excepción, se pueden consultar, entre otras, las sentencias C-135 de 2009, C-802 de 2002, C-366 de 1994 y C-004 de 1992.

<sup>71</sup> Sentencias C-254 de 2009, C-135 de 2009 y C-004 de 1992.

<sup>72</sup> Sentencias C-122 de 1999, C-122 de 1997 y C-447 de 1992.

<sup>73</sup> Sentencias C-216 de 1999 y C-366 de 1994.

con tres aclaraciones de voto<sup>74</sup>— y de emergencia económica y social como consecuencia de la crisis energética de 1992<sup>75</sup> —sentencia que fue objeto de una aclaración de voto—, ninguna de las decisiones de la Sala Plena de la Corporación anotadas fue adoptada por unanimidad.

En cuanto a la diversidad de sucesos que han originado la declaratoria de la emergencia (social, socioeconómica, ecológica, o por calamidad pública), las mismas particularidades del sistema colombiano (Art. 215 C.P.) que define en abstracto y mediante la utilización de conceptos jurídicos indeterminados el supuesto objetivo de la declaratoria, ha determinado que exista una cierta discrecionalidad del gobierno sobre la adecuación de los hechos a alguna de las modalidades señaladas en el artículo 215. Así, en la sentencia C-135 de 2009 la Corte declaró exequible la emergencia social declarada para conjurar la perturbación del orden social, causada por la proliferación de distintas modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público no autorizados. En tanto que, debido a su falta de motivación, en la sentencia C-254 de 2009 consideró violatoria de la Constitución la declaratoria de emergencia social que pretendió contrarrestar las manifestaciones sociales acaecidas en las regiones más afectadas por las actividades desplegadas por captadores o recaudadores del dineros del público que actuaban por fuera de la ley. En 1992, mediante sentencia C-004, consideró exequible la declaratoria —también de emergencia social— proferida para enfrentar la crisis originada en la afectación “*significativa*” del clima laboral en el sector oficial por la falta de alza oportuna de salarios.

En relación con los decretos legislativos proferidos en la última declaratoria de emergencia social, resulta de interés para este análisis mencio-

<sup>74</sup> Sentencia C-336 de 1994.

<sup>75</sup> Sentencia C-447 de 1992.

nar que en las sentencias C-224<sup>76</sup>, C-225<sup>77</sup> y C-226<sup>78</sup> de 2009, en las que se estudiaron normas de contenido punitivo, la Corte señaló que “[E]l Ejecutivo, durante el estado de emergencia social, está habilitado para expedir decretos creando o modificando tipos penales con la finalidad de responder pronta y adecuadamente a la grave alteración del orden social, bajo los estrictos límites que imponen la Constitución Política, los tratados internacionales sobre derechos humanos y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción”<sup>79</sup>.

Se fundamentó para ello en la Sentencia C-939 de 2002<sup>80</sup>, y subrayó que en esta sentencia “la Corte se refirió al ‘Régimen general del poder punitivo del Estado durante los estados de excepción’, y aunque en sus consideraciones hizo referencia exclusivamente al régimen aplicable durante el estado de conmoción interior a la luz de lo que para el efecto se dispone en la Ley Estatutaria de los estados de excepción, los principios allí consignados son aplicables, mutatis mutandi a la expedición de normas penales en desarrollo del estado de emergencia”<sup>81</sup>.

<sup>76</sup> Decreto legislativo 4336 de 2008, “Por el cual se modificó el Código Penal”, se redefine el delito de captación masiva de dineros.

<sup>77</sup> Decreto 4449 legislativo de 2008 “Por el cual se adiciona y modifica el Código Penal”.

<sup>78</sup> Decreto legislativo 4450 de 2008 “Por el cual se adiciona el artículo 35 del Código Penal”.

<sup>79</sup> C-226 de 2009.

<sup>80</sup> Esta sentencia se profirió en relación con el Decreto 1900 de 2002 “Por el cual se adoptan medidas en materia penal y procesal penal contra las organizaciones delincuenciales y se dictan otras disposiciones”, proferido en desarrollo de facultades de conmoción interior otorgadas mediante decreto 1837/02 que declaró el estado de conmoción interior en todo el territorio nacional.

<sup>81</sup> *Ibidem*.

De otro lado, en lo que concierne al estado de emergencia económica y social, la Corte (C-447/92) consideró exequible la declaratoria efectuada como consecuencia de la crisis del sector eléctrico generada por el intenso verano de 1992; en tanto que declaró inexecutable la que tuvo lugar en 1997 (C-122/97), y cuyo fundamento fue la devaluación del peso y la crisis fiscal<sup>82</sup>; y exequible de manera condicionada la declaratoria expedida en 1999 (C-122/99) dirigida a contrarrestar los efectos de la falta de utilidades del sector financiero privado del país<sup>83</sup>.

Finalmente, al estudiar el decreto declaratorio del estado de emergencia “por razón de grave calamidad pública” proferido en 1994 (C-366/94) como consecuencia de un sismo en el Departamento del Cauca y de emergencia “económica, social y ecológica por grave calamidad pública” expedido en 1999 (C-216/99) en virtud del sismo ocurrido en el Eje Cafetero, la Corte consideró que dada la gravedad de los hechos y la insuficiencia de los medios ordinarios para conjurar sus efectos, los decretos declaratorios tenían pleno respaldo constitucional. En esas oportunidades, la Corte destacó que la negligencia respecto de la ejecución de mecanismos de prevención y atención de calamidades públicas, no obsta para que de configurarse el

<sup>82</sup> De acuerdo con las pruebas aportadas durante el trámite, estimó la Corte que los hechos invocados constituían un problema estructural, en la medida que de tiempo atrás venían afectando la economía nacional.

<sup>83</sup> A juicio de la Corte, esa situación no ponía en peligro la estabilidad de la economía nacional. La decisión condicionada se debió a que la Corte estimó necesario delimitar el ámbito del pronunciamiento, dado que en su criterio algunos de los subsectores del sistema financiero, especialmente aquellos a los que concurre la población económicamente más vulnerable, sí presentaban síntomas de deterioro que implicaban la adopción de medidas extraordinarias.

presupuesto objetivo de la declaratoria del estado de emergencia —la gravedad e inminencia de los hechos que la fundamentan—, la Corte declare su inexecutable, pues en todo caso, “la declaratoria no se efectúa para proteger al gobernante sino a los ciudadanos de los riesgos derivados de situaciones calamitosas”<sup>84</sup>.

De las decisiones anotadas se pueden inferir las siguientes conclusiones:

(i) De manera general, los criterios formales y materiales que la Corte ha empleado para abordar el análisis de constitucionalidad de los decretos declaratorios del estado de emergencia, son los mismos que ha utilizado para decidir la exequibilidad de los decretos declaratorios del estado de conmoción interior<sup>85</sup>. De hecho, se puede afirmar que el desarrollo jurisprudencial en esta materia ha proveído en gran medida del estudio de los decretos declaratorios del estado de conmoción interior y se ha extendido y aplicado al examen de los decretos de emergencia<sup>86</sup>.

(ii) En cuanto a la caracterización de los hechos que pueden dar lugar a la declaratoria del estado de emergencia, la jurisprudencia colombiana no se ha caracterizado por elaborar una sistematización teórica que permita identificar unas tipologías que encajen en la situación de emergencia económica, social, ecológica o en grave calamidad pública. Su examen

<sup>84</sup> Sentencia C-366 de 1994.

<sup>85</sup> Al respecto, se puede consultar la sentencia C-135 de 2009.

<sup>86</sup> Por ejemplo, en la sentencia C-802 de 2002 mediante la cual se estudió la exequibilidad del estado de conmoción interior declarado ese año, la Corte definió de manera precisa los criterios de control constitucional material que debe observar para el ejercicio de sus atribuciones en esta materia. De igual manera, desarrolló ampliamente el contenido de los principios rectores de los estados de excepción y abordó profusamente el ámbito de aplicación del principio de intangibilidad de derechos.

sobre este aspecto se ha centrado en establecer los requisitos conforme a los cuales la Corporación puede decidir si los hechos apreciados por el Presidente de la República se ajustan, o no, a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 215 Superior.

Dicha labor de caracterización se ha concretado en la satisfacción de los siguientes presupuestos: (i) debe tratarse de hechos distintos a aquellos que dan lugar a la declaratoria del estado de conmoción interior y de guerra exterior, es decir, sólo puede tratarse de hechos que perturben el “orden económico, social y ecológico del país o que constituyan grave calamidad pública”, pues la perturbación del orden público y la afectación de la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana, así como la agresión extranjera, deben ser contrarrestadas mediante los otros estados de excepción; (ii) los hechos alegados deben ser graves y sobrevinientes, es decir, debe tratarse de hechos extraordinarios, anormales e imprevistos que perturben intensamente el ordenamiento y que no puedan solucionarse a través de la adopción de medidas ordinarias<sup>87</sup>. Al respecto, la Corte ha entendido que la insuficiencia de los medios ordinarios es diferente a su falta de eficacia material, razón por la cual este último no es un argumento válido para justificar la declaratoria del estado de emergencia<sup>88</sup>; (iii) tales hechos deben ser capaces de ocasionar un riesgo cierto y efectivo que pueda materializarse en cualquier momento, es decir, no es de recibo la exposición de hechos que constituyan un peligro eventual o remoto o que ameriten medidas que no requieran su implementación de manera inmediata<sup>89</sup>; (iv) deben ser hechos diferentes a los que dan lugar a la configuración de los problemas estructurales que aquejan el país<sup>90</sup>. De ahí que la

sola invocación de problemas de esa naturaleza no constituya una razón suficiente para declarar la exequibilidad del estado de emergencia —salvo que su agudización pueda derivar en la grave perturbación del orden económico, social y ecológico—, pues se entiende que estos deben ser resueltos mediante las competencias normales del Estado; y (v) los principios que soportan el Estado Social de derecho y determinan su modelo económico y social, no solo determinan la extensión de las facultades excepcionales, sino que también permiten calificar los hechos alegados y si se adecuan o no a la Constitución<sup>91</sup>.

Finalmente, se puede resaltar que dada la naturaleza técnica de los hechos alegados en el ámbito de los estados de emergencia —particularmente cuando se trata de la emergencia económica y social—, y la experticia requerida para su calificación, la Corte ha conferido importancia especial al acervo probatorio dentro de estos procesos. Desde sus primeras sentencias, la Corporación ha afirmado que para el efectivo cumplimiento de sus funciones en esta materia, se encuentra facultada para apelar “a todos los medios a su alcance para ilustrar su juicio sobre la efectiva ocurrencia de las causales y motivos aducidos por el Gobierno<sup>92</sup>”, razón por la cual, a su juicio, su análisis se debe fundamentar en “los documentos, informes y conceptos técnicos solicitados al Gobierno y en general a las autoridades encargadas de esa materia.<sup>93</sup>”

## Consideraciones finales

Para tratar, de responder los interrogantes inicialmente planteados debo concluir señalando que el proceso histórico signado por un crónico, inconveniente e indiscriminado uso del estado de excepción para el resta-

blecimiento tanto del orden político como del orden público económico-social, ha dado impulso a todo un proceso normativo orientado a delimitar las facultades excepcionales del ejecutivo, a someterlas a unos controles estrictos, y a depurar un régimen que regule de una manera diferenciada y caracterizada los diversos eventos que conducen a situaciones de anormalidad institucional.

La expresión más contundente de este proceso se observa en los antecedentes y en el régimen de excepción plasmado en los actuales artículos 212 a 215 de la Constitución, que reflejan el propósito del Constituyente de 1991 de establecer un sistema de excepción que permitiera afrontar la situación de anormalidad con medidas adecuadas a la gravedad e intensidad de la perturbación, con niveles de discrecionalidad acordes, y siempre sujetas a las reglas de derecho.

El desarrollo del derecho internacional, impulsado por el incremento inusitado de la excepcionalidad en el mundo, respaldó y aportó valiosos insumos teóricos al proceso histórico y normativo que vivió el país de transitar de un estado de sitio como acto político e instrumento de gobierno, a un régimen de excepción concebido como expresión del estado de derecho. Este aporte se percibe fundamentalmente en la delimitación del concepto de excepción, su sometimiento a unos principios que actúan como límites y la previsión de los precisos eventos en que es posible limitar los derechos y garantía fundamentales, con el fin primordial de asegurar la vigencia del estado de derecho, mediante un “derecho de emergencia” que no implique la suspensión del estado de derecho.

La jurisprudencia de esta Corte ha desempeñado un importante papel en este proceso, efectuando un valioso desarrollo teórico en torno al estado de excepción, su naturaleza y límites, poniendo el énfasis en la necesidad de conciliar la eficacia de las instituciones de excepción con la máxima preservación de los prin-

<sup>87</sup> Véase la sentencia C-122 de 1997.

<sup>88</sup> Ibídem.

<sup>89</sup> Véase la sentencia C-135 de 2009.

<sup>90</sup> Véase la sentencia C-122 de 1997, que reitera la sentencia C-446 de 1995.

<sup>91</sup> Véase la sentencia C-122 de 1999.

<sup>92</sup> Sentencia C-004 de 1992.

<sup>93</sup> Sentencia C-122 de 1999.

cipios esenciales del orden jurídico. No obstante, el marco teórico configurado por la jurisprudencia se ha centrado fundamentalmente en el estado de conmoción interior, y en los principios y reglas (límites materiales y formales) que son comunes a todas las formas de excepción previstas en la Constitución. No se aprecia una correlativa construcción teórica referida a los estados de emergencia. No se observa, en relación con estos, un desarrollo sistemático que permita un manejo más autónomo, diferenciado y caracterizado de cada una de las modalidades que acoge este Estado. El estudio arroja una preocupante tendencia a trasladar, sin una adecuada decantación, el marco teórico establecido por la jurisprudencia para los estados de conmoción a las situaciones de emergencia.

Esta tendencia resulta sumamente peligrosa si se considera que el ámbito de discrecionalidad y la ampli-

tud de poderes que la Constitución y el legislador estatutario confieren al gobierno son muy disímiles, según se trate del estado de anormalidad de conmoción o de emergencia. Este riesgo se actualiza en las recientes sentencias de la Corte<sup>94</sup> consideraron que el Gobierno está habilitado, en abstracto, para legislar en materia punitiva. Tal concepción desdice de la propia jurisprudencia de la Corte que ha proclamado el carácter restrictivo del alcance de los estados de excepción, así como la naturaleza estricta del control judicial. Adicionalmente, esa concepción expansiva de las facultades de excepción se aparta del proceso evolutivo (histórico y normativo) orientado a fortalecer la concepción del estado de excepción como una expresión del estado de derecho y contraría el espíritu del acto constitutivo de 1991 inspirado en el propó-

<sup>94</sup> Sentencias C-224, C- 225 y C-226 de 2009.

sito de regular de manera autónoma y diferenciada las diversas situaciones de crisis que desembocan en estados de anormalidad institucional.

No resulta deseable para la institucionalidad del país la invocación de futuras declaratorias de estados de excepción, pero de ocurrir, la jurisprudencia debe hacer una reflexión que la lleve a retomar el cauce trazado por la costosa experiencia histórica que nos dejó la institución del estado de sitio, por los dictados del derecho internacional y por el espíritu del constituyente, de deslindar en la teoría y en la práctica las diferentes categorías de los estados de excepción a fin de no seguir ampliando las facultades del Ejecutivo a partir una aplicación extensiva del marco teórico de los estados de conmoción a las situaciones de emergencia. Es preciso ser consecuente con la reiterada proclamación jurisprudencial del estado (social) de derecho.



# EL DERECHO DE ASOCIACIÓN SINDICAL



Gabriel Eduardo Mendoza Martelo  
Magistrado Corte Constitucional

## I

### Antecedentes y contexto

1. El derecho de asociación sindical se inscribe en el marco del concepto de “trabajo decente”, que ha sido desarrollado por la Organización Internacional del Trabajo, entidad cuya 98ª Conferencia anual tuvo lugar el pasado mes de junio, en Ginebra, en un evento que se ha constituido en foro privilegiado para que trabajadores, empleadores y gobiernos dialoguen en torno a normas, recomendaciones e informes sobre cuestiones sociales y laborales de interés global.

Para la OIT dicha noción constituye un principio rector, orientado a la

promoción de las oportunidades para que mujeres y hombres puedan obtener un trabajo productivo en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana, y se concibe como el resumen de las aspiraciones de las personas en su vida laboral, en relación con oportunidades e ingreso; derechos, voz y reconocimiento; estabilidad familiar y desarrollo personal; justicia e igualdad de género.

Con razón se ha dicho que las diversas dimensiones del trabajo decente son pilares de la paz en las comunidades y en la sociedad, y responden a una concepción en la que confluyen gobiernos, trabajadores y empleadores.

Esa concepción del trabajo es fundamental en el esfuerzo por reducir la pobreza, y es un medio para lograr un desarrollo equitativo, inclusivo y sostenible.

2. La idea del trabajo decente encuentra recepción expresa en nuestra Constitución, artículo 25, y alrededor de sus postulados cabría decir que, sin excepción, concurren hoy todas las personas en el mundo civilizado. Sin embargo, por su naturaleza, en torno al trabajo se plantea una contraposición entre los trabajadores y los empleadores, que, en su versión más elemental y transparente, no es sino la expresión de intereses divergentes y contrapuestos: para el empleador, según sus distintas modalidades —individual, empresarial o institucional— la satisfacción de un servicio, el logro de objetivos empresariales y, en el extremo, la obtención de la utilidad, o los propósitos institucionales, objetivos frente a los cuales, al menos, en determinados contextos, el trabajo es considerado, al margen de su dimensión

humana, como un costo, y para el trabajador, la garantía de todas esas condiciones que hoy se sintetizan con la expresión de trabajo decente.

Sin duda, el objetivo del empleador de disminuir sus costos laborales está en evidente tensión con todos los factores del trabajo decente, que constituyen la aspiración mínima de los trabajadores.

3. En esa contraposición surge el concepto de asociación sindical que ha tenido una importante evolución como fruto de las transformaciones sociales, políticas y jurídicas en el Estado contemporáneo.

3.1. En principio, el sindicalismo surge en el ámbito empresarial, y más específicamente, industrial, como expresión de la confrontación capital – trabajo. En una etapa inicial esa confrontación se entendió como la contraposición de intereses susceptibles de negociación y composición en el mercado. Era un escenario en el que se destacaba el papel neutro del Estado, que en realidad significaba la indefensión de los trabajadores en el ámbito jurídico, librados a una confrontación desigual.

En ausencia de legislación laboral, o con unas muy precarias previsiones sobre la materia, la defensa de la estabilidad del empleo, las condiciones dignas de trabajo, la seguridad social o el ingreso, se confiaba únicamente a la capacidad negociadora de los trabajadores, quienes vieron en la asociación sindical el instrumento para obtener unas mínimas reivindicaciones, en un escenario que, la mayoría de las veces, se desarrollaba de manera confrontacional, al margen del derecho, lo cual de por sí,

daba lugar a la pugnacidad e incluso a la violencia.

Eran los que podríamos llamar tiempos heroicos de la lucha sindical.

**3.2.** Como producto de los movimientos sociales que habían tenido una importante expresión en la segunda mitad del Siglo XIX y principios del Siglo XX, ese “Estado ausente” al que aludíamos, es sustituido, a nivel de los ordenamientos jurídicos, por un Estado interventor en cuyas Cartas fundamentales se incluye un conjunto de derechos sociales y aparecen garantías como la de la huelga.

No obstante, algunos antecedentes de alcance y de impacto muy limitado en Europa, sólo al iniciar el siglo XX se empieza a generalizar la expedición de normas laborales protectoras, que fijan la jornada máxima legal, el salario mínimo o las condiciones de trabajo.

En 1919, al finalizar la Primera Guerra Mundial, se creó la OIT y se dinamizó la dimensión internacional del derecho al trabajo.

En el nuevo contexto, la estabilidad, el ingreso, las condiciones de trabajo no están libradas únicamente a la negociación en el mercado laboral. Se trata de factores que ahora son objeto de regulación legal, como garantía para los trabajadores.

No obstante que bajo la nueva legislación protectora, al menos en el papel, las negociaciones laborales, individuales o colectivas, adquieren un sentido incremental o marginal sobre los mínimos de protección previstos en la ley, el ordenamiento jurídico reconoce, simultáneamente, que la contraposición de intereses que subsiste en el seno de la relación laboral requiere de instrumentos de presión a favor del extremo más débil, para lo cual es preciso empoderar a los trabajadores, particularmente a través de sus asociaciones; promover la negociación colectiva; garantizar de manera efectiva la huelga, y, en general, la actividad sindical.

De este modo, el nuevo contexto jurídico, no desconoce la importancia de las organizaciones sindicales, ante el hecho cierto de la persistencia de la pugnacidad en la confrontación de intereses que sigue siendo una controversia en torno a la más adecuada distribución del producto de la industria del hombre. Las nuevas realidades sociales y económicas dan lugar a nuevas expectativas y demandas de los trabajadores en cuanto a estabilidad, seguridad social, ingreso, mayores oportunidades de educación, de recreación, de confort, en fin, de acceso equitativo a los bienes que ofrece la sociedad contemporánea.

En esa travesía, en Colombia han tenido particular relevancia, desde la perspectiva de la actividad sindical, los conflictos en el sector público, o en sectores claves y de especiales características, como el petróleo o los servicios públicos. Más recientemente han tenido incidencia importante temas como las privatizaciones, la supresión de entidades públicas, la globalización y los TLC, o las cooperativas de trabajo asociado.

Voceros sindicales expresan que no obstante la consagración de principios protectores en la Constitución y en la ley, y la adhesión a instrumentos internacionales que contienen garantías para los trabajadores, en la práctica, históricamente se promovieron en el país políticas laborales que limitaban el derecho de huelga, favorecían el recurso de los tribunales de arbitramento obligatorio, alentaban los contraplegos de empresa, o reducían las libertades de negociación colectiva y de asociación sindical.

### 3.3. Cambio constitucional, globalización, neoliberalismo

Con la Constitución de 1991 se proclama que Colombia es un Estado social de Derecho, se avanza en el reconocimiento constitucional de los derechos de los trabajadores, en particular los de asociación sindical, negociación colectiva y huelga. Se

hace efectiva, en el texto de la Carta, la inserción del ordenamiento jurídico colombiano en el ámbito internacional, por la incorporación al ordenamiento interno, por distintas vías, de la normativa internacional protectora de los trabajadores.

El legislador, el gobierno, los jueces, se convierten en actores del proceso que, dentro de un renovado ordenamiento jurídico, caracterizado por centrarse en la defensa de la dignidad humana y en la promoción de las condiciones que permitan una igualdad real y efectiva, avanza en la tarea de proteger a los trabajadores y asegurar la idea de trabajo decente.

Sin embargo, paralelamente, nuestra sociedad debe enfrentar los nuevos desafíos que surgen de las concepciones neoliberales y las presiones de la globalización. La movilidad internacional del capital, la existencia de un mercado laboral mundial, la exigencia de competitividad y otros fenómenos propios de la internacionalización de la economía, han traído consigo, entre otras consecuencias, una flexibilización de la legislación laboral y plantean serios interrogantes en torno a los esquemas vigentes de distribución del ingreso.

El aumento de las desigualdades de los ingresos tanto dentro de los países como entre los distintos países amenaza la estabilidad misma de nuestras sociedades.

Como dice Juan Somavia, Director General de la Organización Internacional del Trabajo, en una economía mundializada es preciso encontrar un equilibrio entre la función reguladora del Estado, la capacidad de creación de riquezas del mercado y las necesidades sociales de la población, proceso en el cual las decisiones en materia de reglamentación, de mercado o de política social no pueden examinarse de manera aislada, sino que ello debe hacerse con la participación colectiva de todos los actores sociales. Y en ese contexto, los sindicatos pueden convertirse en valiosos

interlocutores para dirigir los acontecimientos en la dirección correcta<sup>1</sup>.

4. Antes de centrarnos en los asuntos estrictamente constitucionales que tocan con el derecho de asociación y la libertad sindicales, veamos algunos factores perturbadores que en esa materia caracterizan la realidad nacional, en particular, el impacto de la violencia sobre la libertad sindical y una caída en las tasas de afiliación sindical, que, de por sí, han sido bajas en nuestro país<sup>2</sup>.

#### 4.1. Violencia antisindical

No puede hacerse una historia del sindicalismo en Colombia sin una referencia al panorama de violencia endémica que presenta el país y que durante mucho tiempo, antes de la Carta de 1991, dio lugar a una institucionalidad restringida, con un Estado de sitio de duración indefinida.

Esa circunstancia remite a la consideración del trasfondo político de la lucha sindical y de la respuesta que desde distintos sectores se ha planteado.

En 2002, la Defensoría del Pueblo, en Resolución 23 de ese año<sup>3</sup>, consignó un conjunto de conclusiones en torno a la violencia que, para entonces se traducían en graves atentados contra los derechos fundamentales de los trabajadores y líderes sindicales cometidos en los años transcurridos entre 1990 y la fecha del informe, periodo dentro del cual se registraron más de 1.000 muertes violentas de sindicalistas. Señalaba entonces,

<sup>1</sup> Los sindicatos en el siglo XXI, Conferencia electrónica de Juan Somavia, Director General, Organización Internacional del Trabajo, Asociación-sindical/Los-sindicatos-en-el-siglo-XXI.htm

<sup>2</sup> Según datos de la Escuela Nacional Sindical, la tasa de sindicalización en Colombia en el periodo 1947-2005 ha oscilado entre 13.4% (1965) y 4.6% (2005).

<sup>3</sup> Resolución Defensorial No. 23 de julio de 2002.

con preocupación, la Defensoría, la impunidad, que, en su concepto, continuaba siendo, a pesar de los esfuerzos importantes de la Fiscalía General de la Nación, una de las causas del escalamiento de las acciones violentas contra el movimiento sindical.

Hoy, si bien es posible afirmar que, de acuerdo con fuentes oficiales, ha habido un descenso significativo en la cifra de homicidios de sindicalistas reportados y, así mismo, una reducción notable en la impunidad, no es menos cierto que la situación sigue siendo desalentadora porque, por un lado, se mantiene en muchos sectores un clima de violencia antisindical que se traduce en amenazas y hostigamientos, y, por otro, el número de homicidios de sindicalistas sigue siendo intolerable —lo sería aunque se tratara sólo de uno—, en cuanto ello expresa, además, el propósito de impedir el ejercicio de un elemental derecho constitucional, ligado, como se ha dicho, a la pretensión de un trabajo en condiciones de dignidad, que respondan a aspiraciones mínimas de justicia para todos.

#### 4.2. Baja afiliación

Según el censo sindical de la Escuela Nacional Sindical, hoy hay en Colombia 2.932 sindicatos con 821.917 afiliados, que representan una tasa de sindicalización del 4,6% a nivel nacional.

Entre las razones para esa tasa de afiliación, que para algunos es la más baja en 60 años<sup>4</sup>, se han señalado las amenazas contra los activistas sindicales, la propagación de las cooperativas de trabajo asociado, la cultura antisindical que impera en sectores empresariales, así como cierta normatividad restrictiva.

<sup>4</sup> Ver comunicado de la Senadora Gloria Inés Ramírez sobre el debate de libertad sindical realizado el martes 15 de abril de 2008 en la Sesión Plenaria del Senado de la República.

No obstante la validez de esas consideraciones, no puede dejar de advertirse que en otras latitudes también se ha presentado un descenso en la tasa de afiliación, que encuentra explicaciones que pueden tener alguna relevancia en el contexto colombiano.

Así, por ejemplo, se ha puesto de presente<sup>5</sup> que en los últimos 30 años, desde 1980, la densidad sindical ha disminuido en muchos países europeos y que, del mismo modo, se han hecho notar algunos cambios en la composición de la fuerza laboral de los sindicatos, entre los que pueden mencionarse una creciente concentración de los afiliados empleados en el sector público<sup>6</sup>, el aumento progresivo de la afiliación sindical entre las mujeres<sup>7</sup>, o la reticencia de jóvenes y trabajadores de minorías étnicas a la afiliación<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Sobre este aparte, ver el documento "Afiliación Sindical en Europa: La magnitud del problema y la variedad de las respuestas sindicales", preparado por Jeremy Waddington para el Departamento de Investigación de la ETUI-REHS, agencia educativa de la European Trade Union Confederation (ETUC). 2005.

<sup>6</sup> En casi todos los países el sector público está más sindicalizado que la industria, en cambio está más sindicalizada que los servicios del sector privado. Waddington, op. cit.

<sup>7</sup> En varios países las mujeres constituyen ahora la mitad de la afiliación sindical. Así, por ejemplo, en datos porcentuales la participación femenina en el total de la afiliación sindical, en Suecia es de 52.7, Dinamarca, 48.5, Finlandia 50.5, República Checa, 57.9, Polonia, 55.1 o Francia, 48.3. Fuente Ebbinghaus, B. Y Visser, J. 2000, "The Societies of Europe: Trade Unions in Western Europe" (Las sociedades de Europa: los sindicatos en Europa Occidental), Basingstoke: Macmillan, y CE 2004, "Industrial Relations in Europe" (Relaciones industriales en Europa). Bruselas: Comunidades Europeas, citadas en Waddington, op. cit. 2005.

<sup>8</sup> Además, la edad media de los afiliados en muchos países es significati-

Entre las razones del declive en la afiliación se ha señalado el hecho de que los afiliados potenciales son más individualistas que en el pasado y, por lo tanto, son menos propensos a afiliarse a los sindicatos. Algunos investigadores se refieren a los que denominan factores externos, como la globalización, el incremento de la competencia internacional o la desregularización. Así mismo, incluyen en esta categoría, el incremento en el desempleo<sup>9</sup>, el cambio en la composición de los trabajadores<sup>10</sup>, o el surgimiento y crecimiento de formas de empleo atípicas<sup>11</sup>. Por otro lado, destacan los denominados *factores internos*, que aluden a la insuficiencia de los modelos organizativos y de la capacidad de respuesta y de adaptación de los propios sindicatos a las nuevas realidades del entorno<sup>12</sup>.

vamente mayor que la edad media de la fuerza laboral.

- <sup>9</sup> En la mayoría de los países, los sindicatos ofrecen relativamente pocos servicios a los desempleados. En consecuencia, la mayoría de los afiliados que se convierten en parados abandonan su afiliación.
- <sup>10</sup> El empleo está cambiando de la industria (donde las tasas de afiliación tienden a ser relativamente altas) al sector privado de servicios (en el que las tasas son más bajas).
- <sup>11</sup> Empleo en pequeños centros de trabajo y nuevas formas de relaciones laborales.
- <sup>12</sup> Ver La Expansión de la Afiliación Sindical: Análisis del Módulo de Relaciones Laborales de la Eil, Estudio realizado por David Trajtemberg (MTE y SS-SSPT y EL-DERT), Cecilia Senén González (UBA-CONICET-IIGG-MTE y SS) y Bárbara Medwid (Becaria CONICET-IIGG-MTE y SS). [http://www.trabajo.gob.ar/left/estadisticas/descargas/toe/toe\\_08\\_01.pdf](http://www.trabajo.gob.ar/left/estadisticas/descargas/toe/toe_08_01.pdf). An empirical examination of union density in six countries: Canada, Ecuador, Mexico, Nicaragua, the United States and Venezuela / by Susan Johnson. <http://www.gurn.info/en/topics/global-trade-union-strategies-union-renewal/organizational-innovation-and-change/trade-union-growth-and-decline/an-empirical-examination-of-union->

Esa crisis en la afiliación tiene un impacto severo no solo sobre capacidad de representación y de negociación de los sindicatos en las esferas tanto laborales, como políticas, sino, también, en sus finanzas, que se nutren fundamentalmente de los aportes.

Con todo, es preciso observar que la tasa de afiliación en Colombia resulta particularmente baja al contrastarla con promedios internacionales, aun del orden regional. Así, por ejemplo algunos países escandinavos registran una tasa de afiliación superior al 60%; el promedio de los países europeos supera el 30%, mientras que en Japón, EE. UU. y América Latina, las tasas de afiliación se ubican entre 10 y 25% y e incluso en niveles inferiores al 10%<sup>13</sup>.

Todo ello muestra, nuevamente, la necesidad de diagnósticos precisos en orden a identificar las acciones que los propios sindicatos deben adoptar para mantener su vigencia como instancias de intermediación.

Después de este brevísimo recuento de antecedentes históricos y contextuales, vamos a referirnos al concepto mismo del derecho de asociación sindical, su inserción en el marco normativo y sus alcances, particularmente, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

## 5. Noción e importancia

La Corte Constitucional ha señalado que el derecho de asociación sindical consagrado en el artículo 39 Superior, es una modalidad del derecho de libre asociación que consiste en la voluntad de los trabajadores para constituir formalmente organizaciones permanentes que los identifiquen

density-in-six-countries.

- <sup>13</sup> Ver "Union membership statistics in 24 countries: an analysis of "adjusted" union membership data in 24 countries yields past and present union density rates; the data provide explanatory factors for the differences and trends in unionization". Jelle Visser, Monthly Labor Review, enero de 2006.

y los unan, en defensa de sus intereses comunes, sin autorización previa o la injerencia o intervención del Estado o de los empleadores<sup>14</sup>.

Es indudable la importancia de este derecho en cuanto que los sindicatos ejercen una función de representación, que, por la naturaleza de los intereses en juego, constituye, como se ha dicho por la Corte, una vía para la realización del individuo dentro de un estado social y democrático como el definido por la Carta Política<sup>15</sup>.

## 6. Marco normativo

### 6.1. Panorama

El derecho de asociación sindical, y, en general, la denominada libertad sindical, han tenido reconocimiento en los más importantes instrumentos internacionales de derechos humanos y, como se ha visto, encuentra consagración expresa en nuestra Carta Constitucional, la cual, de la mano de la jurisprudencia, contempla unos específicos mecanismos de articulación de estos órdenes normativos.

### 6.2. Marco constitucional colombiano

#### 6.2.1. Las normas constitucionales

La Constitución Política de Colombia consagra en su artículo 38 la garantía del derecho de asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad; a su vez, en el artículo 39 establece, de manera específica, el derecho de asociación sindical.

En sentido más amplio, en el texto constitucional están presentes principios y garantías en materia laboral que incluyen la consagración del trabajo como un derecho y una obligación social que goza de la especial

<sup>14</sup> Ver Sentencia C-385 de 2000.

<sup>15</sup> Cfr. Sentencia T-1328 de 2001.

protección del Estado; así mismo, la afirmación del derecho de toda persona a un trabajo en condiciones dignas y justas (C.P. Art. 25); la exigencia de que el legislador expida un estatuto del trabajo que corresponda a unos principios mínimos fundamentales que la propia Carta enuncia (C.P. Art. 53); el derecho a la negociación colectiva (C.P. Art. 55) o la garantía del derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador (C.P. Art. 56).

Como se verá a continuación, por virtud de disposiciones expresas de la Constitución, algunos tratados internacionales que garantizan la asociación sindical y otros derechos laborales, se integran al ordenamiento interno a través de distintos mecanismos de articulación.

## 6.2.2. Los tratados internacionales

### 6.2.2.1. Tratados generales

Tal como se expresó, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 reconoce, de manera expresa, en el artículo 23.4, el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

En los artículos 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>16</sup> y 8° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>17</sup> se contempla el derecho de toda persona a asociarse libremente, y de fundar

sindicatos y afiliarse a ellos, sin que quepa imponer "... otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos."

Esos derechos se contemplan de manera similar en la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>18</sup>, en su artículo 16<sup>19</sup>.

De acuerdo con el Art. 8° del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"<sup>20</sup>, "[l]os Estados Partes garantizarán el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses." Se alude en esa norma a los distintos niveles de asociación —federaciones y confederaciones— así como a organizaciones sindicales internacionales.

Como se verá enseguida, en el contexto internacional se han elaborado

una serie de convenios, ratificados por Colombia, en el ámbito específico de las relaciones laborales.

La Corte Constitucional, a partir de expresas disposiciones del ordenamiento Superior, ha concluido que, en general esas disposiciones de Derecho Internacional sobre derechos humanos, se integran, en grado diverso, a la propia Constitución, en lo que la jurisprudencia ha denominado como *bloque de constitucionalidad*.

La jurisprudencia de la Corte ha expresado que el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues *verdaderos principios y reglas de valor constitucional*, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional.

En una segunda acepción, el bloque ha sido presentado como el conjunto de normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como *parámetros del control de constitucionalidad de las leyes*, por mandato de la propia Constitución.

De esta manera, la Corte ha distinguido entre bloque de constitucionalidad *stricto sensu* y bloque de constitucionalidad *lato sensu*, aspecto en cuyos pormenores que presentan no pocas complejidades técnicas, no vamos a detenernos en el reducido espacio de esta conferencia, pero que, en general, se refiere, por un lado, en el primer sentido, a aquellos principios y normas *de valor constitucional*, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha; a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93, primer inciso) y a los tratados de derecho internacional humanitario (C.P. artículo 214), y, en el segundo sentido, esto es, el bloque en sentido lato, a todas aquellas normas, de diversa jerarquía,

<sup>16</sup> El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se suscribió por los delegados a la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 —Resolución 2200 A (XXI)—, entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y fue aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968.

<sup>17</sup> El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales se suscribió el 16 de diciembre de 1966 en la Asamblea General de las Naciones Unidas —Resolución 2200 A (XXI)—. Entró en vigor el 3 de enero de 1976. Fue aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968.

<sup>18</sup> La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, y aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1972.

<sup>19</sup> Artículo 16. "1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole. // 2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás (...)."

<sup>20</sup> El Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" fue suscrito el 17 de Noviembre de 1988 y aprobado en Colombia mediante la Ley 319 de 1996.

que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación, acepción conforme con la cual, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por los cuerpos normativos que integran el bloque *stricto sensu*, sino, además, entre otros, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.

### 6.2.2.2. Convenios OIT

De acuerdo con la Constitución Política, el contenido y alcance de los derechos de asociación deben fijarse con arreglo a los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos, y ello implica tener en cuenta, de manera específica, el Convenio 87 de la OIT<sup>21</sup>, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicalización.

En diversas sentencias, la Corte se ha remitido a los Convenios de la OIT en distintos ámbitos y ha establecido los criterios para su articulación con el derecho interno.

En la Sentencia C-401 de 2005 se puso de presente que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, acerca de los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia, ha ido evolucionando gradualmente en la dirección de considerar que forman parte del bloque de constitucionalidad. Así, en un primer momento se enfatizó que todos los convenios internacionales del trabajo hacen parte de la legislación interna —en armonía con lo establecido en el inciso 4º del artículo 53 de la Constitución—. Luego, varias sentencias empezaron a señalar que algunos convenios de la OIT hacen parte del bloque de constitucionalidad y, posteriormente, se distinguió entre los que pertenecen al bloque de constitucionalidad en sentido estricto y los que se integran al bloque de constitucionalidad en sentido lato.

<sup>21</sup> Convenio 87 de la OIT relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicalización, tal como se consagra en los artículos 1 a 11.

Dijo la Corte que, independientemente de la definición acerca de cuáles son los convenios que forman parte del bloque de constitucionalidad, es claro que todos forman parte de la legislación interna, lo que significa que no pueden ser relegados, por regla general, a parámetros supletorios de interpretación ante vacíos normativos en el orden legal.

Concluyó la Corte que, adicionalmente, aquellos convenios que integran el bloque de constitucionalidad han de ser aplicados por todas las autoridades y los particulares para asegurarse de que las leyes nacionales sean interpretadas de manera acorde con la Constitución y tales convenios.

7. Identificado el marco normativo en el que se desenvuelve el derecho de asociación sindical, vamos a realizar algunas observaciones puntuales sobre su desarrollo en la jurisprudencia de la Corte, bien en lo que tiene que ver con la fijación de su configuración y alcance o en los casos en los que la Corte ha debido enfrentar situaciones patológicas desde la perspectiva de la protección constitucional del derecho.

## II

### La asociación sindical en el ordenamiento colombiano

#### 1. El derecho de asociación

El artículo 38 de la Constitución de 1991 garantiza el derecho de asociación *“para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad”*. Doctrinariamente se ha destacado que el derecho de asociación comporta la facultad reconocida a las personas de establecer vínculos con miras a la obtención de fines libremente acordados, lo que supone la conformación *“de una es-*

*tructura organizativa que puede operar jurídicamente”*<sup>22</sup>.

De la consagración constitucional del derecho de asociación surge un conjunto de facultades o prerrogativas que pueden tener como titular a la persona individualmente considerada, o al ente surgido en virtud de la libre confluencia de las voluntades<sup>23</sup>.

La participación en el gobierno de la asociación y en el cumplimiento de las actividades orientadas al logro de sus objetivos suelen enlistarse dentro de los derechos de los socios, a quienes, adicionalmente, se les reconocen garantías de carácter procesal que adquieren especial relevancia cuando se desarrollan procedimientos disciplinarios y cuando se decide la expulsión que debe producirse de conformidad con lo señalado en los estatutos<sup>24</sup>.

#### 2. El derecho de asociación y las diversas clases de asociaciones

Tradicionalmente, el derecho de asociación aparece como un derecho de carácter general, al que se remiten modalidades cuya regulación separada se impone a partir de determinadas circunstancias históricas, como ha ocurrido con la paulatina institucionalización de los partidos políticos, o como aconteció en su momento con el surgimiento y la consolidación de las organizaciones de los trabajadores.

Se ha discutido por la doctrina si todas esas expresiones tienen su ascendiente en el derecho de asociación general que, en razón de sucesivas

<sup>22</sup> AGUIAR DE LUQUE, Luis. “Derecho de asociación”, en Montoya Melgar, Alfredo (ed), Enciclopedia Jurídica Básica, vol. II, Cívitas, Madrid, 1995, pág. 2219.

<sup>23</sup> Cfr. DIEZ PICAZO, Luis María, ob. cit., pág. 359.

<sup>24</sup> Cfr. ELVIRA, Ascensión, ob. cit., pág. 626.

especificaciones, habría adquirido un carácter multívoco, o si cada una de las nuevas manifestaciones de asociación voluntaria configura y delimita un espacio propio y diferenciado del resto de fenómenos asociativos, de modo que lo viable sea hablar de los derechos de asociación, en lugar de tener a uno solo como referente básico o común.

### 3. El derecho de asociación sindical

Sea lo que fuere, para los efectos de esta intervención importa precisar que el movimiento obrero dio origen a una especial forma de asociación, como lo es el sindicato y que, junto al reconocimiento del derecho de asociación general, las constituciones reconocen esa realidad y le confieren consecuencias. Así lo hizo el constituyente colombiano de 1991 al plasmar en el artículo 39 de la Carta el derecho de asociación sindical, por cuya virtud *“los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado”*.

No está de más puntualizar que la regulación constitucional del derecho de asociación sindical es más detallada que la prevista en el artículo anterior respecto del derecho de asociación que aquí hemos denominado “general”, pues fuera de la proclamación, a renglón seguido, el mencionado artículo 39 superior añade que el reconocimiento jurídico de los sindicatos o asociaciones *“se producirá con la simple inscripción del acta de constitución”*, exige que *“la estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales”* se sujete *“al orden legal y a los principios democráticos”*, prevé que la cancelación o suspensión de la personería jurídica *“solo procede por vía judicial, reconoce a los representantes sindicales el fuero “y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión” y, por último, indica que “no gozan del derecho de asociación los miembros de la Fuerza Pública”*.

De acuerdo con la doctrina, la existencia de un nexo entre la asociación sindical y las exigencias provenientes del principio democrático encuentra explicación en el desarrollo de un propósito importante en el ámbito de lo público y constituye rasgo especial tratándose de los sindicatos, por cuanto el funcionamiento democrático no sería exigible respecto de todas las clases o formas de asociación, muchas de las cuales pueden adelantar sus actividades y buscar sus propósitos sin que sea indispensable que su estructura o su funcionamiento respondan a principios democráticos<sup>25</sup>.

### 4. El derecho de asociación sindical en la jurisprudencia constitucional

Dentro del papel configurador del texto constitucional que le corresponde a la Corte como su intérprete autorizado, la jurisprudencia ha avanzado en la definición de los perfiles esenciales del derecho de asociación sindical, en aspectos tales como, los rasgos que hacen del mismo una modalidad del derecho de asociación general y aquellas singularidades que hacen de él una modalidad específica dentro del fenómeno asociativo.

Ha señalado la Corte que el cumplimiento de los objetivos de los sindicatos y, en particular, de los que tienen que ver con la defensa y protección de los trabajadores en sus relaciones con los empleadores<sup>26</sup> y también con el Es-

tado<sup>27</sup>, requiere de un conjunto de garantías, algunas de las cuales han sido reconocidas como parte del contenido específico del derecho de asociación sindical. Así por ejemplo, de acuerdo con el artículo 39 superior, *“se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión”*.

La posibilidad de representar ante el empleador la posición del sindicato, requiere, según la Corte, que el patrono mantenga *“una relación de respeto e interlocución con el sindicato que le permita a la unión sindical, al menos, recibir la información sobre las decisiones que le interesan y afectan”*, lo que resulta *“plenamente compatible con el diálogo democrático”* y constituye *“un desarrollo concreto del modelo de democracia participativa”*, por cuya virtud las autoridades deben *“facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten”*<sup>28</sup>.

Respecto del fuero sindical, la Corte ha precisado que *“el nexo que guarda la protección que trae consigo la garantía foral y el derecho a la asociación sindical es, por consiguiente, bien estrecho”*, al punto que *“el fuero sindical y la libre asociación sindical son dos caras de la misma moneda”*, por cuanto, en razón del fuero, al empleador le corresponde demostrar *“que existe una justa causa para el despido”* y *“someter la calificación de esta justa causa a la autorización previa del juez laboral”*<sup>29</sup>. Particular relevancia ha tenido esta garantía en los eventos de reestructuraciones administrativas, para evitar que se usen con un sesgo antisindical.

<sup>25</sup> Así lo considera ELVIRA, Ascensión, *ob. cit.*, págs. 608 y siguientes.

<sup>26</sup> Al comentar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, el profesor Gómez Montoro alude al derecho que tienen los sindicatos a realizar las funciones que les corresponden y, en especial, la defensa de los intereses de los trabajadores. Véase GÓMEZ MONTORO, Angel, *Asociación, Constitución, Ley*, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, páginas 203 y siguientes.

<sup>27</sup> La Corte ha puesto de presente que el derecho de asociación sindical comporta un poder legítimo de los trabajadores organizados *“para promover no sólo sus intereses sino su visión de la política general en temas que los afectan o convocan como ciudadanos de una democracia participativa”*. Sentencia T-1328 de 2001.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> Cfr. Sentencia T-1108 de 2005.

### 4.3. El derecho de asociación sindical y sus vínculos con otros derechos

Así mismo, ha recalcado la Corte que el cumplimiento de los objetivos propios de las organizaciones sindicales implica la existencia de vínculos entre el derecho de asociación sindical y otros derechos constitucionales, tales como el derecho a obtener la información necesaria para el cumplimiento de sus objetivos, la libertad de expresión como elemento indispensable para adelantar los contactos y negociaciones entre los sindicatos y los empleadores, o los derechos del ámbito laboral contemplados en los artículos 53, 54, 55, 56 y 57 de la Carta<sup>30</sup>.

Así, en concordancia con lo establecido en el Convenio 154 de la OIT “sobre la negociación colectiva”<sup>31</sup>, la Corte Constitucional ha puesto de manifiesto “el estatus constitucional de la negociación colectiva” y ha precisado que su concepto “tiene una connotación amplia”, pues “hace referencia al surgimiento de un conflicto colectivo de trabajo”, a la “correspondiente iniciación de conversaciones”, también “al agotamiento de la etapa de arreglo directo (...) pasando por la eventual declaratoria y desarrollo de la huelga (...), el procedimiento de arbitramento (...) hasta el arribo a un acuerdo y la suscripción de una convención o pacto colectivo”<sup>32</sup>.

Ya en lo que se acaba de indicar se enuncia la relación del derecho de asociación sindical con el derecho a la huelga, que, igualmente, cuenta con la previsión constitucional contenida en el artículo 56 de la Constitución, de acuerdo con cuyas voces este derecho está garantizado, “salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador”. Aun cuando, según la jurisprudencia, no tiene carácter fundamental, por hallarse deferida su regulación a la ley,

su vínculo con el derecho de asociación sindical queda evidenciado por los fines que mediante su ejercicio se persiguen, puesto que la huelga es un mecanismo legítimo “para alcanzar un mayor equilibrio y justicia en las relaciones de trabajo”<sup>33</sup>.

En razón de la huelga, para la defensa de los intereses económicos de los trabajadores o la obtención de mejoras en las condiciones de trabajo, el sindicato se vale de un mecanismo de presión que consiste en la suspensión colectiva del trabajo y, conforme lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional, tal mecanismo no es absoluto, en primer lugar, por su prohibición en el caso de los servicios públicos esenciales y, en segundo término, por la posibilidad que tiene el legislador de establecer límites orientados a proteger derechos de mayor relevancia o el interés general<sup>34</sup>.

Adicionalmente, la jurisprudencia ha dado cuenta de una especial relación entre el derecho de asociación sindical y el principio de igualdad, que se presenta en la medida en que la agrupación de los trabajadores equilibra la relación entre estos y el empleador “y crea escenarios de negociación en condiciones igualitarias”, a más de lo cual una amplia línea jurisprudencial pretende evitar que los beneficios concedidos o acordados entre el empleador y los trabajadores no sindicalizados configuren mejores condiciones de trabajo que las pactadas con los trabajadores sindicalizados, todo en aras de la igualdad y del propio derecho de asociación sindical, que se vería amenazado si la mejora o trato favorable tuviera como finalidad estimular la deserción de los miembros del sindicato<sup>35</sup>.

Por lo demás, particular incidencia tiene el derecho al debido proceso que debe ser observado por las mismas organizaciones sindicales siempre que, por ejemplo, se decida se-

parar a uno de los afiliados, evento en el cual la decisión ha de ser adoptada con requerimientos especiales referentes a la mayoría exigida para adoptarla, a la comprobación de la causal establecida en los estatutos y al derecho de audiencia que han de tener los sindicatos<sup>36</sup>.

## III

### Protección constitucional del derecho de asociación sindical

Después de presentar la manera como el derecho de asociación ha sido concebido en la Constitución, los alcances que le ha dado la jurisprudencia y algunos problemas sobre su naturaleza jurídica, cabe referirse, como epílogo de esta presentación, a algunas de las que hemos denominado *patologías* que, desde la perspectiva constitucional, afectan el derecho de asociación sindical, particularmente, desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte.

#### 1. Protección por vía de la acción de tutela

De manera preliminar cabe reiterar que la Corte ha sostenido que, frente a determinados actos violatorios del derecho de asociación, la acción de tutela se constituye en un mecanismo adecuado de protección, en la medida en que los otros medios judiciales instituidos para el efecto, carezcan del grado de eficacia necesario.

Conforme con tales razonamientos, y sin que la enumeración pretenda ser taxativa, la Corte se ha referido a los casos en los que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para proteger el derecho de asociación sindical. En la Sentencia SU-342 de 1995, reiterada en pronunciamientos

<sup>30</sup> Cfr. Sentencia T-230 de 1994.

<sup>31</sup> Cfr. Sentencia C-191 de 2000.

<sup>32</sup> Cfr. Sentencia C-466 de 2008.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> Cfr. Sentencia C-201 de 2002.

<sup>35</sup> Cfr. Sentencia T-012 de 2007.

<sup>36</sup> Véanse las Sentencias T-329 y 331 de 2005.

posteriores, la Corporación precisó que resultan contrarias al derecho de asociación sindical, y susceptibles de protección por vía de tutela, las siguientes conductas del empleador:

- a. Las que desconozcan el derecho de los trabajadores a constituir sindicatos, afiliarse a estos o a permanecer en ellos.
- b. Las dirigidas a promover la desafiación de los trabajadores a las organizaciones sindicales.
- c. Las que adopten medidas represivas contra los trabajadores sindicalizados o que pretendan afiliarse al sindicato en razón de dicha condición.
- d. Las que desconozcan u obstaculicen el ejercicio del derecho a la negociación colectiva o del derecho de huelga, en los casos en que esta es permitida.
- e. Las que constriñan la libertad de expresión del trabajador o la escogencia de profesión u oficio.
- f. Las que entorpezcan o impidan el cumplimiento de las gestiones propias de los representantes sindicales, o de las actividades que competen al sindicato en defensa de los intereses de los trabajadores, en todos los casos en los que el empleador adopta decisiones o fija posturas que afectan o interesan a la entidad sindical.

De este modo, es posible acudir a la acción de tutela, en demanda de protección del derecho de asociación sindical, frente a aquellas conductas del empleador en que se logre demostrar, de forma clara e inequívoca, que lo inspira un propósito de persecución sindical, es decir, en aquellos casos en que aquel, por acción o por omisión, establece un trato discriminatorio hacia los trabajadores sindicalizados y sus respectivas organizaciones, con el único fin de disminuir o eliminar el ejercicio legítimo del citado derecho.

Dentro de esa línea de interpretación, la mayor demanda de protección del derecho de libre asociación sindical, por vía del amparo constitucional, ha

tenido lugar frente a específicas actuaciones del empleador, las cuales han sido clasificadas por la jurisprudencia en tres grandes grupos, en razón al hecho de constituir los comportamientos más recurrentes. Hacen parte de ellos, (i) los casos de despido de trabajadores en ejercicio de la facultad de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa; (ii) los casos en que se utilizan las negociaciones colectivas de trabajo para establecer diferentes regímenes salariales dentro de la misma empresa; y (iii) los casos en que se propicia el debilitamiento económico de los sindicatos.

### 1.1. Despido de trabajadores, cuando el empleador hace uso de la facultad de terminar unilateralmente el contrato de trabajo sin justa causa

El poder que la ley ha otorgado al empleador para dar por terminados de manera unilateral y sin justa causa los contratos de trabajo, no es absoluto ni ilimitado y, por tanto, no puede ser utilizado como un instrumento de persecución sindical, es decir, con el propósito exclusivo de coartar, restringir y obstruir el libre ejercicio por parte de los trabajadores, de sus derechos fundamentales a la libre asociación, a la negociación colectiva y, por ende, al trabajo.

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que, así como son censurables las prácticas de los trabajadores, sindicalizados o no, que buscan entorpecer o impedir el normal desarrollo de las relaciones laborales, también es reprochable el comportamiento del empleador dirigido a minar las formas de representación colectiva que velan por los intereses de los trabajadores, y que se constituyen en el mecanismo idóneo para replantear la posición de estos últimos dentro de una relación jurídica que es tradicionalmente desigual.

En relación con el punto, la Corte, en la Sentencia T-1328 de 2001,

precisó que cuando el empleador ejerce la facultad de terminación unilateral sin justa causa del contrato de trabajo, respecto de trabajadores que están sindicalizados, y estos aleguen que se presentó un ánimo persecutorio, es necesario establecer cuidadosamente las circunstancias que rodean cada caso particular, para lo cual es preciso ponderar una serie de factores concurrentes. En ese mismo fallo, la Corte se refirió a algunos de los factores que deben hacer parte de ese ejercicio de ponderación. Entre ellos están:

(i) El número de trabajadores sindicalizados despedidos. Ello, teniendo en cuenta que es posible establecer distinciones entre la terminación del contrato laboral que se aplica a un número reducido de empleados y el que cubre a una porción mayor, ya que un despido masivo puede poner en peligro la estabilidad y existencia misma de la organización sindical y, por tanto, ser esta última la verdadera causa del despido.

(ii) El papel que cumplen los trabajadores sindicalizados que han sido despedidos. También es posible establecer diferencias en las consecuencias que produce el despido de simples afiliados a la organización, frente a la de algunos de sus activistas de base o el de los propios miembros de los cuadros directivos —que necesariamente se encargan de la representación del sindicato y la promoción de sus intereses—. Ha dicho al respecto que, incluso, el despido de un solo trabajador puede considerarse lesivo del derecho de asociación sindical, cuando este cumple un papel protagónico o determinante dentro de la organización

(iii) La frecuencia con que el empleador acude al ejercicio de su facultad de terminación unilateral del contrato sin justa causa. La afectación del derecho de asociación sindical también puede provenir de una disminución sistemática de los miembros de un sindicato que termine erosionándolo, muchas veces de manera irreversi-

ble. Sin duda que el despido tiene un efecto mayor sobre la solidez del sindicato cuando este tiene lugar en repetidas ocasiones, pues tal proceder puede conducir a la desarticulación y consecuente desaparición de la organización sindical.

(iv) **La oportunidad en que el empleador decide realizar los despidos.** La estabilidad y capacidad de representación de una organización sindical, no es indiferente al hecho de que la terminación de los contratos de sus afiliados tengan lugar en momentos próximos al vencimiento de la convención colectiva vigente, o cuando, precisamente, el sindicato y el empleador debaten sobre algunas de las condiciones de trabajo existentes. Para la Corte es claro que el uso de la aludida atribución en las circunstancias descritas, se convierte en un mecanismo de presión que afecta el derecho fundamental de asociación sindical de los miembros de la organización y de ella misma, reduciendo su capacidad jurídica de negociación.

(v) **El grado de impacto que los despidos tienen en los demás trabajadores sindicalizados.** En determinados contextos, la terminación unilateral y sin justa causa de los contratos de trabajo de un cierto número de trabajadores sindicalizados, puede ser percibido por los demás empleados, sindicalizados o no, como una conducta retaliatoria contra la organización, en razón de sus actividades de confrontación con la empresa, y tener, en todo caso, un efecto intimidatorio, si se percibe por los trabajadores que la pertenencia al sindicato o la participación en las actividades promovidas por este, ha sido un factor determinante de la conducta de la empresa.

(vi) **Comprobar el *animus* con el que actúa el empleador.** El *animus* es un elemento fundamental dentro del análisis sobre una presunta persecución sindical, en la medida que revela la intención con la que obra el patrono al acudir a la terminación unilateral, sin justa causa, de los contratos de trabajo de sus trabajadores

sindicalizados. Para la jurisprudencia, resulta inaceptable que el empleador, prevaliéndose de una atribución legal, intente desmembrar al sindicato, desestimular la afiliación de los trabajadores al mismo, o perseguir a sus miembros, pues en todos estos eventos es evidente que la facultad contenida en la ley se convierte en un instrumento que desconoce derechos fundamentales de los trabajadores.

Adicionalmente, la Corte ha señalado que se afecta el derecho de asociación sindical, en su dimensión representativa, cuando se omite dar previa noticia a la organización sindical sobre la decisión de dar por terminados los contratos de trabajo de algunos de sus integrantes. Ha señalado al respecto que “cuando un empleador decide terminar unilateralmente y sin justa causa el contrato de trabajo de un grupo de trabajadores sindicalizados, además de cumplir con los requisitos legales para el efecto (...), debe, en aplicación directa de la Carta Política, velar por la integridad del derecho de asociación sindical de sus empleados y del sindicato al que pertenecen, lo cual supone, por lo menos, informar al sindicato sobre tal hecho con el propósito de que la organización pueda actuar en defensa y representación de sus intereses colectivos y los de sus afiliados”<sup>37</sup>.

Son numerosas las sentencias de la Corte que se han referido al tema.

Entre ellas cabe destacar las siguientes:

**Sentencia T-476 de 1998**, en la que se tutelaron los derechos a la libre asociación, a la negociación colectiva y al trabajo, de un grupo de cinco trabajadores de la empresa Cadena Hispanoamericana de Radio S.A., a quienes le fueron cancelados sus contratos a término indefinido sin justa causa, luego de intentar promover una negociación colectiva con las directivas de la empresa, por cuanto consideró la Corte que, a la luz de los criterios fijados por la jurisprudencia, la decisión de retiro, obstruyó la

realización efectiva de esos derechos, pues al despedir a los promotores de la propuesta no solo se impidió que ésta siguiera su curso, sino que se logró con ella un efecto de intimidación en los demás empleados.

**Sentencia SU-998 de 2000**, en la que la Corte protegió los derechos de asociación y libertad sindical de más de 200 trabajadores de la Previsora S.A., Compañía de Seguros, pertenecientes, la mayoría de ellos a organizaciones sindicales, y despedidos por la empresa argumentando la necesidad de una reestructuración de la compañía y del personal, motivada en una modernización tecnológica y una nueva política de mercado. En dicho fallo, la Corte llegó a la conclusión de que fue la decisión de la Asamblea de Delegados de los trabajadores, de negar la suspensión de la cláusula convencional que consagraba la estabilidad laboral el detonante para el despido masivo de trabajadores, especialmente sindicalistas, decisión que afectó ostensiblemente la libertad sindical y ocasionó un grave perjuicio a organizaciones sindicales constitucionalmente protegidas.

**Sentencia T-1328 de 2001**, donde la Corte conoció de una acción de tutela promovida por siete miembros de la Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo, entidad sindical que agrupa a la mayoría de los auxiliares de vuelo vinculados a la aerolínea American Airlines en Colombia, cuyos contratos de trabajo fueron terminados sin justa causa por las directivas de la referida aerolínea en Colombia, a juicio de los actores, en retaliación por las actividades desarrolladas por la Asociación en defensa de los derechos de los trabajadores. Teniendo en cuenta los criterios adoptados por la jurisprudencia, y luego de evaluadas las pruebas allegadas al expediente, la Corte concluyó que aunque la decisión adoptada por American Airlines no configuraba un acto de persecución sindical, pues no se inscribía dentro de los criterios que se han fijado para el efecto, la empresa usó

<sup>37</sup> Sentencia T-1328 de 2001.

ilegítimamente la facultad de dar por terminado el contrato de trabajo de los peticionarios, pues no comunicó la decisión de despido a la Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo, negándole la oportunidad para que pudiera participar en el trámite del despido, bien manifestando su punto de vista sobre el particular, de la forma que creyera más conveniente, o brindando asesoría y acompañamiento a los afectados. Para la Corte, la organización sindical no tuvo entonces la oportunidad de enterarse del despido de los peticionarios no solo para representar sus intereses como agrupación —en garantía de la dimensión colectiva del derecho de asociación sindical—, sino además, los de cada uno de los afectados —reconociendo, además, una faceta de la dimensión individual del derecho de asociación sindical—.

## 1.2. Diferencias en regímenes salariales que favorecen a trabajadores no sindicalizados y que debilitan las organizaciones de los trabajadores

Aun cuando el derecho a la negociación colectiva no tiene por sí mismo la condición de derecho fundamental, puede ser objeto de protección a través de tutela, porque su desconocimiento puede implicar la violación o amenaza de vulneración de otros derechos fundamentales, como la igualdad, el trabajo y el derecho a la asociación sindical, en este último caso, si se tiene en cuenta que una de las funciones de los sindicatos es la de presentar pliegos de peticiones, que luego del trámite correspondiente conduce a la celebración de la respectiva convención colectiva de trabajo<sup>38</sup>.

Bajo ese entendido, la jurisprudencia ha establecido, como regla general, que la libertad de los patronos para regular a través de pactos colectivos las relaciones de trabajo, cuando estos vayan a coexistir con convenciones colectivas en la empresa, se encuentra restringida o limitada por el conjunto de derechos, valores y principios que reconoce la Constitución. En otros términos, la aludida libertad queda incólume y goza de la protección constitucional y legal, pero no puede ejercerse o utilizarse por el patrono para afectar los derechos fundamentales de los trabajadores y de la organización sindical.

Desde esta perspectiva, ha considerado la Corte que se afecta el derecho a la igualdad, cuando el pacto colectivo contiene cláusulas que crean condiciones de trabajo para los trabajadores no sindicalizados, diferentes a las previstas para los trabajadores sindicalizados, y las circunstancias fácticas no justifican desde el punto de vista de su diferencia, racionalidad, razonabilidad y finalidad un tratamiento distinto. Así mismo, ha encontrado que tal conducta viola el derecho a la asociación sindical, porque las aludidas diferencias en las condiciones de trabajo estimulan la deserción de los miembros del sindicato, con el resultado de que un sindicato que antes era mayoritario se puede tornar en minoritario con las consecuencias jurídicas que ello implica e incluso puede llegar a desaparecer.

En relación con ese tema, es de la mayor importancia hacer expresa referencia a la Sentencia de Unificación de Jurisprudencia SU-342 de 1995, la cual constituyó el primer precedente en la materia. En dicho pronunciamiento, la Corte protegió los derechos fundamentales a la igualdad, a la asociación sindical y a la negociación colectiva de los trabajadores sindicalizados de la Empresa Confecciones Leonisa S.A., vulnerados como consecuencia de la práctica asumida por la empresa, consistente en otorgarle a los trabajadores no sindicalizados que suscribían pactos colectivos,

unas condiciones laborales mucho más favorables que las consignadas en las convenciones colectivas para los trabajadores sindicalizados.

Igualmente, es de interés referirse a la Sentencia T-330 de 1997, donde se protegieron los derechos de los trabajadores sindicalizados de la Empresa Icollantas S.A., porque el empleador otorgó a los trabajadores no sindicalizados unas ventajas salariales y prestacionales, e implementó una serie de prácticas tendientes a generar la deserción de los miembros de la asociación de trabajadores. La Corte encontró que la aludida empresa había incurrido en prácticas que tuvieron como fin la deserción de los miembros afiliados a la organización sindical “Sintraicollantas”.

## 1.3. Casos en los que el empleador propicia el debilitamiento económico del sindicato

En relación con este aspecto, la Corte ha recordado que el objetivo primordial de las asociaciones consiste en velar por los intereses comunes de sus asociados y no puede, desde ningún punto de vista, desarrollar plenamente su objeto si no cuenta con los bienes y recursos económicos necesarios para su subsistencia.

Bajo ese criterio, ha entendido la Corporación que si el empleador tiene la obligación legal de deducir del salario el valor correspondiente a las cuotas de sostenimiento de la asociación, y así mismo entregarlas al sindicato, la retención indebida o la mora en el pago a la respectiva organización sindical, además de implicar un acto de deshonestidad que podría ser constitutivo de delito, coloca en grave peligro la existencia de la organización sindical en cuanto la asfixia en uno de sus elementos esenciales. De acuerdo con la jurisprudencia, la asociación requiere necesariamente de las cuotas de sostenimiento para poder funcionar y para realizar las actividades propias de su objeto, de

<sup>38</sup> Sobre el punto se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-112 de 1993, C-009 de 1994, C-161 de 2000, C-280 de 2007 y C-466 de 2008.

manera que la no entrega de tales sumas por parte del patrono, sin justificación válida alguna, resulta claramente violatoria del derecho fundamental de asociación sindical.

Sobre este punto, es importante destacar, entre otras, la Sentencia T-324 de 1998, en la que la Corte encontró violado el derecho de asociación de los miembros del Sindicato de Trabajadores Oficiales del Municipio de Ambalema (Tolima), a quienes la Tesorería del citado Municipio venía descontando las cuotas sindicales con las cuales estos contribuían al sostenimiento de la organización, pero retenía los valores correspondientes y no los entregaba al sindicato. En el citado fallo, la Corte señaló que la retención indebida o la simple mora en el pago de los aportes por la entidad empleadora, lesionaba la estabilidad del sindicato y generaba grave riesgo para su subsistencia.

En el mismo sentido se pronunció la Corte en la Sentencia T-300 de 2000, en la que se protegió el derecho de asociación sindical de la Asociación de Jubilados de la Industria Licorera del Bolívar, vulnerado por la Industria Licorera de Bolívar, en razón a la conducta asumida, consistente en retener indebidamente el pago de las cuotas sindicales de los socios de la referida asociación.

**1.4. En un contexto distinto,** y aunque no se refiere expresamente al derecho de asociación sindical, cabe mencionar la Sentencia T-471 de 2008, porque en ella se aborda un problema que ha sido señalado por los trabajadores como sensible desde la perspectiva de ese derecho, cual es el de las cooperativas de trabajo asociado. En esa sentencia, la Corte debió hacer frente a situación que presentaban unos trabajadores portuarios en Buenaventura, a quienes la Empresa Portuaria no les permitía desarrollar las labores de carga, debido a que las cooperativas de trabajo asociado a las que se encontraban vinculados, no garantizaban su afiliación a la seguridad social.

Para resolver el asunto de constitucionalidad planteado, la Corte hizo alusión al contexto laboral en el Puerto, que hace evidentes las dificultades que desde la perspectiva de los derechos de los trabajadores portuarios, y en particular del de asociación sindical, se generan por el recurso indiscriminado a las Cooperativas de trabajo asociado. Para la protección del derecho de los trabajadores, la Corte dispuso ORDENAR a la Sociedad Portuaria de Buenaventura garantizar la afiliación de los accionantes a la seguridad social, mediante el pago directo de los aportes de ser ello preciso y abstenerse de obstaculizar el ingreso de los accionantes al Terminal Marítimo a realizar las labores que les permiten derivar su sustento, por causas atribuibles a los contratistas y subcontratistas que operan en sus instalaciones. Del mismo modo, la Corte dispuso oficiar a la Defensoría Regional del Pueblo Regional Valle del Cauca para que, entre otros asuntos, asistiera a los accionantes en la defensa de sus derechos constitucionales y legales, relacionados con la modalidad de su vinculación al Terminal Marítimo.

## 2. Protección de la libertad sindical por la vía del control abstracto de constitucionalidad

Son varias las sentencias de constitucionalidad en las que la Corte se ha referido al derecho de asociación sindical.

**Sentencia C-349 de 2009,** en la que la Corte declaró inexecutable el párrafo 2° del artículo 1° de la Ley 1210 de 2008, que facultaba al Presidente de la República, previo concepto favorable de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para ordenar la cesación de una huelga, cuando esta afectaba la seguridad, la salud, el orden público o la economía de una parte o de toda la población. Encontró la Corte que la

facultad otorgada por la norma acusada al Presidente para restringir el derecho de huelga, no respetaba la condición material establecida en el artículo 56 de la Carta Política, que admite la limitación de la huelga solo para los servicios públicos esenciales definidos por el legislador. Consideró la Corporación, que la norma acudía a criterios laxos relacionados con el interés general, la utilidad pública o la importancia económica de la actividad suspendida, que si bien podían ser predicables de muchas actividades, incluso de aquellas que involucraban la prestación de un servicio público, no revestían la característica de *esencial*, por cuanto no habían sido definidos como tal por el legislador. Se afirmó en el fallo que, aun cuando la preservación del orden público, del orden económico y social y de la salubridad pública, son sin duda cometidos que conciernen al Gobierno nacional, no es admisible que para conjurar situaciones que los perturben de manera grave, se acuda a la suspensión *permanente* del derecho de huelga, en eventos no previstos en la Constitución, cuando el orden jurídico contempla herramientas para que el ejecutivo enfrente con mayor eficacia situaciones de tal envergadura.

También encontró la Corte que la función consultiva asignada a la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y en su defecto, al Procurador General de la Nación, desbordaba las competencias que los artículos 234 y 278 de la Constitución, respectivamente, asignaban a esos órganos. De acuerdo con la sentencia citada, emitir un concepto, sin sujeción a procedimiento alguno, acerca de la orden presidencial de suspender el ejercicio de un derecho, no se inscribe en ninguna de las competencias que la Carta le atribuye a la Corte Suprema y al Procurador General de la Nación.

**En la Sentencia C-070/09,** la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad del Decreto 3929 de 2008, por medio del cual el Gobierno Nacional declaró el estado de conmo-

ción interior, a propósito del paro de la Rama Judicial que afrontó el país en el año 2008. En esa oportunidad, la Corporación declaró la inexecutable del citado decreto, por considerar que, si bien el Gobierno probó la ocurrencia de los supuestos fácticos que originaron la declaratoria del estado de conmoción, “no cumplió con la carga mínima de apreciación exigida por la Constitución y por la Ley Estatutaria de Estados de Excepción respecto del carácter grave y extraordinario de los hechos invocados, así como de su vocación para alterar el orden público”. Para el Tribunal, el Gobierno se limitó a afirmar que los hechos alegados atentaban “contra la estabilidad institucional y el normal funcionamiento de la rama jurisdiccional”, lo que implicaba un “grave detrimento del interés general, del orden público, la seguridad del Estado y la convivencia ciudadana”; y que la “gravedad de la situación descrita” amenazaba “la estabilidad institucional, la seguridad del Estado y la convivencia ciudadana”, aseveraciones,

que no constitúan una valoración sobre la gravedad de los hechos, su carácter excepcional y anormal, o su potencial desestabilizador. Por esa razón, la Corte concluyó que el Gobierno no cumplió con uno de los presupuestos materiales de la declaratoria del estado de conmoción interior.

La Corte Constitucional, en las Sentencias C-385 de 2000 y C-311 de 2007, declaró inexecutable, el artículo 384, y algunos apartes de los artículos 388 y 422 del Código Sustantivo del Trabajo, que, de un lado, exigían que por lo menos las dos terceras partes de los sindicatos debían estar conformadas por ciudadanos colombianos y, del otro, prohibían a los extranjeros hacer parte de los cargos directivos. Estimó el tribunal que, en el caso de las normas citadas, se configuraba una ostensible violación al artículo 13 de la Carta, pues el trato diferente en ellas previsto, no se funda en una justificación objetiva y razonable, sino en el origen nacional del trabajador afiliado a dichas orga-

nizaciones, situación que está expresamente proscrita por la Constitución y por los tratados internacionales de derechos humanos, de acuerdo con los cuales para poder gozar del derecho de asociación sindical es indiferente el origen nacional de las personas, pues lo relevante es que se trate de trabajadores.

Adicionalmente, se sostuvo en las citadas decisiones, que la diferencia de trato propuesta en la ley afecta el núcleo esencial del derecho de asociación sindical y otras libertades fundamentales como las de expresión y difusión del pensamiento y opiniones e información, petición y reunión, que son conexas al derecho de asociación sindical, así como otras garantías de carácter laboral: la libertad de negociación y el derecho a la huelga, pero en especial el derecho a la participación, ya que se impide a los extranjeros intervenir y tomar parte en asuntos y decisiones que los afectan.

## IV

### Conclusiones

Para concluir esta presentación, son importantes estas reflexiones sobre el trabajo decente y el derecho de asociación sindical.

1. La definición del trabajo decente desborda la consideración según la cual el trabajo es un factor más, o, al decir de algunos, un elemento más, asociado al costo que demanda la generación de bienes y servicios. Dicha acepción tampoco se limita a describir la actividad laboral como la prestación personal de un servicio, en condiciones de subordinación, a cambio de una remuneración o salario.

El novedoso concepto, que se inscribe en una idealización de lo que significa para el ser humano el trabajo como instrumento para su desarrollo personal, tanto material como espiritual, para la consolidación de su entorno familiar y social, es una idea que refleja la manera como se posibilita al asalariado el disfrute de las ventajas y beneficios que actualmente ofrece el mundo civilizado. El trabajo decente enaltece al hombre y le da significado a su existencia. Quien posee un trabajo digno tiene mucho para ser feliz y la felicidad es la principal razón de ser de la vida.

De ahí por qué la Carta incorporó al trabajo, en el artículo 1°, como uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho.

Bajo el anterior enfoque, se revela la importancia de que las asociaciones sindicales de trabajadores apliquen con rigor todos los instrumentos y prerrogativas a su alcance para convertir en realidad tangible, si es posible, al alcance de todos los colombianos, el acceso y la permanencia a un trabajo decente. Se advierte, sin embargo, que tal propósito, por su importancia, no puede relegarse exclusivamente a las organizaciones sindicales o a la negociación colectiva, sino que también corre a cargo de todos los actores del proceso productivo, empleadores y gobierno y, así mismo, sin duda alguna, de todos los estamentos de la sociedad.

En lo que compete a la Corte Constitucional, como se ha visto, la Corporación no ha sido inferior en su compromiso de despejar el camino para la consecución de tan anhelada meta, tal como se evidencia de la defensa acérrima que ha hecho de los postulados y garantías del derecho de asociación sindical y de todos aquellos otros valores y principios consignados en la Constitución, cuya finalidad apunta a que Colombia avance en la real consolidación del Estado Social de Derecho que nos rige.

2. La jurisprudencia constitucional ha protegido el derecho de asociación sindical, no sólo por virtud de su expresa consagración constitucional, sino como manifestación, que es, de la idea de trabajo decente, cuya realización, como se ha dicho, debe ser el resultado de un consenso en el que participan los distintos actores.

Ese consenso implica lograr aproximaciones, respuestas y soluciones en los aspectos que, hoy por hoy, marcan la agenda en torno a la garantía de la asociación sindical y que tienen que ver con la violencia contra sindicalistas, la impunidad y marcos regulatorios, como el de las cooperativas de trabajo asociado, que limitan el papel de las organizaciones sindicales. También es necesario reflexionar sobre el descenso en las tasas de afiliación, y sus causas, tanto internas como externas.

Hacia el horizonte, entonces, se encuentra la perspectiva de un sindicalismo fortalecido, capaz de un verdadero y efectivo agenciamiento de los intereses de los trabajadores, en un clima de concertación social, dentro de un compromiso ineludible por un trabajo decente para todos, con lo que ello implica desde la perspectiva de una sociedad más justa y equitativa.

Muchas gracias.

# “EL DERECHO A LA MEMORIA”



Nilson Pinilla Pinilla  
Presidente de la Corte Constitucional  
Barrancabermeja, 12 de agosto de 2009

## I. INTRODUCCIÓN

Como señaló Edmund Burke, todo lo que es necesario para el triunfo del mal es que los hombres de bien nada hagan, inercia contra la cual debe reaccionarse a partir de un primer paso indispensable: el conocimiento de la realidad sobre el acaecer lesivo.

Así, la presente disertación tiene como finalidad reafirmar lo imperioso de esclarecer el pasado de los pueblos y, desde esa perspectiva, instar a las generaciones que hoy interactúan en la construcción y reformulación del país y a las venideras, para que en ejercicio del derecho imprescriptible e inalienable a la memoria, reconocida internacionalmente como parte del acceso a la verdad e ingrediente de la justicia transicional, registren todo acontecimiento que, por oprobioso, deba trascender como paradigma de irrepetibilidad.

Lo anterior, no solo para reconocimiento a las víctimas, sino para que mediante la remembranza de esas circunstancias dolorosas se erija la garantía de no repetición, en el camino hacia la convivencia pacífica.

No de otra forma tendría tanta validez ese sabio y siempre vigente apotegma, según el cual el pueblo que desconoce su historia está condenado a repetirla.

Dentro de las acepciones del vocablo memoria que trae el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, se encuentra “**recuerdo que se hace o aviso que se da de algo pasado**”, y “*exposición de hechos, datos o motivos referentes a determinado asunto*”.

Pero, más que el recuerdo que se tiene del pasado, la memoria conlleva el reconocimiento colectivo y la retención de esos hechos, manteniéndolos vigentes a través de la evocación, que consiste en apreciar o estimar aquello que ha sido reconocido<sup>1</sup>. De allí que sea válido formular como axioma que **si verdad es el conocimiento de los hechos, memoria es el reconocimiento social de los mismos**<sup>2</sup>.

## II. LA IMPORTANCIA DE LA MEMORIA PARA LA HUMANIDAD

Tan trascendente resulta el reconocimiento de la memoria —entendida en la acepción que apunta al recuerdo o evocación de algo— que en la

<sup>1</sup> Elizabeth Jelin, “*Los trabajos de la memoria*”, Siglo Veintiuno Editores, España, 2001, Cap. 2.

<sup>2</sup> Exposición de motivos de la Ley 4ª de junio 19 de 2008 de la Comunidad Autónoma Vasca.

antigüedad, en Egipto y Roma era una práctica habitual la “*damnatio memoriae*” o “condena de la memoria”, como sanción que conllevaba la destrucción de cualquier vestigio material del recuerdo de alguien.

En Roma, el Senado la decretaba oficialmente para condenar el recuerdo del estigmatizado como enemigo del Estado. La sanción consistía en eliminar, retirar o destruir todo objeto de evocación, imágenes, monumentos, inscripciones, monedas e, incluso, borrando su nombre de los registros públicos o vetando el uso de ese nombre por los miembros de la familia<sup>3</sup>.

Algo similar se intuye en las adendas de las malvadas sentencias impuestas por la corona española contra José Gabriel Condorcanqui en Perú, y contra José Antonio Galán, Lorenzo Alcántuz, Isidro Molina y Manuel Ortiz, en el Virreinato de Nueva Granada.

Aunque esa práctica parezca omnicida y vetusta, la supresión de elementos históricos tiene cabida aún en la actualidad. En España la Ley 52 de diciembre 26 de 2007, además de reconocer y ampliar derechos a quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura que le sobrevino, se estableció que las autoridades públicas tomarán las medidas oportunas para retirar escudos, insignias, placas y demás menciones conmemorativas que exalten de forma personal o colectiva la sublevación en la Guerra Civil y la represión durante la Dictadura, exceptuándose alusiones de estricto

<sup>3</sup> Esa práctica se llevó a cabo, entre otros emperadores, con Calígula, Nerón, Alejandro Severo, o Lúcio Élio Sejano, quien fuera condenado luego de conspirar contra Tiberio.

to recuerdo privado, o por razones artísticas, arquitectónicas o artístico-religiosas protegidas por la ley.

Escritores foráneos, como la historiadora María Teresa Padilla Aguilar<sup>4</sup>, proponen que la intención de un pueblo de borrar su pasado, aunque no sea un ejercicio sistemático, resulta “terriblemente significativa”, como quiera que es “renunciar a una parte de sí mismo”. Así, se plantea que en aquellos casos en los cuales el Estado o la organización política oficialmente aplica esa sanción, condena su propio pasado, pues una supresión de imágenes no es más que un medio de aniquilar un recuerdo.

De lo anterior, resalta la relevancia que para la humanidad tienen los recuerdos, la evocación, la memoria. Pero lo más importante que de allí deviene, es el reproche que genera que un Estado o la sociedad, de manera consciente o inconsciente, cohonesten el olvido, dada la importancia del derecho a la memoria, en particular para quienes por afrentas contra sus garantías fundamentales han sido marginados y excluidos del mundo de los vivos.

No atender lo anterior sería como revivir en la práctica esa *damnatio memoriae*, en detrimento de las víctimas y de la sociedad, no como consecuencia de una sanción, sino por la indolencia de quienes tienen la obligación de recordar y conservar todo lo que apunte a ello. En otros términos, lo angustioso vendría a ser el olvido, sea por no conocer o por olvidar.

<sup>4</sup> Artículo “La destrucción del recuerdo”, publicación de la Revista Odisseo “Rumbo al Pasado”, agosto 2 de 2001. En [http://usuarios.lycos.es/odiseomalaga/an\\_03.htm](http://usuarios.lycos.es/odiseomalaga/an_03.htm), en ese mismo documento se indica que es común en España efectuar el cambio de los nombres de las calles “vinculadas a la dictadura franquista, en distintas fechas tras la transición política”, e incluso el cambio de los nombres de ciertos pueblos o localidades, aunque puntualiza que no se trata de un ejercicio sistemático.

### III. PRINCIPIOS Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO A LA MEMORIA EN EL DERECHO COMPARADO Y EN COLOMBIA

La significación para los pueblos del conocimiento de la verdad, principalmente acerca de actos que vulneren derechos fundamentales, que por su gravedad y atrocidad generan conmoción tanto en el ámbito local como foráneo, radica en la posibilidad de reformular la convivencia, gracias a las experiencias que surgen de los acontecimientos reconocidos y con ello precaver su reiteración.

Para tratar de contrarrestar los graves acontecimientos ingentemente reproducidos en materia de violación de derechos humanos en el mundo, se ha difundido e insistido en que las víctimas tienen, aunado a la reparación y a la justicia, el derecho a la verdad, dentro del cual se ha formulado la existencia del denominado *derecho a la memoria*, siendo adicionalmente un amparo contra la repetición de esos actos.

En ese sentido es pertinente resaltar, tal como fuera señalado en el Preámbulo del Conjunto de Principios actualizados para la protección y la promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad<sup>5</sup>, que en

<sup>5</sup> Anexo al informe presentado en febrero 18 de 2005 a la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas por Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. Cfr. “*Compilación de Instrumentos Internacionales, Derechos Internacionales de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional*”, publicado por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sexta edición, Bogotá, Colombia, 2005, págs 140 a 161.

interés de las víctimas de violaciones a esas garantías es preponderante en el ámbito nacional e internacional, que “se asegure conjuntamente el respeto efectivo del derecho a saber que entraña el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a obtener reparación, sin los cuales no puede haber recurso eficaz contra las consecuencias nefastas de la impunidad”.

En ese conjunto de principios se estableció que *la verdad es un derecho inalienable de cada pueblo*, el cual permite conocer las circunstancias que llevaron a la ejecución de crímenes “aberrantes”, y es salvaguarda contra la repetición de esa clase de comportamientos.

Tratándose de la memoria, se constituye además la existencia de un “deber de recordar”, según el cual el conocimiento de la opresión históricamente afrontada por un pueblo forma parte de su *patrimonio*, correspondiéndole al Estado adoptar las medidas necesarias para evitar la negación de esas evocaciones, por dura, difícil y comprometedor que pueda resultar tal remembranza.

Así, se consagra la posibilidad de que los pueblos que han sufrido crímenes horribles, perpetrados en forma masiva o sistemática, puedan beneficiarse de la creación de *comisiones de la verdad o de investigación*, para que cercioren la realidad e impidan la desaparición de pruebas, siendo una obligación de los Estados, aunque no sean creadas esas comisiones, garantizar la preservación y permitir la consulta de los archivos contentivos de tal información.

Ese principio tiene importante aplicación en la actualidad, pues en el marco de la ciencia jurídica, el derecho a la memoria se encuentra relacionado con la preponderancia proveída al conocimiento de la verdad entre las naciones, máxime cuando de crímenes atroces se trata; llevando a que, como en el ejemplo grandioso de Sudáfrica, en la América de habla hispana se hayan creado comisiones de la verdad en Argentina, Guatemala, Perú y en Colombia.

En Perú, la Comisión de la Verdad y la Reconciliación creada para investigar y hacer pública la realidad sobre los veinte años de violencia política iniciados en 1980, indicó que verdad es “*el relato fidedigno, éticamente articulado, científicamente respaldado, contrastado intersubjetivamente, hilvanado en términos narrativos, afectivamente concernido y perfectible*”<sup>6</sup>.

Igualmente, en el prólogo del Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de **Guatemala**, dado a conocer en 1999, se puntualizó que al desentrañar la verdad, se dignifica hasta a los mismos agresores, quienes al reconocer sus actuaciones criminales pueden recuperar la dignidad que de su propia mano perdieron.

Ahora bien, internacionalmente se han adoptado políticas públicas y desarrollos legislativos para procurar la reivindicación del derecho a la memoria y su reconocimiento, para las víctimas de conductas viles, sus familias y la sociedad.

No solo en la América hispanoparlante se han acogido medidas para resguardar las garantías de las víctimas y de la colectividad, frente a graves situaciones de violación de derechos humanos.

En la **Comunidad Autónoma Vasca** fue aprobada la Ley 4<sup>ª</sup> de junio 19 de 2008, para el reconocimiento y reparación de las víctimas del terrorismo, que tras décadas de violencia ha dejado casi un millar de personas asesinadas, con “*violaciones constantes de derechos esenciales*”.

En los antecedentes de la referida Ley se expresó que el futuro de la convivencia debe ser construido por el País Vasco sobre la memoria de las víctimas, pues su reconocimiento es un acto de justicia y es “*la expresión sincera de una sociedad que no quiere revivir nunca más el sufrimiento injusto*” que esas víctimas padecieron.

Bajo tales supuestos, se impuso a los poderes públicos del País Vasco una serie de derroteros, no solo aplicables a esa comunidad autónoma española sino que desde ahí trascienden a cualquier conglomerado social que haya sufrido desmedidos embates violentos e ignominias provenientes de agrupaciones civiles, sean estas organizadas o no, militares, o de otras fuerzas del Estado.

Se planteó entonces, que todas las medidas adoptadas para el reconocimiento de las víctimas deben compensar, en lo posible, el **olvido**, la **invisibilidad** y la **incomprensión** padecida por años, sin dejar de lado que **resulta ofensiva la exaltación pública de los agresores**. Igualmente, debe ejemplificarse a quienes superando esos agravios, se han mantenido ajenos a la tentadora idea de hacer justicia por propia mano.

Así, ese conjunto de garantías fundamentales tienen una naturaleza programática, de donde se desprenden en un primer nivel los derechos de las víctimas: la justicia, la dignidad, el reconocimiento y la reparación; y, en segundo lugar, los derechos compartidos con la sociedad, como son, la verdad, la memoria y su significación política; y, finalmente, los derechos de la humanidad: a la paz, a la convivencia y a la libertad.

Medidas como las ahora referidas son el reflejo de la ineludible consagración expresa de los derechos a la verdad y a la memoria, como garantías de las víctimas y de la sociedad, a partir de lo cual debe permitirse el acceso a los archivos oficiales donde esté consignada información relevante para la “investigación histórica”.

Otro ejemplo de una política seria de reconocimiento del derecho a la memoria lo encontramos en la Ley 52 de 2007 (Ley de la Memoria Histórica), promulgada en **España**, que reconoce y amplía derechos a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, donde se expresó que la memoria es un derecho de la persona y de la familia, especialmente cuando han sido afectados por conflictos públicos.

Gracias a esa experiencia internacional se colige que uno de los principales derechos de la víctima es la dignidad, el cual conlleva un trato con humanidad, de modo que se garantice su seguridad, su bienestar físico y psicológico, su estoicismo, su intimidad y la de sus familiares. Lo anterior, sin dejar de lado que la información que sobre ellos sea expuesta, debe tratarse de forma adecuada, protegiendo así su imagen, principalmente para que no sean objeto de nuevas vejaciones, agresiones adicionales o tratos despectivos, humillantes o degradantes.

En ese orden, la experiencia internacional señala que existen aspectos inmateriales, cada vez más relevantes, con los cuales se procura además de la satisfacción a las víctimas, la convivencia pacífica, la reconstrucción y la transformación social, mediante la abolición de toda forma de violencia. Sin olvidar que en muchas oportunidades, lamentablemente, aunque se pretenda restablecer los derechos de una persona que ha sufrido una grave vulneración de sus garantías fundamentales, prevalecerán secuelas irreparables, evento en el cual más ingentes deben ser los esfuerzos de la administración y de los coasociados, para proveerles de condiciones que les permitan vivir de forma digna, a quienes padecen la infamia de la victimización.

Con esos planteamientos podemos puntualizar que el derecho a la memoria que cobija a las víctimas, a sus familias, a las sociedades en particular y a la humanidad en general, implica reconocer los actos ejecutados, el su-

<sup>6</sup> Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, hecho público en agosto 28 de 2003; en Verdad, memoria y reconstrucción –Estudios de caso y análisis comparado–, Serie Justicia Transicional; publicación del Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), Com. Mauricio Romero, Colombia, 2008, pág. 362.

frimiento y dolor ocasionados, no solo para paliar en parte los daños causados, sino para recabar el reconocimiento y el recuerdo general que erradique cualquier forma de repetición, siempre en procura de la convivencia pacífica y en condiciones dignas.

Lo anterior, primero mediante la cognición de los hechos, hacia la cual es necesario que se efectúe y divulgue un verdadero reconocimiento público y oficial de las maldades y del sufrimiento causado y de lo relevante de admitir la real magnitud de lo acaecido, pidiendo perdón. Además, del deber de reconocer no solo a los ausentes asesinados o desaparecidos, sino a los sobrevivientes, a los heridos, a los secuestrados, a los extorsionados, a los amenazados, a las personas ultrajadas, al padecimiento que en soledad deben afrontar las familias y los amigos.

**Colombia** también cuenta dentro de su desarrollo legislativo con normas que buscan enaltecer la honra y la memoria histórica, luego de fatídicos hechos en contra de los derechos humanos.

En conmemoración de los horribles acontecimientos ocurridos en el Palacio de Justicia de Bogotá en noviembre 6 y 7 de 1985, fue expedida, después del desatendido artículo 4° de la Ley 87 de 1989,<sup>7</sup> la Ley 1056 de julio 26 de 2006, por medio de la cual se “honra y exalta” la memoria de los Magistrados y servidores públicos víctimas de ese Holocausto. Se planteó como “homenaje perenne a su memoria”, la construcción de un “monumento a la vida” en la plazo-

<sup>7</sup> La Ley 87 de diciembre 29 de 1989, “por la cual la Nación se asocia a la conmemoración de los 160 años de fundación de la ciudad de Chaparral (Tolima) y se dictan otras disposiciones”, señala en el artículo 4°: “El Palacio de Justicia que actualmente se reconstruye en la Plaza de Bolívar de Bogotá, llevará el nombre de Alfonso Reyes Echandía, quien era el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, al momento del holocausto del seis y siete de noviembre de 1985”.

leta del Palacio (art. 2°), y la realización de un documental periodístico que recoja las imágenes de lo sucedido (art. 3°).

Igualmente, el legislador encomendó al Consejo Superior de la Judicatura la creación de un “centro de documentación”, al interior de la Biblioteca Enrique Low Murtra, encargado de adquirir, organizar, clasificar y microfilmear las investigaciones judiciales, las disciplinarias, las académicas, los informes de prensa, los documentales, los trabajos y tesis de grado y demás documentos que contribuyan a preservar la **memoria histórica** de los hechos acaecidos (art. 4°). Se conmina además a las autoridades judiciales, administrativas, disciplinarias y también a las militares a prestar su colaboración en el recaudo de esa documentación, so pena de incurrir en falta grave (art. 5°).

Finalmente, consagró el 6 de noviembre de cada año como “día nacional del derecho a la vida”, exhortando a los establecimientos educativos públicos y privados y a la Rama Judicial a conmemorar esa fecha con la realización de foros, conferencias, talleres y jornadas de reflexión referentes al derecho a la memoria, los derechos humanos y el respeto a la vida (arts. 6° a 8°).

Dentro de esos loables propósitos, con la iniciativa y aval de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, fue creada en noviembre 6 de 2005 la **Comisión de la Verdad**, conformada por tres ex presidentes de esa corporación, con la finalidad de construir la memoria histórica y aportar a la satisfacción del derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad colombiana<sup>8</sup>. Para tal efecto, el principal mandato de esa Comisión es aclarar los hechos que rodearon la toma y la llamada retoma del Palacio de Justicia, mediante la emisión de un informe final que se presentará en noviembre 6 de 2009, que recopilará lo que se pudo esclarecer y se con-

<sup>8</sup> Tomado de la dirección de Internet: <http://www.verdadpalacio.org.co>.

vertirá en referencia obligada para quien desee verificar esos luctuosos acontecimientos.

## IV. LA JURISPRUDENCIA DE LA COMISIÓN Y DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, es un tribunal regional que resuelve asuntos contenciosos sobre la vulneración de las garantías superiores por los países que forman parte de la Organización de los Estados Americanos, OEA, que hayan ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El estatuto respectivo la define como una “institución judicial autónoma”, que, junto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, integran el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos de la OEA.

Corresponde entonces a la Corte Interamericana, acorde con la referida Convención, ejercer dos clases de funciones, una de orden consultivo emitiendo opiniones sobre la interpretación de Derechos Humanos y la otra de orden contencioso, resolviendo mediante sentencias casos concretos que son puestos en su conocimiento, previo trámite ante la Comisión Interamericana.

Una vez que la Corte constata la existencia de una violación a esas garantías fundamentales, determinando la responsabilidad del Estado, ordena las medidas necesarias para el amparo de los derechos conculcados, de ser posible, o adopta otras decisiones de reparación, como la indemnización de los perjuicios causados, al igual que medidas que no tienen carácter pecuniario.

Para la Corte la compensación puede ser de dos formas. La primera “mediante el pago de una suma de dinero o la entrega de bienes o servicios

apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad". La segunda, ordenando realizar actos u obras con **alcance o repercusión públicos, que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas**, el restablecimiento de su dignidad, la consolución para sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que nunca vuelvan a ocurrir.

Las formas de satisfacción de carácter no patrimonial corresponden a ciertas medidas que se le imponen al Estado responsable, ejemplo de ello puede ser investigar conforme a su derecho interno los hechos que motivaron la decisión, castigar a los responsables y **reivindicar la memoria de las víctimas**.

La reivindicación de la memoria de las víctimas ha tenido lugar en múltiples pronunciamientos de la Corte Interamericana. Uno de los primeros ejemplos está en la sentencia de abril 26 de 2001, correspondiente al asunto Villagrán Morales y otros contra **Guatemala** (caso de los "Niños de la Calle"), donde dadas las falencias al deber de investigar del Estado guatemalteco con relación al secuestro y muerte de varios menores de edad, se ordenó realizar una investigación real y efectiva para determinar quiénes fueron las personas responsables, por las diferentes violaciones invocadas.

En el referido pronunciamiento se puntualizó además que el daño moral se presenta por ciertos efectos nocivos que no poseen un "carácter económico o patrimonial", y no pueden ser tasados en términos monetarios, de modo que solo serán **objeto de compensación moral, preservándose siempre el derecho a la memoria y a la dignidad**.

En noviembre 25 de 2003 se emitió sentencia de fondo, reparaciones y costas, dentro de otro proceso tam-

bién seguido contra **Guatemala**, luego de concluirse que la muerte de la ciudadana Myrna Mack Chang fue perpetrada dentro de una operación de inteligencia militar, "cuidadosamente elaborado por el alto mando del Estado Mayor Presidencial".

En el capítulo denominado "DAÑO INMATERIAL" la Corte fijó como parámetros, para que la reparación tuviera plenos efectos y se garantizara la no repetición, que el Estado debía realizar un acto de reconocimiento de su responsabilidad y desagravio hacia la memoria de las víctimas y de sus familiares. Se estableció entonces que la ceremonia debía llevarse a cabo en presencia de las más altas autoridades del Estado y debía difundirse a través de los medios de comunicación.

En ese mismo acto se exigió, en consideración a las peculiaridades del caso, que se honrase públicamente la memoria del José Mérida Escobar, investigador de la policía que fue asesinado con ocasión de los hechos que motivaron el pronunciamiento antes referido.

Igualmente, el Estado hallado responsable debía darle el nombre de la víctima "a una calle o plaza reconocida en la Ciudad de Guatemala y colocar en el lugar donde falleció, o en sus inmediaciones, una placa destacada en su memoria que haga alusión a las actividades que realizaba". Esa determinación, según la parte motiva de la sentencia, busca despertar en la conciencia pública la importancia de evitar la repetición de hechos como los ocurridos y **conservar por siempre viva la memoria de la víctima**.

La importancia de esas medidas, en lo que respecta a conservar la memoria y evitar la repetición de actos tan deplorables, también ha sido reiterada en otros pronunciamientos de la Corte Interamericana,<sup>9</sup> en los

<sup>9</sup> Entre otros pronunciamientos pueden consultarse: sentencia de julio 3 de

que expresamente se indica que esas determinaciones buscan además el reconocimiento de la dignidad, el consuelo de los deudos y transmitir un mensaje de reprobación oficial por las violaciones de los derechos humanos.

**Colombia** no ha estado exenta de esta clase de procesos y condenas. En julio 5 de 2004 se profirió sentencia de fondo, reparaciones y condenas, en el caso denominado "19 comerciantes", dentro del proceso iniciado por la detención, desaparición y asesinato de ese número de comerciantes en Puerto Boyacá, por un grupo tildado como "paramilitar".

En aquella oportunidad la Corte Interamericana determinó que el Estado debía erigir un monumento en memoria de las víctimas, en una ceremonia pública, en presencia de los familiares y con la participación de altas autoridades. A su vez, colocar una placa con los nombres de los desaparecidos, en la que se hiciese mención expresa de que su existencia obedece al cumplimiento de la reparación ordenada por ese Tribunal.

De otro lado, en septiembre 15 de 2005 se emitió la sentencia de fondo, reparaciones y costas en torno a los hechos rotulados como "masacre de Mapiripán" (Meta). Ese proceso se inició luego de denunciar que entre julio 15 y 20 de 1997 miembros de las llamadas Autodefensas Unidas de Colombia privaron de la libertad, torturaron, asesinaron, destruyeron los cuerpos y arrojaron los restos de 49 personas al río Guaviare.

En ese pronunciamiento se ordenó construir un monumento "apropiado y digno" en el municipio de Mapiri-

2004, caso Marco Antonio Molina Theissen contra **Guatemala**, que refiere al secuestro y desaparición forzada de un menor de 14 años por miembros del ejército de ese país; y decisión de julio 8 de 2004, caso de los hermanos Gómez Paquiyauri contra **Perú**, sobre la detención, tortura y ejecuciones extrajudiciales de dos menores de edad.

pán, para recordar los hechos y para extirpar el riesgo de su reproducción en el futuro.

La Corte Interamericana también se pronunció en una sentencia de julio 4 de 2007, en el caso del Cabildo Gobernador del Resguardo Indígena de Jambaló (Cauca), Germán Escué Zapata, quien luego de ser sacado violentamente de su vivienda, fue maltratado y asesinado.

Al declarar responsable al Estado colombiano del desconocimiento de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, se ordenó publicar apartes de la sentencia en el *Diario Oficial* y en otro de amplia circulación en el país, al tiempo que se dispuso la traducción de los apartes respectivos a la lengua “nasa yute”, para ser publicados en un diario de amplia circulación en la zona en la cual reside la familia de la víctima.

Debemos rescatar lo loable de esa determinación, que también se preocupa por la protección del asentamiento indígena donde ocurrieron estos deplorables acontecimientos. Esas medidas incluyeron que el acto público de reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado se efectuara en el resguardo de Jambaló, en castellano y en la lengua nativa, respetando además las tradiciones, usos y costumbres de la Comunidad, con la presencia de altas autoridades públicas y la participación, si así lo desean, de los líderes de ese asentamiento y miembros de la familia del señor Escué.

Ha de resaltarse, de otra parte, la visionaria actitud de Concejos Municipales y Alcaldías, que han asumido directamente esos reconocimientos a la memoria de víctimas, de manera voluntaria y espontánea, sin necesidad de que exista pronunciamiento judicial alguno, como ocurrió en Barrancabermeja con la denominación de la carrera 28 como Avenida Maximiliano Vergara y de la Plaza Cívica Luis Pinilla Rueda.

## V. OTRAS MANIFESTACIONES DEL DERECHO A LA MEMORIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Los Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad, antes referidos, fueron catalogados por la Corte Constitucional como un “marco conceptual de gran valor como fuente de Derecho Internacional” en la sentencia C-370 de mayo 18 de 2006<sup>10</sup>.

En ese pronunciamiento, aplicando los principios referidos, se indicó además que el derecho a la verdad tienen un contenido mínimo que incluye: i) la posibilidad de que las sociedades conozcan su propia historia; ii) elaborar un relato colectivo “relativamente fidedigno sobre los hechos que la han definido”; y, iii) tener memoria de tales hechos.

Para lograr esos fines, es necesario que se adelanten investigaciones judiciales imparciales, integrales y sistemáticas, concernientes a aquellos delitos sobre los cuales se desea dar cuenta histórica. Entonces, un sistema procesal penal que no facilite la reconstrucción de la verdad histórica o que simplemente formule débiles incentivos para

ello, puede llegar a comprometer esa importante garantía.

La Corte Constitucional también resaltó que en cumplimiento de la denominada “Ley de Justicia y Paz”, se impone a las autoridades públicas adelantar investigaciones exhaustivas sobre los hechos objeto de los procesos penales, siendo su difusión una condición para la satisfacción de las víctimas y para la adopción de medidas dirigidas a la no repetición. De esa forma, se materializa el deber de la memoria y la reconstrucción de una narración histórica fiel.

En cumplimiento de lo anterior, el derecho a la verdad, y por ende a la memoria, implica la preservación de los registros. Así, corresponde a los órganos judiciales que los tengan a su cargo y a la Procuraduría General de la Nación, adoptar previsiones encaminadas a impedir la sustracción, destrucción o falsificación de esos archivos (art. 57 L. 975/05). De conjunto, esas autoridades están compelidas a facilitar el acceso a los archivos, para garantizar los intereses de las víctimas y de sus parientes.

Así, en la sentencia C-370 de 2006, además de reiterarse la imprescriptibilidad del derecho a conocer la verdad y a la memoria que cobija a las víctimas y a sus familias, se puntualizó que esa prerrogativa se erige como una garantía para la colectividad, materializada mediante la prevención de la reproducción de esas reprochables violaciones de Derechos Humanos, imponiéndosele al Estado prevenir las deformaciones que puedan afectar el recuento histórico.

Esos derroteros permitieron a la guardiana de la Constitución en Colombia concluir que durante la “transición hacia la paz”, a las víctimas se les debe garantizar los derechos a la justicia, a la reparación y a saber, esto es, conocer la verdad en lo que respecta a las circunstancias bajo las cuales se perpetraron violentas conductas graves. Además, en los

<sup>10</sup> Ms. Ps. Manuel José Cepeda, Jaime Córdova Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, en la cual se pronunció sobre varias demandas formuladas contra la Ley 975 de 2005, “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”.

supuestos de fallecimiento y desaparición de una persona, el derecho a conocer al menos su paradero.

Para tales efectos, se preceptúa que en los procesos tendientes a la reivindicación de la paz, por ende de los derechos de la sociedad, de las víctimas y de sus familias, el victimario tiene un papel importante, como quiera que su colaboración “plena y fidedigna”, es indispensable para la satisfacción de esos postulados y del interés del conglomerado en la construcción de una verdadera memoria.

Se plantea entonces que el derecho a la verdad posee una dimensión colectiva, que tiene por teleología evitar el olvido de atentados graves contra las garantías fundamentales; y otra de carácter **individual**, que se materializa en el ámbito judicial, permitiendo a los ofendidos acceder a un recurso efectivo, garantizándose con ello un principio fundamental de raigambre constitucional como es la dignidad humana, referente contenido en el Preámbulo de la Carta Política, íntimamente relacionado con la verdad, la memoria y la guarda de la imagen que merecen todas las víctimas<sup>11</sup>.

En otros pronunciamientos de la Corte Constitucional<sup>12</sup> se ha reiterado que no atender una garantía inalienable e imprescriptible, como el derecho a la verdad, afecta la dignidad humana y priva de la información que debería llevarse a un proceso penal en procura de justicia. Todo ello conducente al imperativo de fijar en la memoria de la colectividad los hechos repudiables y las penurias padecidas, como forma de garantizar su no repetición.

Recapitulando, la importancia del respeto y garantía de la verdad, por ende de la memoria, como quedó señalado, tiene su génesis en la reconceptualización de los derechos de las víctimas, que pasó de la mera reparación por el daño causado, entendida como el simple resarcimiento económico, a la de relacionarse con la posibilidad de

esclarecer los hechos de forma que se acerque lo más posible a la realidad.

Así, conocer los motivos de una conducta punible padecida directa o indirectamente por una persona, e identificar a sus autores o partícipes, con la ubicación al menos de los despojos mortales si a ello hay lugar, resulta ser, en los altísimos niveles de la tragedia humana, un alivio que puede servir en parte para la reparación del dolor causado y de la incertidumbre de desconocer si un ser querido se encuentra o no con vida.

Ese conocimiento permite la construcción y el mantenimiento de un orden que apunte a lo justo, como medio de sosiego, luego de la conmoción que deviene de la perpetración de un delito. De allí, que la denominada Justicia Transicional sea entendida como *“el esfuerzo por construir paz sostenible tras un período de conflicto, violencia masiva o violación sistemática de los derechos humanos. El objeto de la justicia transicional implica llevar a juicio a los perpetradores, revelar la verdad acerca de crímenes pasados, brindar reparaciones a las víctimas, reformar las instituciones abusivas y promover la reconciliación.”*<sup>13</sup>.

Intensidad y perseverancia para dilucidar plenamente los acaeceres y llegar a la verdad, y memoria para perpetuar lo que debe evitarse, son así medios indispensables para llegar al perdón, al arrepentimiento, a la conciliación y a la paz.

<sup>11</sup> Cfr. Sentencias T-443 de octubre 12 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-293 de julio 6 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>12</sup> C-454 de junio 7 de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>13</sup> Artículo escrito por Paul van Zyl, “Promoviendo la justicia transicional en sociedades post-conflicto”; en: Verdad, memoria y reconstrucción —Estudios de caso y análisis comparado—, Serie Justicia Transicional (ICTJ), Com. Mauricio Romero, 2008, pág. 14.



V Encuentro de la Jurisdicción Constitucional - 2009





V Encuentro de la Jurisdicción Constitucional - 2009



V Encuentro de la Jurisdicción Constitucional - 2009



n Constitucional - 2009



# LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN COLOMBIA



Jorge Iván Palacio Palacio  
Magistrado Corte Constitucional

## El objetivo de la ponencia

El asunto que en esta oportunidad me corresponde desarrollar ante este auditorio tan excelso resulta ser uno de los temas más álgidos que afronta el mundo contemporáneo, como lo es el acceso al nivel más alto de salud posible. La tan anhelada pretensión en países en vías de desarrollo tiene como uno de sus retos principales disponer de los recursos financieros que lo hagan sostenible a corto, mediano y largo plazo.

Esta ponencia pretende resaltar las dificultades más recurrentes que se presentan en Colombia y, a la vez, mostrar cómo la comunidad internacional ha asumido este problema en la búsqueda de alternativas de solución.

La metodología por desarrollar parte de una breve referencia histórica para abordar la seguridad social y la salud en el ámbito internacional de

## Hacia un nuevo sistema de protección social que garantice el goce efectivo y pleno del derecho a la salud dentro de un marco financiero sostenible

los derechos humanos y de la Constitución Política. Ello permitirá exponer las principales situaciones que enfrenta nuestro sistema de salud y las respuestas generadas por la Corte en orden a solucionar las fallas estructurales. Por último, se harán unas breves reflexiones sobre las preocupaciones actuales que enfrenta la humanidad en esta materia, resaltando la importante labor que cumplen los jueces de tutela para la garantía de los derechos humanos.

## Orígenes y alcance de la seguridad social y particularmente de la salud en la comunidad internacional

Para comprender de una mejor forma el sistema de seguridad social en salud en Colombia y hacia dónde debe dirigirse, es necesario aludir brevemente a sus orígenes y cómo los instrumentos internacionales de derechos humanos actualmente recogen esta materia.

Aunque los servicios de salud pública y los regímenes de seguridad social

tienen antecedentes históricos diferentes, desde un principio han tenido cierta similitud de objetivos y prontamente se manifestaron relaciones de interdependencia entre ellos. La necesidad de brindar protección social a todas las personas ha sido un objetivo común de las sociedades y los esfuerzos realizados para su satisfacción datan de tiempos muy remotos<sup>1</sup>.

Durante las primeras fases de desarrollo, entre los medios utilizados para conseguir una protección eficaz, figuraban determinados géneros de asistencia a las personas necesitadas mediante distintas formas de ayuda mutua y después por instituciones de beneficencia. Así, es posible encontrar que en los países económicamente desarrollados que se caracterizan por el aumento permanente y cada vez más complejo de las contingencias socioeconómicas, la transición hacia métodos más modernos para suministrar la protección ha sido lenta y gradual, en tanto que en los países en

<sup>1</sup> Asistencia Médica Individual y Seguridad Social. Informe del Comité Mixto de Expertos OIT/OMS. Serie de informes técnicos. 480. Organización Mundial de la Salud. Ginebra. 1971. [http://whqlibdoc.who.int/trs/WHO\\_TRS\\_480\\_spa.pdf](http://whqlibdoc.who.int/trs/WHO_TRS_480_spa.pdf).

vías de desarrollo se procura avanzar lo más pronto posible con el objetivo final de la seguridad social<sup>2</sup>.

Los orígenes más próximos al surgimiento de la seguridad social y particularmente de la salud pueden encontrarse en el mundo occidental, concretamente en países como Inglaterra, Francia y Alemania<sup>3</sup>.

En los dominios de Carlomagno la asistencia obligatoria a los más necesitados de la parroquia era la única posibilidad de quienes no disponían ni siquiera de los recursos mínimos para proveerse su propia subsistencia. En 1601 Inglaterra expide la primera ley que establece una tasa obligatoria para asistencia a los más pobres, garantizar el trabajo a los desempleados y socorrer a los incapaces bajo el criterio de una dádiva de orden selectivo.

En un intento por abandonar el criterio de la beneficencia y más próximo a los derechos que se derivan de la actividad laboral, en Francia el denominado "Reglamento de Colbert" estableció un descuento exclusivamente al salario percibido por los trabajadores con la finalidad de atender sus gastos de hospitalización. Para el año 1709 se sumó otro descuento obligatorio para accidentes de trabajo. Hacia 1793 promulgaron los franceses el primer proyecto de pensiones orientado a cubrir las necesidades básicas insatisfechas de la población más desfavorecida.

El modelo de protección creado en Francia se vino a perfeccionar en Alemania. Allí se persiguió establecer la

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> La información histórica que se recoge corresponde principalmente a los siguientes textos: *Derecho a la seguridad social*. Segunda edición. Oscar Iván Cortés Hernández. Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2006. Capítulo de la seguridad social en Europa y América. Págs. 3 a 17. *Derecho integral de seguridad social*. Oswaldo Cetina Vargas. Universidad Externado de Colombia. 1986. Capítulo de la genealogía de la seguridad social. Págs. 49 a 78.

obligación de llamar también al empleador para que participara en el cubrimiento de las necesidades de los trabajadores. Se recapacitó en el papel que el Estado estaría llamado a cumplir respecto a las necesidades insatisfechas de la población bajo una protección más integral que comprendiera el núcleo familiar del trabajador. Así surgieron las Cajas de Socorros Mutuos, que instauraron un sistema de aportes equitativos entre el trabajador y el empleador. El canciller alemán Bismarck adoptó el concepto de "seguro", que definió como un contrato que contiene derechos y obligaciones recíprocos encaminados a garantizar la protección del trabajador y su núcleo familiar frente a todas las contingencias que pudieran presentarse.

Se registra así la creación de los "seguros sociales", que viene a consolidar la seguridad social hasta el día de hoy, toda vez que de ella se derivan los derechos y obligaciones que el sistema comporta, las entidades prestadoras del servicio e incluso para el Estado en su función reguladora del sistema o prestador directo de los servicios. Además de adoptar el concepto solidario de los aportes, consolidó la creación del seguro de enfermedades (1883), de accidentes (1884) y de invalidez y vejez (1889). A dichos seguros Bismarck los dotó de las características de obligatoriedad, separación de los riesgos, no selección de los riesgos, aportación bipartita y subvención del Estado.

Ha de resaltarse que en la Gran Bretaña el informe Beveridge influyó también en la elaboración de los sistemas de seguridad social. Fue presentado en 1942 para plantear el reemplazo de la asistencia pública por el Seguro Social y concertar la iniciativa individual al lado del seguro colectivo obligatorio.

De esta manera, la seguridad social se amplió a todos los países de Europa según las distintas particularidades que ofrece cada Estado, como el nivel de desarrollo económico, social, político y cultural.

En América, Chile expidió una ley en 1924 que extendía la seguridad social para cubrir los costos de asistencia médica general. Estableció una "Caja de Seguro Obligatorio" a la que cotizaban los trabajadores, los empleadores y el Gobierno, mediante la cual se prestaba asistencia médica a los trabajadores, aunque no a las personas a su cargo.

Estados Unidos promulgó en 1935 el "Acta de Seguridad Social", que además de cubrir las contingencias de salud, pensión y riesgos profesionales previó otros beneficios que pueden asimilarse a los "Servicios Sociales Complementarios". Se establece la estructura financiera sobre una sólida base de aportes y una coherencia entre los fines esenciales del Estado y los programas del sistema de seguridad social.

En Perú la "Caja Nacional de Seguro Social del Obrero" se estableció en 1936. Dado que los trabajadores contribuían con cotizaciones deducidas de sus salarios, se consideró que tenían derecho a disfrutar de mejores servicios que los que prestaban los hospitales públicos, que se destinaban en gran proporción a las personas indigentes<sup>4</sup>.

En Colombia el sistema de seguridad social recoge los clásicos modelos alemán y británico y por ello se sostiene que es de corte mixto<sup>5</sup>. La seguridad social en salud para los trabajadores se estableció en forma muy estratificada, empezando con los grupos ocupacionales de mayor poder gremial. Se acogió el modelo bismarckiano de seguro social fundado en la relación de empleo dependiente, que formó el sistema y bajo las características consistentes en la cobertura obligatoria solo para asa-

<sup>4</sup> Asistencia Médica Individual y Seguridad Social. Informe del Comité Mixto de Expertos OIT/OMS. Serie de informes técnicos. 480. Organización Mundial de la Salud. Ginebra. 1971. [http://whqlibdoc.who.int/trs/WHO\\_TRS\\_480\\_spa.pdf](http://whqlibdoc.who.int/trs/WHO_TRS_480_spa.pdf)

<sup>5</sup> Cft. Sentencia de la Corte Constitucional SU-508 de 2001.

lariados, programas separados para atender distintos riesgos, cotizaciones basadas en aportes del trabajador y empleador (también regulación por el Estado), prestaciones directamente relacionadas con las cotizaciones y régimen de capitalización para pensiones<sup>6</sup>.

Bajo la Constitución Nacional de 1886, la preocupación del Estado colombiano por la seguridad social estuvo dirigida particularmente a garantizar los servicios básicos en materia de salud. Dominó un sistema discriminatorio y desordenado dividido entre lo privado y lo público dependiendo de la capacidad de pago de sus afiliados. Los más pudientes acudían al sistema privado, tenían acceso a los centros de atención médica especializada en tanto que al público concurría la población con menos recursos, recibía servicios denominados de “caridad”, incluso supeditando en algunos casos su prestación a la obligación de por lo menos hacer una donación de sangre por parte de los familiares del paciente. Debido al incremento de la demanda de servicios, el Estado se vio obligado a crear el sistema de beneficencia, que garantiza mediante instituciones la atención en salud a las personas de más escasos recursos económicos<sup>7</sup>.

En nuestra historia constitucional la cuestión social llevaría a la reforma constitucional de 1936, la que consagra la asistencia pública como función del Estado que se debe prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitadas para trabajar<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Cft. Texto ¿Por qué no se logra la cobertura universal de la seguridad social en salud? Fundación para la Investigación y Desarrollo de la Salud y la Seguridad Social Fedesalud. Félix Martínez M., Gabriel Robayo G. y Óscar Valencia A. 2002. Págs. 10 y 11.

<sup>7</sup> Se retoma el texto *Derecho de la seguridad social*. Segunda edición. Oscar Iván Cortés Hernández. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Págs. 19 a 32.

<sup>8</sup> Artículo 19.

Como hitos de la seguridad social en Colombia pueden reseñarse la creación de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) con la Ley 6ª de 1945, a la que inicialmente le correspondió el pago de las pensiones para los servidores públicos y después se amplió a la salud y los riesgos profesionales, y que se hizo extensivo a todo el territorio nacional a través de las Cajas de Previsión Social. Mientras ello ocurría en el sector público, en el sector privado vino a constituirse el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS) por la Ley 90 de 1946, que propendió al cubrimiento de los servicios de seguridad social a todos los trabajadores dependientes de dicho sector, previendo la cobertura opcional para los trabajadores independientes e incluso del servicio doméstico. El Estado dejó de lado el carácter bipartito de la financiación –empleador y trabajador– para asumir uno tripartito –incluye al Estado–. En su fase inicial cubrió solamente el servicio de salud, posteriormente las contingencias de invalidez, vejez y muerte, como los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales<sup>9</sup>.

Respecto a las fuentes de financiación, desde los orígenes de los sistemas de seguros sociales las prestaciones se hallaban financiadas con aportes de los propios beneficiarios y también con los de quienes contribuían: los empleadores de aquellos que eran dependientes. Igualmente, el seguro de enfermedad incluido dentro de la cobertura que otorgaba el seguro social significó un gran avance de la autoprotección individual y ante el insuficiente mutualismo, al otorgarle carácter obligatorio. Dicho seguro de salud respondió a

<sup>9</sup> Ver texto *Derecho de la seguridad social*. Segunda edición. Oscar Iván Cortés Hernández. Librería ediciones del Profesional Ltda. Págs. 19 a 32. Cft. Texto ¿Por qué no se logra la cobertura universal de la seguridad social en salud? Fundación para la Investigación y Desarrollo de la Salud y la Seguridad Social (Fedesalud). Félix Martínez M., Gabriel Robayo G. y Óscar Valencia A. 2002. Págs. 10 y 11.

un modelo profesional que confirió protección parcial a los trabajadores industriales consistente en asistencia sanitaria y prestación dineraria sustitutiva del salario y que de manera progresiva amplió su amparo a otros sectores profesionales como los empleados de comercio, públicos, entre otros, y a los miembros de la familia del trabajador<sup>10</sup>.

Puede entonces señalarse que históricamente se registran en primer término las pensiones de jubilaciones y luego los seguros sociales que atienden preferentemente al individuo e indirectamente a la sociedad. Se desarrollaron de una parte bajo una reserva de lo que el trabajador percibe como salario, luego con el aporte del empleador y paralelamente con la asistencia social del Estado. La inseguridad, con los efectos de miseria, generó crisis y protesta, por lo que el gobierno se vio obligado a intervenir con mayor ahínco, toda vez que la previsión individual y el ahorro resultaron insuficientes<sup>11</sup>.

De otra parte, este asunto de la seguridad social y la salud ha sido motivo de preocupación en el ámbito internacional de los derechos humanos como puede apreciarse con la expedición, entre otros, de los siguientes instrumentos internacionales: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789); la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de San Salvador (1988)<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Información que corresponde al texto *Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Director Jorge Rodríguez Manzini. Ciudad de Buenos Aires. Editorial Astrea. 2004. Págs. 801 a 803 y 885 a 887.

<sup>11</sup> Cft. *Derecho integral de seguridad social*. Oswaldo Cetina Vargas. Universidad Externado de Colombia. 1986. Págs. 67 a 73.

<sup>12</sup> También existen otros instrumentos

Dichos convenios internacionales hacen exigible la protección del derecho a la seguridad social y la salud en los siguientes términos:

i) Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos humanos carece de Constitución<sup>13</sup>.

ii) Toda persona tiene derecho a la seguridad social y a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos

internacionales, tales como Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (abril de 1948); Convenios de Ginebra de 1949, que se ocupan de consagrar y proteger a nivel internacional el derecho a la salud en el contexto de los conflictos armados. Además, comprende: Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Convenio I, 1949); Convenio de Ginebra Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra (Convenio III, 1949) y Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV, 1949); Declaración de los Derechos del Niño (1959); Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (1955); Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de Naciones Unidas (1965); Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; Proclamación de Teherán (1968); Carta Social Europea [(CSE), Turín, 1961]; Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (1969); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, (CEDAW), (1979); Convención sobre los Derechos del Niño (1989); Convención Americana sobre Derechos Humanos [(CADH, 1969, San José, Costa Rica – Pacto de San José)]; y ha surgido un sistema de protección de los derechos humanos en África que incluyó el derecho a la salud.

<sup>13</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (art. 16).

económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad<sup>14</sup>.

iii) Los Estados reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social. También al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental<sup>15</sup>.

iv) Toda persona tiene derecho a la salud entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Para hacerlo efectivo los Estados se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente adoptar medidas como la atención primaria de la salud; la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; la prevención y tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; la educación sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud; y la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables<sup>16</sup>.

De esta forma, el presente catálogo de asistencias, suministros y servicios que comprende la seguridad social y particularmente la salud muestra claramente la importancia y alcance que tienen para la comunidad internacional la garantía de tales derechos. Recuérdese que sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean las condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos como sociales, económicos y culturales<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (arts. 22 y 25).

<sup>15</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (arts. 7º, 9º, 10 y 12)

<sup>16</sup> Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1969 (arts. 9º y 10).

<sup>17</sup> Declaración Universal de los Dere-

chos Humanos y Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional.

De otro lado, los intérpretes autorizados de los convenios internacionales y las organizaciones internacionales sobre la seguridad social y la salud se han pronunciado con la finalidad de colaborar con los Estados en el cumplimiento de las obligaciones de protección, garantía y efectividad de los mismos.

Así, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto, en la Observación General No. 6 de 1995<sup>18</sup> expuso que el término “seguro social” incluye de forma implícita todos los riesgos que ocasionen la pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de las personas<sup>19</sup>.

En la Observación General No. 19 de 2007<sup>20</sup>, dicho Comité afirmó que la seguridad social comprende el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, bien sea en el sector público o en el privado, así como del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales. Como elementos del derecho a la seguridad social, señalan: i) disponibilidad-sistema de seguridad social, ii) riesgos e imprevistos sociales que comprenden: atención de salud, enfermedad, vejez, desempleo, accidentes laborales, prestaciones familiares, maternidad, discapacidad, sobrevivientes y huérfanos, iii) nivel suficiente, iv) accesibilidad que implica cobertura, condiciones, asequibilidad,

chos Humanos y Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional.

<sup>18</sup> Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores.

<sup>19</sup> Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. 12/05/2004. Ver página: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>.

<sup>20</sup> Sobre el derecho a la seguridad social. Introducción y articulado.

participación e información y acceso físico, y v) relación con otros derechos.

En cuanto al derecho a la salud, la Observación General No. 14 de 2000 refiere que no debe entenderse solo como un derecho a estar sano, toda vez que entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar la salud y el cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica (generación), y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuados. Dice que el concepto de salud ha experimentado cambios importantes toda vez que se están teniendo en cuenta más elementos determinantes, como la distribución de los recursos y las diferencias basadas en la perspectiva de sexo, y las inquietudes de carácter social como las relacionadas con la violencia o el conflicto armado.

Además, interpreta el derecho a la salud como un derecho inclusivo que abarca también los principales factores determinantes de la salud como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro apropiado de alimentos sanos, una nutrición balanceada, una vivienda digna, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Resalta la importancia de la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones relacionadas con la salud en los ámbitos comunitario, nacional e internacional y concluye que abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo ha manifestado que el acceso a un nivel adecuado de protección social es un derecho fundamental de todos los individuos reconocido por las normas internacionales del trabajo y por las Naciones Unidas: además, que es considerado un instrumento para la promoción

del bienestar humano y el consenso social que favorece la paz social. Recuerda que el objetivo de dicha Organización está en mejorar y extender la cobertura de la protección social a todos los integrantes de la comunidad comprendiendo una amplia gama de contingencias como la seguridad de ingreso básico en caso de necesidad, la asistencia médica, la enfermedad, la vejez e invalidez, el desempleo, los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, la maternidad, las responsabilidades familiares y muerte, además de proteger a los trabajadores migrantes<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> La OIT es una agencia tripartita del sistema multilateral que constituye un punto de encuentro del mundo del trabajo que produce normas laborales internacionales en la forma de convenios y recomendaciones. [http://www.ilo.org/global/About\\_the\\_ILO/Mainpillars/Socialprotection/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Mainpillars/Socialprotection/lang-es/index.htm).

Convenios de trabajo que se han ocupado de la seguridad social y la salud: convenio 70 de la seguridad social de la gente de mar, 1946; convenio 102 de la seguridad social norma mínima, 1952; convenio 118 sobre la igualdad de trato seguridad social, 1962; convenio 130 sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, 1969; convenio 152 sobre seguridad e higiene trabajos portuarios, 1979; convenio 155 sobre seguridad social y salud de los trabajadores, 1981; protocolo 155 de 2002 del convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981; convenio 157 sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982; convenio 161 sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985; convenio 164 sobre la protección de la salud y la asistencia médica gente de mar, 1987; convenio 165 sobre la seguridad social de la gente de mar, 1987; convenio 167 sobre seguridad y salud en la construcción, 1988; convenio 176 sobre seguridad y salud en las minas, 1995; convenio 184 sobre la seguridad y la salud en la agricultura, 2001; y convenio 187 promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006.

De otro lado, la Constitución de la Organización Mundial de la Salud establece que la salud es un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades<sup>22</sup>. Ha indicado que constituye aquello a conseguir para que todos los habitantes del mundo tengan el nivel de salud suficiente y puedan trabajar productivamente como participar activamente en la vida social de la comunidad. Como autoridad directiva y coordinadora de la acción sanitaria en el sistema de las Naciones Unidas, ha señalado que en el Siglo XXI la salud es una responsabilidad compartida que exige el acceso equitativo a la atención sanitaria y a la defensa colectiva frente a amenazas transnacionales<sup>23</sup>.

La Asociación Internacional para la Seguridad Social (AISS)<sup>24</sup> ha definido la seguridad social como todo programa de protección social establecido por una ley que ofrezca a las personas un cierto grado de seguridad de ingresos cuando afrontan contingencias como las de vejez, supervivencia, incapacidad, invalidez, desempleo o educación de los hijos. Así mismo, puede ofrecer el acceso a cuidados médicos preventivos y curativos como también programas de asistencia social, programas universales, progra-

<sup>22</sup> [http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf)

<sup>23</sup> <http://www.who.int/about/es/>

<sup>24</sup> Es la organización internacional líder a nivel mundial que reúne a departamentos gubernamentales así como a administraciones y agencias de seguridad social. Los miembros de la AISS son organizaciones e instituciones que administran la seguridad social en la mayoría de los países del mundo, incluidas todas las formas de protección social obligatoria que, en virtud de las legislaciones o de las prácticas de cada país, forman parte integrante de los regímenes nacionales de seguridad social. Creada en 1927, la AISS tiene su sede en Ginebra (Suiza). Consultar página <http://www.issa.int/esl/A-proposito-de-la-AISS/Mision>

mas de mutuas, cajas de previsión nacionales y otros sistemas<sup>25</sup>.

Conforme a lo expuesto, podemos aproximarnos a un concepto de la seguridad social en el ámbito internacional de los derechos humanos consistente en el deber de protección que tienen el Estado, la sociedad y la familia a favor de las personas y su grupo familiar, especialmente respecto a quienes se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, de otorgar un conjunto de prestaciones tendientes a garantizar unas condiciones decorosas mínimas de subsistencia.

En correspondencia con dicha noción, la salud abarca una amplia gama de libertades y derechos que procuran el nivel más alto posible de bienestar físico, mental y social para toda la humanidad, a la cual se le reconoce también una concepción universal y expansiva como derecho inclusivo que implica un volumen amplio de elementos determinantes a cargo del Estado, la sociedad y la familia.

Por lo anterior, los derechos a la seguridad social y a la salud en el ámbito internacional de los derechos humanos parten de una concepción universal y expansiva en la medida que abarcan un gran cuerpo de servicios y asistencias que se reconocen al ser humano por la sola existencia dentro del conglomerado social, que se encuentra a cargo del Estado, la sociedad y la familia.

## El ámbito de protección constitucional de la seguridad social en salud en Colombia y su regulación legal

En la búsqueda de la construcción de una sociedad más justa y equitativa para todos los colombianos, el Constituyente de 1991 estableció la forma organizativa de Estado social de

derecho, fundado, entre otros principios, en el respeto de la dignidad humana, en la solidaridad de las personas que la integran y en el trabajo.

La orientación social del Estado significa que debe propender al bienestar integral de los asociados en aras de contrarrestar las desigualdades sociales y ofrecer a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y superar los apremios materiales. Su objetivo es combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores o grupos de la población prestándoles asistencia y protección<sup>26</sup>.

Bajo dicha óptica, *la dignidad humana* como principio fundante del Estado colombiano impide que la persona sea tratada como un objeto o un medio valorable en dinero, ya que ella es un fin en sí misma. De ahí que la persona se constituya en el sujeto, la razón de ser y el fin del poder político. En tanto *la solidaridad* se traduce en una exigencia al Estado, la sociedad y la familia para socorrer con medidas humanitarias a quienes se encuentren en estado de necesidad. Por su parte, *el trabajo* es un pilar del Estado en la búsqueda de crear las condiciones de acceso y mejora de las condiciones de vida laboral<sup>27</sup>.

Está íntimamente conexas con un amplio catálogo de derechos constitucionales como la protección de la familia; la protección de la mujer durante el embarazo y después del parto y el apoyo especial a la mujer cabeza de familia; la seguridad social de los niños y la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistirlos y protegerlos; la protección y formación integral de los adolescentes; la protección y asistencia de las personas de la tercera edad, su seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia a cargo del Estado, la sociedad y la familia; la atención especializada a los disminuidos físicos,

psíquicos y sensoriales; la atención gratuita en las instituciones de salud que reciban aportes del Estado a los niños menores de un año que no estén cubiertos por algún tipo de protección o seguridad social; la vivienda digna; la recreación, entre tantos otros.

En cuanto a los principios que soportan el sistema de seguridad social en salud, nuestra Corte ha dicho que el *principio de universalidad* significa que todas las personas en condiciones de igualdad deben estar cubiertas frente a todos los riesgos derivados del aseguramiento en salud. El *principio de solidaridad* exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias con independencia del sector económico al que pertenezcan y sin importar el estricto orden generacional en que se encuentren, lo cual se manifiesta en el deber de los sectores con mayores recursos económicos de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos recursos y la obligación de la sociedad entera o parte de ella de colaborar en la protección de las personas que por distintas circunstancias estén imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia. Y el *principio de eficiencia* hace relación a la mejor utilización y maximización de los recursos financieros disponibles para asegurar la óptima prestación de los servicios de salud a toda la población colombiana<sup>28</sup>.

En cuanto al orden de sujetos obligados para hacer realizables los fines esenciales del Estado se cuentan básicamente el mismo Estado, la sociedad y la familia. Respecto al Estado, ha de recordarse que constituye objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades básicas insatisfechas de salud. Y en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación. En cuanto a la sociedad y a la familia, a través

<sup>25</sup> <http://www.issa.int/esl/Temas/Comprender-la-seguridad-social>

<sup>26</sup> Cft. Sentencias C-579 de 1999, SU-747 de 1998 y T-426 de 1992.

<sup>27</sup> Cft. Sentencias T-149 de 2002 y C-239 de 1997.

<sup>28</sup> Ver Sentencia C-463 de 2008.

del pago de los aportes correspondientes y el deber de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado.

La Corte Constitucional<sup>29</sup> en su oportunidad justificó como una medida válida la diferencia existente entre los regímenes contributivo y subsidiado toda vez que es idónea, necesaria, proporcional y razonable la diferenciación establecida por el legislador en el modelo de seguridad social para lograr una prestación adecuada del servicio de salud<sup>30</sup>. Respecto a los servicios que se prestan en cada uno de los regímenes de salud, ha afirmado que tanto los afiliados al régimen contributivo como al subsidiado tienen igual derecho a recibir los servicios de salud comprendidos en los respectivos planes básicos y obligatorios de salud (POS). Además, ha recalcado que la exclusión del sistema de salud de algún sector de la población desconocería la Constitución Política<sup>31</sup>.

De esta forma, el Estado liberal de derecho, cuyo fundamento consistió en brindar libertad e igualdad para todos asumiendo una actitud pasiva propia del Estado gendarme, evoluciona hacia uno social donde interviene activamente para asegurar unas prestaciones a favor de toda la población —y particularmente de las personas marginadas o discriminadas— a través de la adopción de decisiones públicas proteccionistas y asistenciales en orden a garantizarles unas condiciones materiales mínimas de subsistencia.

En este marco de desarrollo de nuestra forma estatal toma importancia la seguridad social, que se reconoce en los artículos 48 y 53 de la Carta Fundamental y que presenta una triple dimensión en la medida que i) es un principio mínimo fundamental de la relación laboral, ii) es un derecho irrenunciable que se garantiza a todos los habitantes, y iii) es un servicio

<sup>29</sup> Sentencia C-463 de 2008.

<sup>30</sup> Sentencia C-130 de 2002.

<sup>31</sup> Sentencia C-130 de 2002.

público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado<sup>32</sup>.

Puede así manifestarse que la Carta Política colombiana adopta, en correspondencia con lo expuesto por la comunidad internacional, un concepto amplio de la seguridad social que en palabras de la Corte Constitucional

*“incluye el mayor número de servicios, auxilios, asistencias y prestaciones en general, diferenciándose de la escuela que la limita a lo básico. Un conjunto de derechos cuya eficacia compromete al Estado, la sociedad, la familia y la persona”<sup>33</sup>.*

En el ámbito específico, la salud aparece reconocida constitucionalmente en el artículo 49 bajo el carácter de servicio público a cargo del Estado. De esta forma se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. La Carta Política entrega al Estado el organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, para establecer las políticas en la prestación de servicios de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control. Igualmente, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo bajo las condiciones señaladas

<sup>32</sup> En palabras de la Corte Constitucional la seguridad social hace referencia al conjunto de medios de protección institucionales frente a los riesgos que atentan contra las capacidades y oportunidades de las personas y su núcleo familiar, para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna. Esta definición hace particular énfasis en la atención a los colombianos que se encuentran en situación de miseria o indigencia (Sentencias C-1064 de 2001, T-1083 de 2000, C-125 de 2000 y T-116 de 1993).

<sup>33</sup> Ver Sentencias C-107 de 2002 y C-408 de 1994.

en la ley. Adicionalmente prevé que los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad, precisando que la ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

*La Corte Constitucional la ha definido como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento”<sup>34</sup>.*

Dichos recursos constituyen contribuciones parafiscales al tener una destinación específica, esto es, que no pueden ser destinados ni utilizados para fines diferentes a la seguridad social.

Ahora bien, la regulación legal y reglamentaria de la seguridad social en salud en Colombia resulta abundante y dispersa al comprender múltiples, incontables y variadas leyes, decretos, resoluciones, acuerdos, etcétera, que dificultan su comprensión, exigencia y vigencia por los usuarios de los servicios de salud. Esta diáspora jurídica en que se encuentra incurso nuestro sistema de salud hace imperioso que el Congreso y el Ejecutivo, en el ámbito de sus funciones, lleven a cabo lo antes posible una labor de depuración, unificación y compilación que permita la expedición de un Código o Estatuto Único de la Salud, que podría repercutir favorablemente en el acceso a los servicios de salud de todos los colombianos.

La Ley 100 de 1993, bajo las modificaciones introducidas, regula el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Para su financiamiento y administración dice que coexisten articuladamente dos

<sup>34</sup> Sentencias T-964 de 2006, T-1218 de 2004 y T-597 de 1993.

regímenes: uno contributivo y otro subsidiado con vinculaciones mediante el Fondo de Solidaridad y Garantías. Además, la participación en el servicio esencial de salud se hace i) en la condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado, y otros ii) en forma temporal como participantes vinculados (personas sin capacidad de pago que mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tienen derecho a los servicios de atención en salud).

Servicio público de salud que requiere disponer de un flujo permanente de recursos que le permita su financiación y sostenibilidad para lograr la atención oportuna y adecuada de las prestaciones. El equilibrio financiero tiene como finalidad garantizar la viabilidad del sistema de salud y, por lo tanto, su permanencia en el tiempo<sup>35</sup>.

El régimen contributivo se define como *“un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia con su empleador”* (art. 202). Son afiliados obligatorios a este régimen las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago (art. 157), quienes deben pagar una cotización o aporte económico previo, el cual puede ser financiado directamente por el afiliado o en concurrencia con el empleador. La prestación del servicio está a cargo de las Entidades Promotoras de Salud (EPS), por delegación del Estado, los que a su vez están autorizadas para contratar la atención de los usuarios con las diferentes Instituciones Prestadoras de Salud (IPS). Las EPS están encargadas igualmente de recaudar las

cotizaciones obligatorias de los afiliados a este régimen por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía, de cuyo monto debe descontar el valor de la Unidad de Pago por Capitación (UPC), por cada usuario, fijada en el Plan Obligatorio de Salud y trasladar la diferencia al Fondo de Solidaridad y Garantía.

El subsidiado se define como *“un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente ley”* (art. 211). Mediante este régimen se financia la atención en salud de las personas más pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar, es decir, sin capacidad de pago, en las áreas rural y urbana, teniendo especial importancia dentro de este grupo las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago (arts. 157, 212 y 213). La administración de este régimen corresponde a las direcciones distritales, municipales y departamentales de salud, las cuales están autorizadas para celebrar contratos de esa índole con las denominadas EPS del régimen subsidiado, que pueden ser públicas o privadas, a las cuales les corresponde manejar los recursos, afiliar a los beneficiarios, prestar directa o indirectamente los servicios de salud contenidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado (POS-S), etc.

Los participantes vinculados que son temporales y solamente se pueden afiliar al sistema subsidiado *“son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado”* (art. 157). Las personas vinculadas tienen acceso a los servicios de salud que prestan las Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas (art. 20, Ley 1122 del 2007).

Los entes encargados de cumplir con tales objetivos son las Entidades Promotoras de Salud EPS y las Subsidiadas (EPS-S)<sup>36</sup>, que tienen el deber de prestar los servicios de salud directamente o a través de IPS<sup>37</sup>.

Las personas afiliadas al *régimen contributivo* cotizan al sistema mediante una contribución obligatoria al contar con una mayor capacidad económica, siendo las EPS las encargadas de recaudar las cotizaciones de los afiliados, facilitar la compensación con el Fosyga y realizar un manejo eficiente de los recursos de las UPC. La seguridad prestada por la EPS tiene su soporte en la totalidad de los ingresos del régimen contributivo, del que forman parte: a) las cotizaciones obligatorias de los afiliados con un máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no puede ser inferior al salario mínimo, b) las cuotas moderadoras, los pagos compartidos, las tarifas y las bonificaciones de los usuarios, y c) los aportes del presupuesto nacional<sup>38</sup>.

Por el contrario, las personas vinculadas al *régimen subsidiado* se vinculan a través del pago de una cotización subsidiada total o parcialmente con recursos fiscales o de solidaridad. Forma parte de este régimen la po-

<sup>36</sup> Artículos 177 y ss. de la Ley 100 de 1993

<sup>37</sup> Cft. Sentencia C-1040 de 2003.

<sup>38</sup> Cft. Sentencia C-824 de 2004. Datos extraídos al año 2004.

<sup>35</sup> Ver Sentencias C-1040 del 2003, C-824 del 2004 y SU-480 de 1997, entre otras.

blación más vulnerable del país. Los recursos del régimen subsidiado de salud son de origen público, pues provienen del Sistema General de Participaciones, de los recursos de cofinanciación derivados de la Subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía, así como de los recursos producto del esfuerzo fiscal territorial que se destinen a esos efectos<sup>39</sup>.

Conforme a lo anterior, se procederá a incursionar de manera más concreta en el objetivo de esta ponencia. Para ello se empezará por referir a los

## Problemas recurrentes detectados en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia y la búsqueda de su superación por la Jurisdicción Constitucional

Desde el albor de las funciones de la Corte Constitucional uno de los asuntos que principalmente han ocupado su atención ha sido indiscutiblemente las ofensas al derecho a la salud.

La Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias por vía del control abstracto (asuntos de constitucionalidad) y del control concreto (asuntos de tutela y excepción de inconstitucionalidad), ha abordado innumerables situaciones problemáticas que enfrenta nuestro Sistema General de Seguridad Social en Salud. Mecanismos que, dicho sea de paso, se han constituido en instrumentos eficaces en manos de toda la población colombiana en la esperanza de alcanzar la satisfacción efectiva y plena del derecho a la salud, que ciertamente ha permitido la salvación de muchas vidas en Colombia.

<sup>39</sup> Sentencias C-824 del 2004, C-915 de 2002, C-828 de 2001 y SU-480 de 1997. Cft. Sentencia C-463 de 2008.

Concretamente, la acción de tutela se ha constituido en el mecanismo en que la mayoría de los colombianos han centrado sus esperanzas de defensa a la salud, particularmente los más desvalidos ante la dureza del Estado sobre sus pretensiones.

La activación de la Jurisdicción Constitucional por vía de la acción de tutela parte de la exposición de hechos concretos que muestran diversas situaciones complejas que afronta día a día cada uno de los usuarios del sistema de salud.

La falta de adopción –oportuna y efectiva– por las autoridades responsables de las medidas indispensables para corregir las fallas llevan finalmente a un órgano judicial como lo es la Corte Constitucional a proferir el 31 de julio de 2008 la Sentencia de tutela identificada con el número 760, inmersa dentro de las características propias de la declaración de un estado de cosas inconstitucional.

Esta decisión se construyó a partir de la legislación actualmente existente sobre seguridad social en salud y de la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional.

A partir de la selección de veintidós asuntos de tutela, la Sala Segunda de Revisión de la Corte<sup>40</sup> dispuso su acumulación con el propósito de tener una muestra lo más comprensiva posible de los tipos de problemas que han llevado a las personas a acudir a los jueces de tutela con la finalidad de salvaguardar su derecho a la salud.

En los casos acumulados se constató la existencia de problemas recurrentes de violaciones al derecho a la salud que reflejan dificultades estructurales del Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia generados principalmente por diversas fallas en la regulación. Se identificaron así dos problemas jurídicos: uno de carácter concreto y otro de índole general.

<sup>40</sup> Presidida en ese entonces por el Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

Como aspectos dogmáticos para resaltar de la Sentencia T-760 de 2008 para llegar a la resolución del asunto pueden señalarse:

- El derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo así sea catalogado por la doctrina como un derecho social, sin que ello resulte contrario al reconocimiento de una importante dimensión prestacional. Encuentra artificioso recurrir a la estrategia del factor conexidad para entrar a proteger este derecho.
- Todo derecho tiene facetas prestacionales (positivas o deberes de realización) y facetas no prestacionales (negativas o deberes de abstención). En esa medida el derecho a la salud si bien tiene una marcada dimensión positiva, también tiene dimensiones negativas.
- Las obligaciones que se derivan del derecho fundamental a la salud en su faceta prestacional son i) de cumplimiento inmediato, al tratarse de una acción simple del Estado que no requiere mayores recursos, o requiriéndolos la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata, o ii) de cumplimiento progresivo por la complejidad de las acciones y recursos que se requieren para garantizar de manera efectiva el goce del derecho.
- En el caso que el Juez de Tutela constate la violación de una faceta prestacional de un derecho fundamental, debe protegerlo adoptando órdenes encaminadas a garantizar su goce efectivo y a la vez sean respetuosas del proceso público de debate, decisión y ejecución de políticas propio de una democracia.
- Del derecho a la salud se derivan obligaciones de respeto, protección y garantía.
- El derecho fundamental a la salud no es absoluto. El plan de beneficios no tiene que ser infinito toda

vez que puede circunscribirse a las necesidades y prioridades que determinen los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos escasos disponibles.

- El derecho fundamental a la salud comprende el derecho a acceder a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad. Ello implica i) la existencia de un sistema de salud que garantice el acceso a los servicios, ii) la pertenencia al sistema y garantía de la prestación de servicios, y iii) el conocimiento de la información adecuada y necesaria para acceder a los servicios con libertad y autonomía.

Dado que la adopción de las órdenes dirigidas a resolver los casos concretos resultaban insuficientes para superar las fallas existentes, se hizo necesario el proferir órdenes generales dirigidas a las autoridades responsables de la regulación del sistema de salud como son el Ministerio de la Protección Social, la Comisión Nacional de Regulación en Salud o el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) y la Superintendencia Nacional de Salud. También se hizo partícipe de la decisión a algunos órganos de defensa de los derechos humanos como son la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar así como, de sus repercusiones en cuanto al Comité de Verificación creado por el Consejo de Estado.

La Corte se planteó como problemas jurídicos de carácter concreto: se viola el derecho a la salud de las personas cuando

- i) una entidad no autoriza la prestación de los servicios ordenados por el médico tratante por el hecho de no encontrarse incluido en el Plan Obligatorio de Salud pero que requiere la persona y no puede costearlo.
- ii) una entidad no autoriza el acceso a un servicio de salud que se

requiere hasta tanto se haga el pago moderador incluso si la persona carece de la capacidad económica para hacerlo,

- iii) una entidad no autoriza a una niña o un niño un servicio que requiere y sus responsables no lo pueden costear, por el hecho de no encontrarse incluido en el Plan Obligatorio de Salud o porque la vida o la integridad personal del menor no dependen de la prestación del servicio.
- iv) no se suministra el servicio que ha sido ordenado por un médico que no está adscrito a la entidad respectiva, pero es especialista en la materia y trataba a la persona.
- v) la entidad encargada de garantizarle el acceso a una prestación social derivada de su estado de salud (incapacidades laborales) se niega a autorizarlo porque no se cumplió con la obligación de pagar los aportes de salud dentro del plazo establecido para ello,
- vi) una entidad interrumpe el suministro del servicio de salud porque ya transcurrió un mes luego del momento en que la persona dejó de cotizar en razón a que ahora es desempleado.
- vii) una entidad se niega a afiliar a una persona, a pesar de haberse cumplido el tiempo necesario para poder trasladarse, por el hecho de que dentro de su grupo familiar existe un niño, su hijo, que padece una enfermedad catastrófica y, por tanto, debería esperar más tiempo para poder trasladarse.
- viii) si un órgano del Estado viola el derecho de petición de una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud, así como el derecho a la salud de los afiliados y beneficiarios del sistema de protección, al negarse a responder de fondo una petición para remover un obstáculo en uno de los trámites necesarios para asegurar el adecuado flujo

de los recursos y, por tanto, sostener las condiciones indispensables para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud en razón a que el órgano estatal respectivo se considera incompetente.

- ix) se vulnera el derecho a la salud por la interpretación restrictiva del POS según la cual se entienden excluidos los insumos no mencionados expresamente en el POS, y procede en consecuencia su recobro ante el Fosyga cuando son ordenados por un juez de tutela.

La Corte se planteó como problema jurídico de carácter general el siguiente:

¿Las fallas de regulación constatadas en la presente sentencia a partir de los casos acumulados y de las pruebas practicadas representan una violación de las obligaciones constitucionales que tienen las autoridades competentes de respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud para asegurar su goce efectivo?

Además, se identificaron los siguientes: desconoce el Estado el derecho a la salud de las personas

- i) al permitir que se mantenga la incertidumbre en relación con los servicios incluidos, los no incluidos y los excluidos del Plan Obligatorio de Salud, teniendo en cuenta las controversias que esta incertidumbre produce y su impacto negativo en el acceso oportuno a los servicios de salud.
- ii) al permitir que la mayoría de las decisiones judiciales que tutelan el acceso a los servicios de salud tengan que ocuparse de garantizar el acceso a servicios contemplados en los planes obligatorios de salud ya financiados.
- iii) que son beneficiarias del régimen subsidiado, por no haber tomado las medidas para garantizar que puedan acceder a un plan de servicios de salud que no difiera de los contenidos contemplados en el Plan Obligatorio de Salud para el régimen contributivo,

- iv) habida cuenta de que el derecho a la salud impone al Estado el deber de avanzar progresivamente hacia la ampliación de los servicios asegurados, la menor cobertura para las niñas y los niños del régimen subsidiado puede prolongarse indefinidamente al igual que las diferencias de cobertura respecto de los adultos.
- v) que requieren con necesidad un servicio de salud, diferente a medicamentos, al no haber fijado y regulado un procedimiento mediante el cual la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio garantice su acceso efectivo.

Ha de indicarse que la parte resolutive de la Sentencia contiene catorce órdenes concretas (casos examinados) y dieciséis órdenes generales (políticas públicas en salud).

Como respuestas dadas por la Corte a los problemas generados por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en relación con los casos concretos significa:

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la salud, toda persona cuenta, entre otros, con los siguientes derechos constitucionales: i) existencia de un sistema de salud que garantice el acceso a los servicios de salud, ii) pertenencia al sistema y garantía de la prestación de servicios de salud, iii) conocimiento de la información adecuada y necesaria para acceder a los servicios de salud con libertad y autonomía, iv) derecho a que las entidades responsables garanticen el acceso a los servicios de salud con calidad, eficacia y oportunidad, y v) acceso a los servicios de salud que requieran los sujetos de especial protección constitucional como las niñas y los niños.

Lo anterior significa en relación con los fallos de tutela examinados:

**Acceso a servicios.** Toda persona tiene derecho a que la entidad encar-

gada de garantizarle la prestación de los servicios de salud, EPS, autorice el acceso a los servicios que requiere y a aquellos que requiere con necesidad, incluso si no se encuentran en el Plan Obligatorio de Salud; obstaculizar el acceso en tales casos implica irrespetar el derecho a la salud de la persona. El acceso a los servicios debe ser oportuno, de calidad y eficiente.

**Protección especial a niños y niñas.** Los derechos a acceder a un servicio de salud que requiere una niña o un niño para conservar su vida, su dignidad y su integridad, así como para desarrollarse armónica e integralmente, está especialmente protegidos; cuando una EPS obstaculiza el acceso a servicios de salud, incluidos aquellos que atienden las necesidades específicas de los menores, irrespeta gravemente su derecho a la salud.

**Concepto del médico adscrito y externo.** Por regla general, el médico que puede prescribir un servicio de salud es el médico adscrito a la EPS. El usuario puede acudir a otros médicos, pero su concepto no obliga a la EPS a autorizar lo que este prescribió, sino a remitir al usuario a un médico adscrito a la correspondiente EPS. Toda persona tiene derecho a que su EPS valore científicamente y técnicamente el concepto de un médico reconocido y vinculado al Sistema de Salud que considera que la persona requiere un servicio de salud. Este médico es el médico adscrito a la EPS y a él debe acudir el interesado. No obstante, en el evento excepcional de que el interesado acuda a un médico externo –no adscrito a la red de prestadores de la correspondiente EPS–, la EPS tiene una carga de valoración del concepto de dicho médico. El concepto del médico externo no podrá ser automáticamente descartado por la EPS, sino que es necesario una valoración de su idoneidad por parte de un médico adscrito a la EPS o del Comité Técnico Científico, según lo determine la propia EPS.

**Acceso sin obstáculos por pagos.** Los pagos moderadores no pueden constituir barreras al acceso a los servicios

de salud para las personas que no tienen la capacidad económica de soportar su pago.

**Acceso al diagnóstico.** Toda persona tiene derecho a acceder a las pruebas y exámenes diagnósticos indispensables para determinar si requiere o no un servicio de salud.

**Allanamiento a la mora.** Cuando una EPS no ha hecho uso de los diferentes mecanismos de cobro que se encuentran a su alcance para lograr el pago de los aportes atrasados, se allana a la mora y, por ende, no puede fundamentar el no reconocimiento de una incapacidad laboral en la falta de pago o en el pago extemporáneo de las cotizaciones.

**Protección a las enfermedades catastróficas y de alto costo.** El acceso a los servicios de salud oportunos es especialmente garantizado cuando se trata de una persona con una enfermedad catastrófica o de alto costo; no se les puede dejar de atender ‘bajo ningún pretexto’, ni pueden cobrársele copagos.

**Acceso con continuidad a la salud.** El acceso a un servicio de salud debe ser continuo, no puede ser interrumpido súbitamente; irrespeta el derecho a la salud una EPS que suspende un servicio de salud que se requiere, antes de que este haya sido efectivamente asumido por otro prestador.

**Información, acompañamiento y seguimiento.** Toda persona tiene derecho a que las EPS o autoridades públicas no obligadas a autorizar el servicio de salud pedido adopten las medidas adecuadas para, por lo menos, (1) suministrar la información que requería para saber cómo funciona el sistema de salud y cuáles son sus derechos, (2) indicar específicamente cuál es la institución prestadora de servicios de salud que tiene la obligación de realizar las pruebas diagnósticas que requiere y una cita con un especialista, y (3) acompañar durante el proceso de solicitud del servicio, con el fin de asegurar el goce efectivo de sus derechos.

*Prohibición de trasladarles a los usuarios cargas administrativas y burocráticas que le corresponde asumir a la EPS.* Toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud sin que las EPS puedan imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de la entidad. En especial, toda persona tiene derecho a que su EPS autorice y tramite internamente los servicios de salud ordenados por su médico tratante; una EPS irrespeta el derecho a la salud de una persona cuando le obstaculiza el acceso al servicio, con base en el argumento de que la persona no ha presentado la solicitud al Comité Técnico Científico. El médico tratante tiene la carga de iniciar dicho trámite.

*Acceso a los servicios de acuerdo al principio de integralidad.* Toda persona tiene derecho a acceder integralmente a los servicios de salud que requiera. En tal sentido, toda persona tiene derecho, entre otras cosas, a que se remuevan las barreras y obstáculos que le impidan acceder integralmente a los servicios de salud que requiere con necesidad, como ocurre por ejemplo cuando el acceso implica el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado. En el mismo sentido, las inclusiones y exclusiones del POS deben ser interpretadas conforme a un criterio finalista, relacionado con la recuperación de la salud del interesado y el principio de integralidad.

*Libertad de elección de EPS.* Toda persona tiene derecho a elegir la EPS que se encargará de garantizarle la prestación de los servicios de salud, con las limitaciones razonables que imponga la regulación. La limitación superior impuesta a la libertad de escogencia dentro del Sistema de Salud a las personas afiliadas que se encuentren sometidas a servicios de alto costo podrá ser aplicada si (1) el 'afiliado' (2) está 'haciendo uso de servicios' (3) para atender 'procedimientos de alto cos-

to' (4) 'sujetos a períodos mínimos de cotización'. No puede extenderse la limitación mediante interpretaciones extensivas, como por ejemplo, impedirle a un 'afiliado' trasladarse a una entidad porque su hijo menor, un 'beneficiario', tiene una enfermedad de alto costo.

Luego de haber determinado la Corte las fallas de regulación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, profirió órdenes generales encaminadas principalmente a

- i) Planes de beneficios: se ordenó que se precise el contenido de los planes; se actualice integralmente el POS y se reduzcan las dudas; se renueve periódicamente el POS; se presente un informe sobre deficiencias en el suministro de lo que sí está incluido en el POS; se informe las EPS que más vulneran el derecho a la salud; se unifique el POS de los menores de edad; se adopte un programa y un cronograma para unificar el POS en el caso de las demás personas; y se amplíe la competencia del Comité Técnico Científico para que pueda autorizar servicios médicos diferentes a medicamentos hasta tanto se diseñe un mecanismo diferente.
- ii) Cobertura universal: se ordenó que se adopten las medidas necesarias para asegurar la cobertura universal sostenible antes de la fecha fijada por el legislador y se informe sobre los avances parciales que se obtengan en el proceso de cumplimiento de esa meta. En caso de que alcanzar la misma sea imposible deben explicarse las razones del incumplimiento y fijarse una nueva meta debidamente justificada.
- iii) Flujo de recursos para financiar los servicios de salud: se resolvió impartir cuatro órdenes para que se asegure el flujo de recursos en el sistema; no se exija copia de ejecutoria de la sentencia para autorizar el servicio o el reembolso a que haya lugar; se diseñe un

plan de contingencia para pagar los recobros atrasados; y se corrija o rediseñe el sistema de recobro para que sea eficiente; y

- iv) Acceso a la información: se ordenó la adopción de las medidas necesarias para asegurar que en el momento de afiliarse a una EPS contributiva o subsidiada les entreguen a todas las personas, en términos sencillos y accesibles, una carta con los derechos del paciente y otra de desempeño.

Conforme a lo anterior, pueden realizarse algunas reflexiones en orden a avanzar:

## Hacia el goce efectivo y pleno del derecho a la salud dentro de un marco financiero sostenible. La labor encomiable que cumplen los jueces de tutela en Colombia

Los derechos humanos, con independencia de su clasificación histórica en derechos de libertad (primera generación), en derechos asistenciales (segunda generación) y en derechos solidarios (tercera generación), constituyen una *unidad* por cuanto son interdependientes, integrales y universales<sup>41</sup>.

Ello se refleja cuando se reconoce universalmente a la salud como un derecho humano al encontrarse íntimamente ligado al principio de dig-

<sup>41</sup> Cft. Sentencia C-251 de 1997. Tal como se expresa en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2008, al reafirmar la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

nidad humana<sup>42</sup>. De ahí que la Corte Constitucional haya avanzado en reconocerle el carácter de derecho fundamental autónomo<sup>43</sup>.

Pero ello no significa que el derecho a la salud sea absoluto o ilimitado en el tipo de prestaciones que abriga. El plan de beneficios no tiene que ser infinito toda vez que puede circunscribirse a las necesidades y prioridades que determinen los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos disponibles<sup>44</sup>.

Las limitaciones que se establezcan deben observar los principios de razonabilidad y proporcionalidad en el contexto de la asignación de recursos a las prioridades de la salud. Es necesario justificar cuidadosamente la supresión de un servicio como una medida que permita atender de una mejor manera las nuevas prioridades de salud y no como una reducción del alcance del derecho<sup>45</sup>.

Como una de las facetas<sup>46</sup> del derecho a la salud se encuentra la prestacional, que implica para los Estados el compromiso de adoptar todas las medidas indispensables hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr de manera progresiva la plena efectividad del derecho. Entonces, la insuficiencia de recursos no debe tomarse como una verdad en principio, sino que ha de ser acreditada profusamente por el Estado<sup>47</sup>.

Incluso en periodos de crisis los Estados deben estar en condiciones de

<sup>42</sup> Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>43</sup> Cft. Sentencia C-463 de 2008.

<sup>44</sup> Cft. sentencia T-760 de 2008.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> El derecho a la salud tiene facetas negativas y positivas.

<sup>47</sup> Cft. *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Edición Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Editorial Trotta. Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM. Edición 2005. Págs. 199 y 200.

asegurar unos niveles mínimos de satisfacción de los derechos, pues, de lo contrario se estaría frente a la culpabilidad del Estado por el incumplimiento de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Protocolo de San Salvador<sup>48</sup>.

Así toma importancia el *principio de progresividad*, el cual significa que para la satisfacción plena del derecho a la salud se requieren decisiones políticas e inversiones considerables de recursos públicos con los cuales no cuenta el Estado inmediatamente, por lo que su satisfacción se encuentra sujeta a cierta gradualidad.

No obstante, el deber de realización progresiva no significa que su exigibilidad se traduzca en una facultad intemporal y, por lo tanto, que eternamente pueda ser incumplido. Conforme a los Principios de Limburgo<sup>49</sup> y al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>50</sup>, todos los Estados tienen la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de los derechos contenidos en el Pacto.

De modo que pesa sobre el Estado colombiano desde la misma adhesión al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, con vigencia a partir de 1978, la obligación de adoptar inmediata y continuamente todas y cada una de las

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> 16 y 21. Los llamados "Principios de Limburgo" fueron adoptados por unos expertos reunidos en Maastrich, Holanda, en junio de 1986, que constituyen la interpretación académica más respetada sobre el sentido y la aplicación de las normas internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales. Se reunieron en la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo.

<sup>50</sup> La Observación General No. 3 del Comité de DESC afirma que se impone la obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr el objetivo. Cft. Sentencias C-507 de 2008, C-463 de 2008 y C-251 de 1997.

medidas legislativas, políticas, administrativas y financieras indispensables para garantizar el derecho a la salud.

Todo avance hacia la ampliación de los servicios de salud tiene como deber correlativo el contribuir financieramente en su realización, lo cual parte de la suficiencia en la entrega de los recursos disponibles por el Estado colombiano como principal obligado. Por ello, la solidaridad se constituye en el punto cardinal que sustenta el progreso de este derecho en cualquier sociedad.

El avanzar lo más pronto posible hacia la satisfacción del servicio de la salud deriva en lo que se ha denominado la prohibición *prima facie* de retrocesos, el cual se expresa en que toda pretensión de regresividad frente al nivel de protección constitucional alcanzado debe presumirse inconstitucional, al contradecir precisamente el mandato de progresividad<sup>51</sup>.

En esa medida, no se puede dar marcha atrás en los niveles de realización alcanzados. Al Estado colombiano le está prohibido, en principio, retroceder en los avances obtenidos. Por ejemplo, en la Sentencia C-1165 de 2000 se declaró la inexecutable de una disposición que reducía sustancialmente el porcentaje de los recursos del presupuesto nacional invertidos en el régimen subsidiado de salud, sin que existiera justificación imperiosa alguna. Para la Corte las referencias vagas y generales a la situación fiscal no son razones constitucionalmente suficientes para desviar los escasos recursos destinados a la prestación del servicio para los sectores más pobres del Estado.

<sup>51</sup> Observación General No. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Se dice que las medidas de carácter deliberadamente retroactivo requerirán una consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos que se disponga. Cft. Sentencias C-507 de 2008 y C-257 de 2008.

Los convenios internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales comprometen a los Estados Partes a adoptar las “medidas legislativas” o “de otro carácter” que fueren necesarias para hacer efectivo el derecho a la salud.

De ahí que se debe apreciar, en primer lugar, la importancia de la actividad del legislador como manifestación de la voluntad democrática. Es el primero que debe ejecutar la cláusula del Estado social de derecho para realizar sus fines esenciales. Al Congreso, como espacio de razón pública, le corresponde un papel trascendental en la configuración y puesta en marcha del Sistema General de Seguridad Social en Salud<sup>52</sup>.

El legislador está habilitado constitucionalmente para acoger el modelo de salud que más se acompase con las particularidades que ofrece la realidad colombiana en orden a abandonar toda forma de discriminación. Además, le compete regular, a través del trámite de proyectos de leyes estatutarias, los derechos fundamentales como los procedimientos y recursos para su protección. En palabras de la Corte Constitucional las leyes estatutarias se ocupan de los aspectos estructurales y principalísimos del derecho fundamental en orden a garantizar su núcleo esencial<sup>53</sup>.

El Gobierno Nacional tiene asignado un papel trascendental en el acceso efectivo y pleno a los servicios de salud en Colombia. Ha de facilitar la implementación de las políticas públicas en salud valorando y expidiendo todos los actos que se encuentren necesarios, al igual que entregando los recursos que posibiliten la cabal ejecución de las determinaciones que se adopten en esta materia.

Se desconocen las obligaciones constitucionales en salud cuando las auto-

<sup>52</sup> Cft. Sentencias C-1489 de 2000, C-033 de 1999 y C-251 de 1997.

<sup>53</sup> Cft. Sentencias C-510 de 2008, C-162 de 2003, C-523 de 2002 y C-295 de 2002.

ridades responsables de garantizar su prestación ni siquiera cuentan con un programa o con una política pública que les permita avanzar progresivamente en el cumplimiento de sus obligaciones. La legitimidad de las políticas públicas en salud debe ir acompañada de decisiones públicas transparentes adaptadas al sistema político del país<sup>54</sup>.

También se encuentran habilitadas las denominadas “medidas de otro carácter”, como lo constituyen las decisiones judiciales. Los Principios de Limburgo<sup>55</sup> reconocen que dado que las medidas legislativas no son suficientes para poder cumplir con las obligaciones del Pacto, es deber de los Estados dotarse de recursos efectivos como las “apelaciones ante un Magistrado” cuando sea necesario para garantizar los derechos como la salud<sup>56</sup>.

La Observación General No. 3 del Comité refiere que entre las medidas que se consideran apropiadas, además de las legislativas, se contemplan los “recursos judiciales” por considerarse derechos justiciables, en tanto que la Observación General No. 9 dice que no se trata únicamente de crear recursos judiciales; sino de un concepto más amplio como el de “recursos legales”, que comprenden también los administrativos.

Entonces, la justicia social no es un valor o ideal de libre apreciación por parte de los jueces colombianos, máxime cuando actúan como integrantes de la Jurisdicción Constitucional, dado el papel activo de desarrollar los valores, principios y derechos fundamentales plasmados en la Carta Política en la búsqueda de un orden político, económico y social justo.

Establecer vías judiciales para llevar ante los tribunales las posibles infracciones del derecho a la salud consti-

<sup>54</sup> Cft. Sentencia T-760 de 2008.

<sup>55</sup> 18 y 19.

<sup>56</sup> Cft. Sentencia C-251 de 1997. La intervención excepcional de los jueces obedece a la no observancia cabal de las funciones que les corresponden al Legislador y al Ejecutivo.

tuye para los Estados un imperativo para hacer justiciable su contenido social.

Frente a esta problemática periódica el Juez de Tutela ha cumplido un papel trascendental como garante de los derechos humanos. El fortalecimiento del poder judicial para la defensa del orden institucional en una democracia constitucional resulta legítimo y necesario. En el Estado social de derecho la labor del Juez Constitucional implica principalmente ser portador de la visión institucional del interés general toda vez que le corresponde relacionar la Constitución y los convenios internacionales de derechos humanos con la ley y una realidad social, económica, política y cultural colmada de dificultades<sup>57</sup>.

Recuérdese que en la respuesta a las objeciones formuladas contra la Justicia Constitucional, el profesor español Eduardo García de Enterría responde que la cuestión ya ha sido juzgada por el Tribunal de la Historia ante el cual la Justicia Constitucional se ha afianzado como una técnica quintaesenciada de gobierno humano<sup>58</sup>.

Frente al déficit de protección del derecho a la salud, la intervención excepcional del Juez de Tutela se encuentra autorizada por la lesión de su contenido esencial. Su injerencia ha de ser cautelosa, consultando la gravedad de la situación y apreciando las posibilidades económicas de solución en el marco de los recursos limitados y sostenibilidad financiera, siempre bajo los principios de dignidad humana, igualdad y justicia social a la luz del texto constitucional y los instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>59</sup>.

En otras palabras, la valoración de la cuestión financiera como proyección del principio de eficiencia no

<sup>57</sup> Cft. Sentencia C-037 de 2000.

<sup>58</sup> *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas. 1991. Pág. 175.

<sup>59</sup> Cft. Sentencia T-406 de 1992.

debe escapar al examen minucioso del Juez Constitucional, quien debe estimarlo junto con los demás principios constitucionales que comprende la salud como son la universalidad y la solidaridad. Como lo ha sostenido la Corte, los argumentos financieros si bien deben examinarse no pueden justificar negarse a prestar eficiente y oportunamente los servicios de salud, incluso sin necesidad de tener que acudir a la acción de tutela<sup>60</sup>.

La tutela 760 de 2008 constituye un reflejo de las distintas situaciones problemáticas que padece el Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia.

Dicha providencia no constituye el reemplazo de la democracia, sino, por el contrario, su profundización. Es el punto de partida para el goce efectivo y pleno del derecho a la salud, que debe asegurarse bajo contenidos de disponibilidad, calidad, accesibilidad y aceptabilidad. Es el inicio del camino que comprende distintas etapas de actividades de formulación, toma de decisiones, implementación y evaluación de políticas públicas que en su desarrollo podrá presentar dificultades las cuales deben superarse para llevar a feliz término los imperativos constitucionales e internacionales de derechos humanos.

Implementación de políticas públicas en salud que dado su carácter policéntrico ha de desplegarse:

En el *orden formal* bajo condiciones de: i) coordinación, ii) participación para canalizar los intereses de los distintos actores, iii) publicidad y transparencia, iv) deliberación, v) sin límites materiales, vi) posibilidades de exhortación a las autoridades responsables, vii) espacios de deliberación, viii) rendición de cuentas y ix) sostenibilidad en el pequeño, mediano y largo plazo. Todo con la finalidad de otorgarle al proceso de implementación la mayor legitimidad posible y blindarlo de todo efecto contrario a los intereses superiores de la comunidad.

<sup>60</sup> Cft. Sentencia C-559 de 2004.

En el *orden sustancial* además puede traerse a colación las recomendaciones contenidas en el documento "El Derecho a la Salud" de la Procuraduría General de la Nación, al señalar algunos de los elementos mínimos que debe tener en cuenta la política de salud en Colombia:

*"(i) que el sistema de salud no se limite a atender la enfermedad, sino que también trate los factores subyacentes y determinantes de la salud, (ii) que el diseño y funcionamiento de dicho sistema respete ciertos principios básicos comunes a los derechos humanos, como el deber de transparencia, la participación, la rendición de cuentas y el respeto a las diferencias culturales y a los principios de igualdad y de no discriminación, (iii) que cuente con un sistema de información, de indicadores y metas, en perspectiva de derechos humanos, que permita evaluar con claridad los avances y retrocesos en la satisfacción del derecho a la salud, (iv) que el Estado promueva sistemas de financiación adecuados y equitativos que canalicen los recursos necesarios para lograr una satisfacción progresiva pero cada vez más plena e integral del derecho a la salud, y (v) que la política de salud satisfaga los contenidos básicos directamente exigibles del derecho a la salud"*<sup>61</sup>.

Ahora bien, dentro de los desafíos que enfrenta la humanidad en materia de seguridad social se encuentra superar la falta de cobertura en la protección social, atender o prever el envejecimiento demográfico de la población, las estructuras familiares cambiantes, el aumento de la migración, el impacto de la globalización económica, el crecimiento de los mercados de trabajo informales, las evoluciones epidemiológicas y

<sup>61</sup> En perspectiva de derechos humanos y el sistema de inspección, vigilancia y control del Estado colombiano en materia de quejas en salud. Con el apoyo del Director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), Dr. Rodrigo Upriny. Mayo de 2008.

medioambientales, y la innovación tecnológica en la información y las telecomunicaciones<sup>62</sup>.

De ahí que los estimativos de la Asociación Internacional para la Seguridad Social pueden servir de base al exponer que el objetivo de la extensión de la cobertura con prestaciones adecuadas debe darse garantizando al mismo tiempo la sostenibilidad financiera de los regímenes a mediano y largo plazo. En torno a la pregunta de cómo se financia la seguridad social responde:

*"Los regímenes nacionales de seguridad social contribuyen a la protección social de la población mediante la redistribución de una parte significativa del producto interno bruto (más del 30 por ciento en algunos países). Esta importante cantidad de recursos se compone de: 1. Las cotizaciones sociales abonadas por los empleados, los empleadores y los gobiernos; 2. Las transferencias de los gobiernos (es decir, los impuestos y beneficios de asignación específica, los ingresos generales y los créditos internacionales); y 3. Otras disposiciones más recientes tales como el microseguro, el microcrédito y los regímenes de protección comunitarios"*<sup>63</sup>.

Los estudios realizados por tal Asociación demuestran que recientemente algunos países han empezado a crear y ampliar fondos de reserva para garantizar la sostenibilidad a largo plazo de sus regímenes y así disponer de una salvaguarda para periodos de dificultad. La clave está en que las instituciones de seguridad social deben permanecer alerta y minimizar los riesgos asociados adoptando estructuras de gobernanza sólidas y al mismo tiempo garantizando que las fuentes de ingresos resulten en regímenes de seguridad social sostenibles financieramente<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> <http://www.issa.int/esl/Temas/Comprender-la-seguridad-social>

<sup>63</sup> <http://www.issa.int/esl/Temas/Financiacion-de-la-seguridad-social#>

<sup>64</sup> *Ibidem*.

Incluso frente a la crisis financiera mundial que afecta las economías de los países, la Asociación reconoce que puede repercutir de una u otra forma en menores ingresos debido al menor número de contribuyentes y mayores gastos atendiendo la mayor cantidad de beneficiarios. De ahí que propone el enfoque que denominan “Seguridad Social Dinámica” que busca brindar a las instituciones de seguridad social políticas y estrategias eficientes para restablecer la confianza en los programas públicos, contribuir a revitalizar la economía y ofrecer una mayor garantía de cohesión social protegiendo de modo adecuado a los más vulnerables. Las instituciones de seguridad social deben analizar las repercusiones de la crisis financiera, elaborar estrategias para aliviar los efectos negativos tanto sociales como económicos y compartir medidas adoptadas y las lecciones aprendidas<sup>65</sup>.

El concepto de Seguridad Social Dinámica pretende avanzar en la consecución de sistemas de protección accesibles y sostenibles, que no solo proporcionen protección, sino que adopten igualmente planteamientos preventivos, sostengan la rehabilitación y la reintegración, y contribuyan a una mejor realización de las sociedades inclusivas y productivas<sup>66</sup>.

En el Informe 05 de la Comisión Técnica de Estudios Estadísticos, Financieros y Actuariales de la Asociación en conjunción con la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT, titulado “Métodos de Financiación de la Asistencia Médica, Utilización Racional de los Mecanismos de Financiación para alcanzar la Cobertura Universal”, se concluye:

*“Las políticas nacionales en materia de salud se centran, por lo general, en la mejora de la salud de la población y en la prevención de las enfermedades y de los peligros para la salud, de modo que toda la población pueda aspirar a una vida saludable y feliz y contribuir así productivamente al próspero desarrollo del país y de su economía. La consecución de los objetivos nacionales de salud se realiza eventualmente mediante la selección de un método adecuado de financiación, una estructura organizativa eficaz y eficiente de distribución de servicios de salud y del enfoque del pago a los proveedores de esos servicios. Además, otros elementos estructurales contribuyen al logro de los objetivos de salud tales como el marco regulatorio y los programas de educación pública.*

*Los enfoques para la movilización de recursos incluyen por lo general una combinación de impuestos generales y cotizaciones a los sistemas públicos de salud y a los regímenes privados de seguro de salud. Los principales métodos de financiación de la asistencia médica abarcan el sistema nacional de seguro de salud, los ingresos generales, el seguro privado, el seguro basado en la comunidad y los gastos de bolsillo. La elección del método tendrá impacto en la determinación de quién asume la carga financiera, en la cuantía de recursos disponibles y en el responsable de la asignación de recursos. En este documento se examina la actual prioridad de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) concerniente a las políticas en materia de salud –el logro de la cobertura médica universal– y se analizan diversas estrategias para la obtención de esta prioridad, las cuales han sido diseñadas de manera coherente para cada grupo de población, mediante diversos métodos de financiamiento y sistemas de otorgamiento de préstamos, garantizando al mismo tiempo la utilización eficiente de los recursos nacionales así como soli-*

*dad apropiada en los diferentes grupos de población”<sup>67</sup>.*

De otro lado, la Organización Mundial de la Salud, en el “Informe sobre la Salud en el Mundo 2008”, recoge la denominada “Atención Primaria de la Salud”, en el cual se señala que los sistemas de salud no están funcionando todo lo bien que podrían y deberían para proporcionar un nivel de cobertura nacional que satisfaga la demanda y las nuevas necesidades, ante el hecho de que los servicios prestados no son acordes con las expectativas<sup>68</sup>.

Identifica así cinco deficiencias comunes en la prestación de atención en salud: i) la atención inversa: personas con más medios cuya atención sanitaria es menor son las que más atención consumen. El gasto público en salud suele beneficiar a los más ricos; ii) la atención empobrecedora: cuando la población carece de protección social y tiene que pagar la atención de su propio bolsillo puede verse enfrentada a gastos catastróficos; iii) la atención fragmentada y en proceso de fragmentación: la excesiva especialización de los proveedores de atención de salud y la focalización de muchos programas de control de enfermedades impiden que se adopte un enfoque integral respecto a las personas y familias atendidas y que se comprenda la necesidad de la continuidad asistencial. Los servicios que prestan atención sanitaria a los pobres y los grupos marginados casi siempre están muy fragmentados y sufren una gran falta de recursos; iv) la atención peligrosa: cuando los sistemas no están diseñados adecuadamente y no garantizan las condiciones de seguridad e higiene necesarias, se registran unas altas tasas de infecciones

<sup>67</sup> Foro Mundial de la Seguridad Social, Moscú, 10-15, septiembre de 2007. Asociación Internacional de la Seguridad Social 2008. <http://www.issa.int/esl/content/download/40620/790015/version/14/file/TR-05-3.pdf>

<sup>68</sup> Página de la Organización Mundial de la Salud: [http://www.who.int/whr/2008/08\\_overview\\_es.pdf](http://www.who.int/whr/2008/08_overview_es.pdf)

<sup>65</sup> <http://www.issa.int/esl/Noticias-y-Eventos/News/La-seguridad-social-frente-a-la-crisis-financiera>

<sup>66</sup> Panorama sobre el mundo del trabajo. Organización Internacional del Trabajo. Una visión dinámica de la prevención: La Asociación Internacional de la Seguridad Social (AISS). [www.ilo.org/wow/articles/lang-es/](http://www.ilo.org/wow/articles/lang-es/)

nosocomiales (adquiridas en los hospitales) y se producen errores en la administración de medicamentos y otros efectos negativos evitables, que constituyen una causa subestimada de mortalidad y mala salud; y v) la orientación inadecuada de la atención: la asignación de recursos se concentra en los servicios curativos, que son muy costosos, y se pasa por alto las posibilidades que ofrecen las actividades de prevención primaria y promoción de la salud<sup>69</sup>.

Proponen cuatro conjuntos de reformas, a saber: i) en pro de la cobertura universal que garanticen que los sistemas de salud favorezcan la equidad sanitaria, la justicia social y el fin de la exclusión; ii) de la prestación de servicios que reorganicen los servicios de salud en función de las necesidades y expectativas de la población; iii) de las políticas públicas que mejoren la salud de las comunidades mediante la integración de las intervenciones de salud pública y la atención primaria, la aplicación de políticas públicas saludables en todos los sectores y el fortalecimiento de las intervenciones de salud pública transnacionales; y iv) del liderazgo que sustituyan la exagerada dependencia de los sistemas de mando y control, por un lado, y el *laissez-faire* del Estado, por otro, por un liderazgo integrador, participativo y dialogante capaz de afrontar la complejidad de los actuales sistemas de salud<sup>70</sup>.

Así pues, estos valiosos aportes de las organizaciones internacionales sobre seguridad social y particularmente en salud deben apreciarse como referentes de la situación problemática que enfrentan distintos países y que deben ser objeto de apreciación conforme a las particularidades que ofrece la realidad colombiana.

Si bien Colombia constituye uno de los países que puede predicar hoy en día avances significativos en cuanto a las personas afiliadas al sistema de salud, no por ello puede derivarse que ha colmado las expectativas de lo que implica verdaderamente la

<sup>69</sup> Página de la Organización Mundial de la Salud: [http://www.who.int/whr/2008/08\\_overview\\_es.pdf](http://www.who.int/whr/2008/08_overview_es.pdf)

<sup>70</sup> Página de la Organización Mundial de la Salud: [http://www.who.int/whr/2008/08\\_overview\\_es.pdf](http://www.who.int/whr/2008/08_overview_es.pdf)

cobertura universal conforme a los planes de beneficios, donde se presentan grandes dificultades, principalmente de orden discriminatorio.

De igual modo, el Estado debe contemplar mecanismos de respuesta efectivos frente a la existencia de las enfermedades catastróficas o ruinosas. No basta con decir a una persona que padece alguna de tales enfermedades, que no puede suministrársele el servicio requerido porque con su otorgamiento se agotarían los recursos de los demás afiliados, lo que se hace inviable la sostenibilidad del sistema.

Una solución de este tipo implica abordar un camino inconsciente que abandona indefectiblemente los fines esenciales del Estado social de derecho. De ahí que deban contemplarse alternativas de solución como los fondos de reserva o los seguros en salud para esta clase de dolencias, con la finalidad de que las personas no tengan de antemano una inscripción de abandono a su suerte o –mejor– de condenado a muerte.

Por todo lo anterior, espero, respetado auditorio, que las anteriores reflexiones nos lleven a identificar a grandes rasgos la importancia, los límites y las dificultades que presenta la implementación universal del derecho a la salud. Sin duda, la progresividad predicable de este derecho en su faceta prestacional no solo se encuentra radicada dentro de las obligaciones adscritas al Legislador y al Ejecutivo, sino que también tiene implicaciones sobre la labor de los jueces en un Estado social de derecho, quienes están habilitados para brindarle contenidos de exigibilidad frente a las diferentes carencias, necesidades y enfermedades.

La sentencia de políticas públicas en salud es tan solo un eslabón más, nunca definitivo en la larga cadena de esfuerzos realizados por la Jurisdicción Constitucional. Su desarrollo, a la que todos y cada uno de ustedes están invitados, requiere que la sociedad en su conjunto participe o esté al tanto de ella, pues es la única manera de garantizar que las pautas que se vayan estableciendo sean compatibles con nuestros más íntimos valores y expectativas en la materia.

Ya no resultan extrañas las nuevas exigencias de protección jurisdiccional de los derechos sociales en el plano internacional. La globa-

lización de la Justicia Social ha llevado a la propuesta de creación de un Tribunal Social Internacional. Es un reclamo desde la propia identidad de Europa que ha reconocido la "ciudadanía social", es decir, "la integración de los ciudadanos con base en la titularidad de los derechos sociales, que viene a añadir a las otras dos vertientes ya reconocidas, el ciudadano como sujeto de derechos civiles y como sujeto de derechos políticos"<sup>71</sup>, para determinar las condiciones bajo las cuales la sociedad examinará por ejemplo a qué pacientes bajo una lista interminable de posibles receptores se les debe trasplantar los escasos dos riñones de que se dispone o a un niño que urge el trasplante de médula ósea con donante no relacionado, trasplante sin el cual dejaría de existir y cuyo costo promedio en el exterior es de 700 millones de pesos<sup>72</sup>. Tales cuestiones que no son otras que la determinación de las pautas elementales de la supervivencia de los individuos, nos incumben a todos.

Uno de los problemas que afrontan los derechos humanos como la salud es el de reparto de bienes escasos a los cuales muchos tienen, en principio, derecho y cuyo valor se pierde o es nulo al dividirse. Se alude frente a estos eventos que están en juego la justicia y la equidad<sup>73</sup>.

Por ello, quisiera dejarles para su reflexión y resolución en el próximo encuentro de la Jurisdicción Constitucional un caso tomado originalmente de Jon Elster, *Justicia local: ¿De qué modo las instituciones distribuyen bienes escasos y cargas necesarias?*<sup>74</sup>, ajustado en su presentación por el texto *Derechos Humanos, Ideas y Dilemas*<sup>75</sup> y con algunos aditivos de este ponente.

<sup>71</sup> *La exigibilidad de los derechos sociales. Derechos humanos.* Teresa Vicente Jiménez. PUV. Valencia, 2006. Págs. 110 a 118.

<sup>72</sup> Buscar respuesta en la Sentencia SU. 819 de 1999.

<sup>73</sup> *Derechos humanos. Ideas y dilemas para animar su comprensión.* CINEP, Fundación Centro de Investigación y Educación Popular, Bogotá: Colombia. Disponible en <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/colombia/cinep/textos/derechos.pdf>

<sup>74</sup> Editorial Gedisa. España, 1994.

<sup>75</sup> CINEP. <http://sala.clacso.org.ar/gsdll/cgi-bin/library?>

El asunto corresponde a la asignación de riñones. Se está frente al único hospital del país, del cual nos han hecho parte del Comité de Asignación de Órganos, al que le corresponde determinar qué pacientes deben recibir un órgano para trasplante. Se trata de asignar dos riñones que acaban de ser donados. En principio, el hospital ha hecho las pruebas de compatibilidad necesarias y brinda la siguiente información sobre la lista de posibles receptores:

"(1) Hombre de 30 años, soltero, doctorado en ingeniería de petróleos, trabajador de la Empresa Nacional de Petróleos, experto nacional en fluido de carburantes, vive en estrato seis, ingresos mensuales superiores a los \$15'000.000, prioridad 1, 2 años de espera. (2) Mujer de 38 años, casada y separada, cabeza de familia, 3 hijos menores de edad, combina trabajo en sector informal (ventas) con gerencia del hogar, ingresos mensuales de \$1.000.000, estrato 2, prioridad 2, 18 meses de espera. (3) Hombre mayor de 55 años, problemas mentales, se desconoce su pasado, habitante de la calle, ingresos en especie, estrato 0, prioridad 1, 2 años de espera. (4) Hombre de 45 años, desplazado por la violencia, campesino sin empleo, dos hijos abandonados que espera recuperar, ingresos por ayuda humanitaria, estrato 1, sin registro de espera, prioridad 2. (5) Mujer de 30 años, soltera, sin hijos, pintora de trascendencia nacional, estrato 6, ingresos superiores a \$10.000.000 mensuales en época de producción, prioridad 1, 28 meses de espera. (6) Mujer de 45 años, viuda, dos hijas mayores de edad, secretaria comercial, ingresos de \$1.500.000, estrato 3, prioridad 2, 2 años de espera. (7) Mujer de 28 años, soltera, 1 hijo, trabajadora sexual, ingresos variables cercanos a \$1.500.000, estrato 2, prioridad 1, 6 meses de espera".

(8) Menor de 15 años de edad, dependiente de sus padres, testigo de Jehová, prioridad 1 año, 1 mes de espera. (9) Hombre perteneciente a una comunidad india, sin recursos. Prioridad 1 año, 9 meses de espera. (10) Persona condenada a 40 años de prisión por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, prioridad 1, con 5 años de espera (al margen del texto en cita).

"Las reglas para la asignación son las siguientes: (1) Las personas que están en prioridad 1 están más urgidas, clínicamente

hablando. El tiempo de espera se refiere al registro único hospitalario. Los estratos socioeconómicos están ordenados del 0 (más bajo) al 6 (más alto). El salario mínimo está fijado en \$1.000.000. (2) Todas las personas están cubiertas por un plan de seguridad que les otorga similares derechos en materia de salud, dentro del cual se contempla el derecho a que le trasplanten un riñón en caso de insuficiencia renal crónica. (3) Ninguna de las personas tiene la posibilidad de hacerse el trasplante por fuera del hospital, en tanto Comité de Asignación. (4) Por el momento no hay otros riñones prometidos. El Comité puede optar por entregar los dos riñones, uno solo, o ninguno”.

“Se persigue que el grupo defina inicialmente criterios para decidir y posteriormente realice la selección. Se debe recalcar que si bien a los interesados les preocupa sobre todo si recibirán el riñón que puede salvarles la vida, a la comunidad en general le preocupa es si la asignación se hizo de la manera más equitativa posible. Y este juicio no es posible hacerlo si cada Comité no da cuenta de las razones que tuvo para llegar a la selección. Conforme a la experticia del grupo, esta condición de objetividad puede hacerse más estricta. Por ejemplo, si los participantes saben de mecanismos específicos de protección de derechos, como la tutela, se puede insistir en que uno de los factores para tener en cuenta a la hora de juzgar la mejor repartición será el que no de pie para la presentación razonable de tutelas por parte de los otros afectados”.

“Este dilema nos enfrenta a situaciones dramáticas, donde no hay una elección que resuelva el problema de fondo. Se plantea así, por cuanto es un reflejo de lo que nos sucede con muchos de los llamados Derechos Económicos, Sociales y Culturales, parte de cuya característica en nuestro medio es el desfase entre expectativas de realización y posibilidades de concreción. El ejercicio debe introducir en los grupos el debate sobre si cualquier reparto tiene consecuencias similares, o si los criterios con los cuales se procede a efectuar el mismo son determinantes a la hora de asegurar los derechos. En otras palabras, el problema quizás no resida en la escasez, que padeceremos por largo tiempo, sino en los argumentos mediante los cuales, en condiciones de carencia, se privilegia a un grupo o individuo sobre otros”.

“Este ejercicio nos da paso a pensar en criterios distintos a la hora de efectuar el reparto de bienes escasos como los que enfrentó el grupo, y que posiblemente salieron reflejados en las opciones adoptadas. Entre ellos, cabe resaltar:

(1) Criterios que buscan asegurar la igualdad entre todos o parte de los enfermos. Por ejemplo, mediante una escogencia al azar. (2) Criterios que contemplan características de las personas. Por ejemplo, el ser hombre, mujer, soltero, casado, alto, obeso, joven, etc. (3) Criterios que enfatizan el mérito o el esfuerzo personal. Por ejemplo, el tiempo que se le ha dedicado a la actividad (es el caso típico de las colas, y de allí el sentimiento de indignación que nos da cuando alguien introduce a otro, o le vende su puesto a un recién llegado). (4) Criterios que se centran en la necesidad de los sujetos. (5) Criterios que se focalizan en el uso que el sujeto pueda hacer del bien. Más allá de la necesidad, lo que cabría preguntarse en este caso es si la persona le dará una destinación adecuada al bien escaso. (6) Criterios que detallan el beneficio social que se puede obtener en el reparto. La pregunta ya no se centra en la persona, sino en el entorno: cómo se obtiene mayor ganancia social. Por ejemplo, privilegiando a los que tengan obligaciones frente a hijos, o los que más le puedan aportar al país o a la sociedad”.

“Lo importante es llevar a los grupos a que sean conscientes de la multiplicidad de criterios desde los cuales pueda operar el reparto y, sobre todo, plantear la cuestión de si es posible darle mayor o menor objetividad a este mediante la selección de unos u otros criterios”.

Muchas gracias por haberme permitido en este ámbito académico compartir con ustedes estas reflexiones sobre un asunto de tanta importancia como lo es la seguridad social en salud para todos los colombianos y espero en algo haber contribuido al mejoramiento del sistema.

**JORGE IVÁN PALACIO PALACIO**

# Control constitucional y justicia transicional en Colombia



Mauricio González Cuervo  
Magistrado de la Corte Constitucional

La ley de “justicia y paz”<sup>1</sup> se destaca como el único estatuto de justicia transicional, entre tantas regulaciones de conflictos internos que han habido en Colombia. Corresponde, en primer término, sustentar esta afirmación a partir de los estándares conceptuales de la justicia de transición y los elementos de la Ley 975 de 2005.

La justicia transicional alberga una tensión entre los valores de la paz y la justicia. Las posiciones maximalistas reclaman la primacía de la paz, aun a precio de impunidad, o exigen la aplicación estricta de los términos tradicionales de justicia penal por graves violaciones de los DD. HH., al costo de la irresolución de un conflicto. Históricamente en Colombia, las urgencias de la paz han impuesto fórmulas prevalentes de perdón y olvido. Solo

recientemente, a partir del derecho internacional, los centros políticos y judiciales vienen acogiendo estándares de justicia, si bien premialistas o favorabilistas, en todo caso distantes de las fórmulas de amnistías e indultos tradicionales. La manera de resolver esas tensiones ha sido el gran reto público de estos últimos años: se trata de lograr que las negociaciones de desarme y desmovilización de los grupos armados ilegales sean una contribución efectiva al pleno restablecimiento de los DD. HH. y a la paz, sin que la sociedad y las víctimas queden desatendidas ni los crímenes impunes.

La Corte Constitucional, en el examen de la Ley 975, hizo explícito el método de ponderación para armonizar los derechos constitucionales a la paz y a la justicia en tensión o dirimir la prevalencia de uno sobre otro en campos concretos de aplicación. Con ello se apartó de los extremos conceptuales basados en el carácter absoluto de los derechos involucrados. Con base en lo anterior, se presentarán las principales conclusiones de la Corte Constitucional sobre este histórico experimento de justicia transicional. Finalmente, se propondrán algunos interrogantes respecto de la idoneidad del marco de justicia y paz para sucesivos procesos de desmovilización y desarme de grupos armados organizados al margen de la ley aún activos.

## 1. La Ley de Justicia y Paz como justicia de transición

Las aproximaciones teóricas al concepto de justicia transicional distan de ser unívocas: varían según la na-

turalidad del conflicto, los agentes inmersos en él, la finalidad buscada o la dosificación de sus componentes. Con todo, es indispensable acoger un parámetro de referencia –elementos definitorios– para establecer si la Ley de Justicia y Paz corresponde a un modelo de justicia transicional.

### 1.1. Representación del concepto de justicia transicional

1.1.1. La naturaleza de un conflicto armado caracterizado por graves violaciones de los derechos humanos y el estadio superior al que se aspira marcan el primer rasgo polémico.

¿Sugiere el concepto de transición el paso de un período de guerra –civil, interétnica, de liberación– a otro de paz? ¿O el tránsito de la dictadura a la democracia? ¿Son sujetos de la justicia transicional únicamente los rebeldes e insurgentes, o también los contrainsurgentes y paramilitares, los terroristas y aun las autoridades estatales? ¿Depende de la manera de sopesar los elementos de verdad, pena, reparación y restauración en la aplicación de la ley? En Colombia la respuesta es problemática, tanto por el punto de partida como por el puerto de llegada: en primer lugar, el experimento de justicia especial de la Ley 975 de 2005 se imparte desde una democracia constitucional, no desde una dictadura; en segundo término, no proclama el paso a una situación generalizada de paz, al gozar de la aceptación de uno solo de los agentes violentos –el paramilitarismo– y el rechazo de las organizaciones guerrilleras, hasta hoy; y, por si fuera poco, tiene por destinatarios efectivos a un conjunto de organiza-

<sup>1</sup> Ley 975 de 2005, Congreso de la República de Colombia.

ciones armadas no derrotadas militarmente. En suma, se trata de un complejo e inédito proceso en el que el Estado se aparta de las fórmulas tradicionales de negociación política para imponer unos elementos de sometimiento a la justicia.

1.1.2. El parámetro de comparación acogido por la Corte Constitucional<sup>2</sup> en el examen de la Ley 975 fue el definido por la Secretaría General de las Naciones Unidas. En el informe “El Estado de Derecho y la Justicia de Transición en las Sociedades que sufren o han sufrido Conflictos”, el Secretario General expresó que la justicia de transición “abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación”. Agregó que tales instrumentos “pueden ser judiciales o extrajudiciales, y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos”<sup>3</sup>.

1.1.3. En síntesis, pueden predicarse de la justicia transicional los siguientes elementos definitorios: (i) fin trascendente; (ii) conflictividad de alta intensidad; (iii) exigencia de responsabilidad; (iv) relación holística entre la punición premial, la verdad y la reparación; y (v) carácter no paradigmático.

El fin trascendente es el elemento teleológico y valorativo que se concreta en la búsqueda de la paz, la reconciliación, la vigencia de los derechos y la democracia, como fundamento del

régimen excepcional que se diseña. La conflictividad de alta intensidad es un supuesto fáctico de aplicación de proyectos transicionales consistente en situaciones de violación de los DD. HH. a gran escala. La exigencia de responsabilidad es el factor que diferencia estos modelos de otros procesos de paz signados por la impunidad, el perdón y el olvido; y parte del reconocimiento del derecho de la sociedad y de las víctimas a la sanción y punición de los perpetradores y del derecho de ellas a la verdad y la reparación. La noción holística<sup>4</sup> alude a la aplicación integral de los instrumentos de justicia transicional, esto es, a la concurrencia efectiva de los beneficios judiciales propios de una justicia premial con los derechos a la verdad, a la reparación y la garantía de no repetición, sin aplicación selectiva o excluyente de alguna de ellas. Y el carácter no paradigmático refiere a la excepcionalidad de los estándares de justicia aplicables a los agentes de violencia, al rasgo no ejemplarizante que inevitablemente encierran y la conciencia de no sustituir los valores trascendentes de justicia como aspiración permanente de la sociedad. Como se observa, la naturaleza judicial o extrajudicial de los mecanismos, la dimensión interna o internacional del proceso, el reformismo institucional consecuente y el logro más o menos progresivo de los fines de la transición son componentes eventuales, no esenciales, de la definición propuesta.

## 1.2. Los elementos de justicia transicional en la ley de justicia y paz

1.2.1. En cuanto a su finalidad, el texto de la Ley 975/05 abunda en referencias: “la consecución de la paz nacional”<sup>5</sup>, para lo que se otorga un

tratamiento jurídico especial a miembros de grupos armados organizados al margen de la ley de guerrillas o autodefensas que contribuyan a ella de manera efectiva, es el fin declarado de la normatividad. Reiterando lo anterior, la misma disposición fija como objeto propio “facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”<sup>6</sup>, refiriéndose a los integrantes de las organizaciones armadas “que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional”<sup>7</sup>. Así, la ley se define como un instrumento jurídico de transición hacia la paz, a partir de una realidad nacional de confrontación armada del que son parte los grupos guerrilleros y paramilitares.

1.2.2. Se trata de una conflictividad de alta intensidad, esto es, de una situación de graves violaciones de los derechos humanos a gran escala? Sin duda, al inicio de las discusiones sobre la desmovilización y desarme de las autodefensas, Colombia registraba unos índices desmesurados de violencia asociada a los grupos armados organizados ilegales: (i) 28.837 homicidios en 2002, frente a 16.140 en 2008; (ii) 680 víctimas en homicidios colectivos en 2002, frente a 169 en 2008; (iii) 2.882 secuestros en 2002, frente a 437 en 2008; (iv) 1.645 actos de terrorismo en 2002, frente a 347 en 2008; 32 ataques a poblaciones en 2002, frente a cero en 2008; 39 delitos de desaparición forzada en 2002 frente a 135 en 2007; y 434.320 desplazados en 2002 frente a 401.193 en 2008<sup>8</sup>. Tal ha sido la magnitud de la violencia en Colombia durante los años 80, 90 y comienzos del siglo XXI, que la negociación política con las organizaciones armadas ilegales en la década pasada y la desmovilización

<sup>2</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-370 de 2006.

<sup>3</sup> “El Estado de Derecho y la Justicia de Transición en las Sociedades que sufren o han sufrido Conflictos”, Informe del Secretario General de las Naciones Unidas de 3 de agosto de 2004.

<sup>4</sup> Ver *Justicia y paz ¿Cuál es el precio que debemos pagar?* Pablo de Greiff: Fundación Seguridad y Democracia, Intermedio Editores, 2009.

<sup>5</sup> Ley 975 de 2005, encabezado.

<sup>6</sup> Ley 975 de 2005, art. 1°.

<sup>7</sup> Ley 975 de 2005, art. 2°.

<sup>8</sup> Ver [www.fiscalia.gov.co](http://www.fiscalia.gov.co), [www.accionso-cial.gov.co](http://www.accionso-cial.gov.co), [www.mindefensa.gov.co](http://www.mindefensa.gov.co).

con justicia transicional en la presente, han sido impuestas por el poderío bélico-financiero y la capacidad de daño a los DD. HH. alcanzado por los grupos armados ilegales al amparo del secuestro, la extorsión, el narcotráfico, el despojo de tierras y el enriquecimiento ilícito.

**1.2.3.** La exigencia de responsabilidad de los autores de graves afectaciones de los derechos humanos está presente en la normatividad de justicia y paz: “*el proceso de reconciliación nacional al que dé lugar la presente ley, deberá promover, en todo caso, el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación*”, dice la Ley 975/05. Puntualizando, la misma norma desarrolla el principio de responsabilidad penal de los autores de delitos contra la humanidad y crímenes atroces vinculados al proceso de justicia y paz, estableciendo respecto de ellos que la autoridad judicial<sup>10</sup> “*determinará la pena que corresponda por los delitos cometidos, de acuerdo con las reglas del Código Penal*”, con la posibilidad de serle sustituida por una “*pena alternativa*” significativamente menor, a modo de beneficio otorgado por la contribución del desmovilizado a la paz y a la justicia<sup>11</sup>. La determinación de la responsabilidad penal es un elemento esencial en cualquier modelo de justicia de transición, pues marca la diferencia entre la impunidad o la justicia en un proceso de paz y fundamenta los deberes de verdad y reparación que recaen sobre los victimarios.

En esto, el Estado colombiano se aparta de la tradición bicentenaria de procesos de paz con mecanismos jurídicos eximentes de responsabilidad criminal o de extinción de la acción y de la pena, en suma, de perdón y olvido, aspirando a una era de acuerdos de desmovilización de grupos armados sin impunidad.

No puede ser de otra manera: aún en períodos de transición, el Estado constitucional vigente en Colombia no admite la posibilidad de suspender o interrumpir los compromisos adquiridos por los Estados hacia el respeto de los Derechos Humanos, con prescindencia de estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación, en conformidad con el Derecho Internacional.

**1.2.4.** La condición holística alude a la aplicación integral de los instrumentos de justicia transicional, esto es, a la concurrencia efectiva de responsabilidad penal, verdad y reparación. La ausencia de alguno de estos factores definitorios impediría considerar el modelo propuesto como de justicia transicional: sin determinación judicial de responsables sería impunidad; sin verdad y reparación de las víctimas, aún con pena pre-mial efectiva, se estaría frente a indultos disfrazados. La Ley 975/05 fijó como supuesto de aplicación de los beneficios judiciales la asunción de responsabilidad penal y el pago efectivo de pena alternativa<sup>12</sup>, al lado de desarrollos normativos para asegurar la reparación de las víctimas<sup>13</sup> y el derecho a la verdad, al esclarecimiento de los hechos y la preservación de la memoria<sup>14</sup>, sin omisión de elemento alguno del modelo transicional.

**1.2.5.** Finalmente, el carácter no paradigmático de este modelo normativo de transición progresiva hacia la paz, se concreta en la limitación del sujeto de sus prescripciones a los autores o partícipes de crímenes cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a los grupos armados ilegales, por delitos constitutivos de graves violaciones a los derechos

humanos y del DIH<sup>15</sup>, aplicable “*únicamente a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia y rige a partir de la fecha de su promulgación*”<sup>16</sup>, esto es, el 25 de julio de 2005. Los crímenes atroces cometidos con posterioridad no son susceptibles de gozar de los beneficios de la justicia transicional y habrán de ser juzgados con arreglo a los procedimientos y sanciones del Código Penal. La falta de este límite temporal hubiera erigido en regla permanente de justicia el modelo de transición admitido por la fuerza de los hechos, sustituyendo los valores fundamentales de justicia que nos gobiernan y trastocando los paradigmas de conducta social. No fue el caso de La ley 975 de 2005.

**1.2.6.** Así, la tensión entre el fin social de un tránsito hacia la paz y los ideales de justicia representados en los derechos de la sociedad y de las víctimas fue resuelto, a su manera, por la legislación de justicia y paz, lo que permite el entendimiento de la Ley 975 como un modelo específico de justicia transicional.

## 2. El método de armonización de los derechos a la paz y a la justicia.

### 2.1. Los derechos a la justicia y a la paz.

<sup>15</sup> Ley 975 de 2005, artículo 2°. El inciso final del artículo 2° excluye de la ley de justicia y paz a los miembros los grupos armados organizados ilegales investigados, procesados o condenados solamente por delitos políticos y conexos, los que según la legislación nacional son amnistiables o indultables. Dice textualmente así: “*La reinserción a la vida civil de las personas que puedan ser favorecidas con amnistía, indulto o cualquier otro beneficio establecido en la Ley 782 de 2002, se regirá por lo dispuesto en dicha ley*”.

<sup>16</sup> Ley 975 de 2005, artículo 72.

<sup>9</sup> Ley 975 de 2005, art. 4°.

<sup>10</sup> La sala penal competente del Tribunal Superior de Distrito Judicial. Ley 975 de 2005, art. 29.

<sup>11</sup> Ley 975 de 2005, arts. 3° y 29.

<sup>12</sup> Ley 975 de 2005, artículos 4°, 6° y disposiciones del capítulo VI, entre otras.

<sup>13</sup> Ley 975 de 2005, artículos 4°, 5°, 8° y disposiciones del capítulo VIII y IX, entre otras.

<sup>14</sup> Ley 975 de 2005, artículo 4°, 7°, disposiciones de los capítulos III, X, entre otras.

Desde la conjetura contractualista y el mito político, justicia y paz son dos bienes esenciales al pacto social: los individuos deponen su poder natural y bárbaro de autodefensa y autojusticia ante el poder público constituido, a trueque de derechos a la seguridad y la convivencia pacífica, comenzando por la vida y la resolución pacífica de los conflictos de interés jurídicamente tutelados. De ahí que el control jurisdiccional que la Corte Constitucional ejerce sobre la legislación transicional, deba adelantarse a través de un método de ponderación de los derechos implicados.

## 2.2. Ponderación de derechos.

Como se dejó dicho, la Corte Constitucional colombiana abordó explícitamente la manera de resolver la tensión entre justicia y paz, mediante la aplicación del método de la *ponderación*, esto es, sopesando los derechos constitucionales en cuestión, para lograr una armonización entre ellos, de ser posible, o definir cuál ha de prevalecer en caso de colisión.

De la paz sostenible, tomada en su acepción fundamental como ausencia de conflicto violento a gran escala, surge el derecho a la paz o a la superación de la conflictividad violenta a través de medios legítimos, como la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley. Aquel fin socialmente deseable y este medio constitucionalmente válido, pueden justificar determinadas restricciones a la justicia como valor y al derecho subjetivo que le es correlativo. Mas la paz tampoco tiene un contenido absoluto y no es dado sacrificar contenidos esenciales del derecho de la sociedad y de las víctimas a la justicia, en aras del interés político de poner fin al conflicto armado. Así, la Corte optó por ponderar la paz con la justicia como valor objetivo y como derecho de la sociedad y de las víctimas, incluidos los derechos a la verdad, la reparación y la no repetición.

## 2.3. La ponderación de los derechos y valores de justicia y paz en la Ley 975 de 2005.

La Ley 975 de 2005 o de justicia y paz, consagró instituciones jurídico-penales como la alternatividad penal –que entraña una reducción significativa de pena– generando una afectación directa del valor objetivo de la justicia y del derecho de las víctimas a la misma. El asunto consiste en ponderar la paz, con toda la carga valorativa que la Constitución de Colombia de 1991 le imprimió –fue concebida como una Carta de Paz–, con la justicia: en otras palabras, cuánta justicia puede ser sacrificada por la consecución de la paz, sin anular el contenido esencial de la justicia como valor y derecho ni perder el avance en materia de paz. La Corte Constitucional concluyó que, no obstante su importancia en el orden constitucional, *“la paz no puede transformarse en una especie de razón de Estado que prevalezca automáticamente, y en el grado que sea necesario, frente a cualquier otro valor o derecho constitucional”*<sup>17</sup>; *tampoco significa que “la justicia pueda, a su turno, ser elevada a la categoría de un derecho absoluto, a tal punto que la paz sea sacrificada o su realización impedida”*<sup>18</sup>.

El propio Legislador cuenta con un amplio margen de configuración legislativa en materia de justicia, que parte de facultades expresas que le son conferidas para decretar, a través de leyes, indultos, amnistías o aplicar el principio de oportunidad para suspender o extinguir la acción penal, siempre que se respeten ciertos límites constitucionales. Es decir, el Poder Legislativo se halla habilitado para disminuir el alcance del derecho a la justicia a cambio de promover otros

derechos constitucionales, como lo sería la realización efectiva de los derechos de las víctimas a la no repetición –con el avance hacia el fin del conflicto armado–, a la verdad y a la reparación –condicionando el otorgamiento de beneficios judiciales–. Y es al Congreso de la República al que corresponde definir los instrumentos del caso. Dijo la Corte: *“La competencia del Legislador para diseñar los instrumentos de orden penal encaminados a lograr la paz es amplia, pero no ilimitada. Su amplitud reside en que en materia penal existen múltiples alternativas de regulación compatibles con la Constitución, y el Legislador puede adoptar el diseño normativo que mejor se adecue a los fines que pretende alcanzar en cada contexto. Cuando la regulación penal está dirigida a alcanzar la paz, la amplitud del margen de configuración del Legislador es aún mayor”*<sup>19</sup>.

La Corte partió de entender la Ley 975 de 2005 *“como un conjunto integral y específico de normas encaminadas a lograr la paz en un contexto determinado”*, y concibió el juicio de ponderación a partir de las concatenaciones entre las medidas y los derechos. Así, por ejemplo, una disposición que limita el alcance del derecho al establecimiento de responsabilidad penal y a la imposición de sanción efectiva, mediante la concesión de beneficio judicial de pena alternativa, bien puede promover el derecho a la verdad, en cuanto se impulsen mecanismos de esclarecimiento de los hechos condicionados al otorgamiento de los beneficios.

En suma, en el empleo de juicios de ponderación ha de reconocérsele al Legislador un margen amplio de configuración constitucionalmente atribuido. Y al examinar los medios diseñados por el Congreso de la República para alcanzar los fines legítimos enunciados, debe precisarse si estos son idóneos para lograr dichos

<sup>17</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-370 de 2006.

<sup>18</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-370 de 2006.

<sup>19</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-370 de 2006.

fines y si tales medidas no envuelven una afectación desproporcionada de otros derechos constitucionales.

### 3. El derecho a la justicia en el proceso transicional

#### 3.1. Marco teórico

##### 3.1.1. El derecho a la justicia y las graves violaciones de los DD. HH.

Toda persona tiene la facultad de demandar del Estado la resolución jurisdiccional de conflictos de interés protegidos por el orden jurídico y la protección judicial de sus derechos amenazados o vulnerados. Cuando la Constitución Política de Colombia garantiza el derecho “para acceder a la administración de justicia”<sup>20</sup> ha de entenderse que las personas no solo son titulares de una facultad de accionar sino, principalmente, de obtener respuesta justa y oportuna a su pretensión, a partir de unas reglas de derecho o equidad prestablecidas y un proceso jurídicamente válido.

La cualificación del derecho a la justicia, en procesos transicionales, goza de especificidades en materia de responsabilidad judicial, verdad y reparación, especialmente. En el derecho internacional, frente a violaciones graves de los DD. HH., los Estados tienen: (i) obligaciones de prevención; (ii) deberes de investigación eficaz, enjuiciamiento y sanción; (iii) deberes de procuración de la verdad; (iv) y obligaciones de reparación a las víctimas.

La prevención, como obligación de medio, implica la adopción diligente de medidas puntuales encaminadas a evitar el suceso vulnerador.

La omisión de los deberes de investigación, enjuiciamiento y sanción de agresiones a los DD. HH. internacionalmente protegidos, meollo de la actividad jurisdiccional, dan lugar a la responsabilidad internacional del Estado, fundada en la no admisibilidad de situaciones de tolerancia a la impunidad. Específicamente, a las víctimas ha de garantizárseles la tutela judicial de sus derechos humanos a través de un “recurso sencillo y eficaz”<sup>21</sup>, siendo esta obligación generalmente incompatible con leyes o reglamentos excluyentes de responsabilidad —amnistías, indultos, prescripciones, etc—. Además, para satisfacer a las víctimas, los procesos de investigación, juzgamiento y sanción de graves atropellos contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos debe surtir en “plazo razonable”. También, en desarrollo de esta obligación, tiene el Estado la carga de iniciativa o impulso oficioso de las investigaciones, sin supeditarlas a la actividad probatoria de las víctimas o sus deudos. En cuanto a la carga punitiva sobre los perpetradores, las disminuciones acordadas en los procesos de transición son válidas, sin que se pase a la exoneración total de los autores.

##### 3.1.2. Verdad y reparación, como expresiones del derecho a la justicia

Los deberes de verdad surgen del derecho a saber, en la expresión feliz del Informe Joinet. Parten del derecho de la sociedad y de las víctimas a conocer los elementos configuradores de los crímenes, la identidad de los agentes del daño, las circunstancias en que se dieron los hechos y el conocimiento del paradero de víctimas y familiares; es de esperar que este conocimiento surja de los propios procesos judiciales, sin que la justicia transicional excluya mecanismos extrajudiciales de obtención de la ver-

dad. De otra parte, el esclarecimiento de los hechos es, a su vez, una medida de reparación.

También la sociedad es titular del derecho a la verdad, un verdadero derecho colectivo que encuentra su razón de ser en el imperativo social de evitar la reproducción de las crisis humanitarias. Por eso, del derecho a la verdad también emerge el «deber de la memoria», llamado a conjurar los silencios o las manipulaciones de la historia y la repetición de los ciclos violentos propia de los pueblos que desconocen su pasado. En cuanto a derecho, la verdad y el saber son imprescriptibles.

A su vez, las obligaciones de reparación integral, que implican medidas individuales como colectivas, conllevan la plena restitución o vuelta a la situación anterior a la violación, de ser posible, y otras medidas reparatorias de las consecuencias de la infracción, como la indemnización compensatoria, la compensación moral, la rehabilitación o readaptación. En el nivel colectivo, son usuales las prácticas simbólicas como la asunción pública de responsabilidad, la petición de perdón a las víctimas, los eventos o detalles conmemorativos, directamente relacionados con el deber de memoria.

Así, la imbricación entre los derechos a la definición de responsabilidad judicial, a la verdad y a la reparación, concatenados entre sí, conduce inexorablemente a la conclusión atrás expresada acerca del carácter holístico de los elementos de la justicia transicional.

#### 3.2. Derecho a la justicia.

##### 3.2.1. Responsabilidad penal y pena efectiva.

El otorgamiento de un beneficio judicial denominado de *alternatividad penal* a reos de delitos gravísimos, quienes pasan de merecer penas de

<sup>20</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 229.

<sup>21</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 8° y 25.

cincuenta o sesenta años<sup>22</sup> o prisión perpetua en la jurisdicción internacional, a recibir penas de entre cinco y ocho años, constituye una afectación excesiva de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición representa una modalidad encubierta de impunidad, al otorgar indultos y amnistías parciales viola tal disposición lo dispuesto en el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para la validez de dichas medidas, tales han sido, en buena parte, los interrogantes que ha enfrentado la Corte Constitucional de Colombia en ejercicio de su función de control constitucional de la ley de justicia y paz.

El análisis de la *alternatividad penal* en la Ley 975 de 2005<sup>23</sup> parte de concebirla como un beneficio judicial que permite la suspensión de la ejecución de una pena ordinaria –principal y accesorias, imponibles en la sentencia con base en las disposiciones habituales del Código Penal– por una pena alternativa menor de un mínimo de 5 años y un máximo de 8 años, siempre que el beneficiario cumpla las condiciones legales establecidas<sup>24</sup>, siendo revocable la pena alternativa por el incumplimiento de los compromisos legales y en tal caso revivable para su ejecución la pena

<sup>22</sup> Según la legislación colombiana -Ley 890 de 2004-: “La pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso” (artículo 2º); y agrega: “En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años” (artículo 1º).

<sup>23</sup> Ley 975 de 2005, artículos 3º, 9º 20º, 24, 29.

<sup>24</sup> En general, condiciones relacionadas con la contribución a la consecución de la paz, colaboración con la justicia, reparación a las víctimas y la propia resocialización del beneficiario (Ley 975, artículo 3º). En últimas, dirigidos a satisfacer a los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

ordinaria inicialmente impuesta<sup>25</sup>. La Corte sintetizó esta figura, así:

- i) Es un beneficio punitivo que conlleva suspensión condicional de la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, el cual responde a características y propósitos específicos.
- ii) Es judicial y sustitutiva de la pena ordinaria: la autoridad judicial competente impondrá en la sentencia la pena principal y las accesorias que correspondan de ordinario al delito conforme a los criterios establecidos en la ley penal. Esta comprensión se deriva explícita y sistemáticamente de los artículos 3º, 19, 20, 24 y 29.
- iii) Es alternativa: la pena que de ordinario le correspondería cumplir al condenado es reemplazada por una pena inferior de tal forma que el condenado debe pagar la pena alternativa, no la pena ordinaria inicialmente impuesta.
- iv) Es condicionada: su imposición está condicionada a que concurren los presupuestos específicos previstos en la presente ley. Verificado su cumplimiento, el Tribunal impondrá lo que la ley denomina pena alternativa.
- v) Constituye pena privativa de la libertad de 5 a 8 años, que deberá cumplirse efectivamente sin que pueda ser afectada por otros subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias, adicionales a la pena alternativa misma. (Par. Art. 29).
- vi) Su mantenimiento depende de la libertad a prueba: una vez cumplida efectivamente la pena alternativa, así como las condiciones impuestas en la sentencia según la ley (artículo 24), se concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período en el cual el sentenciado debe cumplir

<sup>25</sup> Ley 957 de 2005, artículos 3º y 29º.

determinados compromisos: no reincidir en ciertas actividades delictivas, presentaciones periódicas e información de cambio de residencia (artículo 29).

vii) Extinción de la pena ordinaria inicialmente determinada: Cumplidas las obligaciones impuestas en la sentencia o establecidas en la ley, y transcurrido el período de prueba, se declarará extinguida la pena ordinaria inicialmente determinada.

viii) Revocatoria de la pena alternativa y ejecución de la pena inicialmente determinada: si durante la ejecución de la pena alternativa o del período de libertad a prueba, se establece que el beneficiario ha incumplido alguna de las obligaciones impuestas en la sentencia o previstas en la ley, para el goce del beneficio, se revocará la pena alternativa y se harán efectivas las penas principales y accesorias inicialmente impuestas en la sentencia<sup>26</sup>.

Es importante destacar que solo pueden gozar de estos beneficios los desmovilizados de grupos armados ilegales responsables de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a la organización armada, anteriores a la vigencia de la ley<sup>27</sup>, y nunca por conductas punibles cometidas con anterioridad a la pertenencia del desmovilizado al grupo armado al margen de la ley.

Tratándose de una importante reducción punitiva para sus destinatarios e implicando una indiscutida afectación de la justicia como valor y como derecho, la ley persigue un propósito de reconciliación y pacificación en Colombia, fines de incuestionada relevancia constitucional. Tal tensión de valores y derechos implica reconocer que el margen de configuración de las medidas legislativas de que dispo-

<sup>26</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-370 de 2006.

<sup>27</sup> La Ley 975 de 2005 entró en vigencia el 25 de julio de 2005.

ne el Congreso de la República para avanzar hacia la paz no es omnímodo, pues si las normas expedidas no resultan adecuadas para alcanzar el fin propuesto y si tales medios entrañan una afectación manifiestamente desproporcionada de otros derechos constitucionales –en particular los derechos de las víctimas–, devendrán inconstitucionales.

La figura de la extinción de la pena original –la imponible en situación general, por fuera de un proceso de justicia y paz– es el meollo de esta discusión. La ley 975 fue clara al establecer que la sola previsión de la pena alternativa no implica la desaparición de la pena inicial: esta continúa gravitando sobre el desmovilizado hasta tanto no haya cumplido totalmente –sin posibilidad de subrogados penales–, la pena alternativa que le fuera impuesta, más un periodo adicional de prueba equivalente al 50% de la pena alternativa, durante el cual gozará de libertad condicional, y después de cumplir las restantes obligaciones provenientes de los requisitos legales impuestos para la concesión del beneficio. Sobre esta base la Corte concluyó que *“tal beneficio jurídico, así concebido, no encubre un indulto, como erróneamente lo entienden los demandantes, pues no significa perdón de la pena”*. Encontró también la Corte que la alternatividad penal, en cuanto figura dirigida al logro de la paz, resulta concordante con la Constitución Política ya que *“no entraña una desproporcionada afectación del valor justicia, el cual aparece preservado por la imposición de una pena originaria (principal y accesoria), dentro de los límites establecidos en el Código Penal, proporcional al delito por el que se ha condenado, y que debe ser cumplida si el desmovilizado sentenciado, incumple los compromisos bajo los cuales se le otorgó el beneficio de la suspensión de la condena”*.

En suma, el derecho a la justicia fue reconocido en la Ley 975 de 2005, partiendo de: (i) la determinación individual de responsabilidad penal en

cabeza de los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley como base de la concesión de beneficios judiciales; (ii) del cumplimiento efectivo de una pena privativa de libertad –alternativa– en establecimiento de reclusión; (iii) y del condicionamiento de la consolidación de tales beneficios al cumplimiento de deberes de verdad, reparación y no repetición, colaboración con la justicia y contribución a la paz.

### 3.2.2. Afectaciones al derecho a la justicia

#### 3.2.2.1. La colaboración con la justicia

Consideró la Corte que existían algunas expresiones de la Ley 975 que, no obstante apuntar a la finalidad de paz constitucionalmente válida, podrían derivar en una desproporcionada afectación del valor justicia y específicamente del derecho de las víctimas. Fue el caso de uno de los requisitos para la procedencia de la suspensión de la pena al desmovilizado, la *“colaboración con la justicia”*.

Se encontró tal componente normativo demasiado genérico y vacío de contenido específico, al punto de no asegurar a las víctimas la satisfacción del derecho a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición. Específicamente consideró que tal colaboración podría reducirse, hipotéticamente, al aporte de cualquier información más o menos relevante sobre los delitos cometidos por otros miembros de un grupo armado ilegal, dejando de ser una contribución eficaz sobre el accionar de los grupos armados o el paradero de desaparecidos o secuestrados. En tal hipótesis, la *“colaboración con la justicia”* no respetaría el derecho a la verdad del que son titulares las víctimas y la sociedad. Suceso similar podría tener el derecho a la reparación: cabría reducirse la colaboración con la justicia a una parte de los bienes ilícitos generados por el delito, con lo cual quedaría burlada la garantía de goce

efectivo del derecho de las víctimas a la reparación.

En estos casos, la alternatividad penal entraría a ser una afectación desproporcionada de los derechos a la justicia de sus titulares, al no abarcar la *“colaboración con la justicia”* los derechos de las víctimas en su integralidad y no exigirle a los posibles beneficiarios acciones concretas encaminadas a asegurar el goce efectivo de estos derechos. Por eso, declaración de constitucionalidad de tal expresión fue condicionada por la Corte a que la *“colaboración con la justicia”* debe estar encaminada al logro efectivo de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición”.

#### 3.2.2.2. La investigación eficaz y oportuna

Es de la mayor importancia en asegurar que las normas procesales de la Ley 975 de 2005 no deriven en restricciones al ejercicio adecuado de la obligación estatal de investigar, lo cual vulneraría también el derecho a la justicia<sup>28</sup>.

El deber investigación de las violaciones de los derechos humanos, como emanación del derecho a la justicia, ha tenido destacados desarrollos en el derecho internacional. Con base en los artículos 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la jurisprudencia interamericana ha cualificado el contenido autónomo de este deber-función de diligencia y efectividad en la investigación, con dos contenidos esenciales: la *necesidad* de las diligencias adelantadas y el *plazo razonable* de su adelantamiento. Al respecto se observó que los términos para (i) la verificación de la confesión del desmovilizado, la (ii) elaboración y desarrollo del programa metodológico a cargo de fiscales y policía judicial, (iii) y para la realización de la audiencia de

<sup>28</sup> En relación con apartes demandados de los artículos 17 y 18 de la Ley 975 de 2005.

imputación correspondiente, establecen, en general, criterios razonables para la realización de una investigación pronta, imparcial y minuciosa de los hechos conocidos por la Fiscalía General de la Nación a partir de la confesión libre y veraz del desmovilizado. No obstante, la Corte condicionó el entendimiento de alguna de ellas –y su constitucionalidad– a una única interpretación que encontró acorde con el deber de investigación, y declaró inexecutable expresiones que comprimían el término para el desarrollo razonable del programa metodológico de investigación y la debida construcción de un caso.

### 3.2.2.3. Contabilización del tiempo de permanencia de los desmovilizados en “zonas de ubicación” como parte de la pena

Objeto de declaración de inconstitucionalidad fue la disposición que abonaba el tiempo de permanencia en las zonas de concentración al cumplimiento de la pena alternativa. Estas zonas del territorio nacional, legalmente previstas para facilitar los diálogos y la desmovilización de grupos armados organizados al margen de la ley<sup>29</sup>, alojaron a los dirigentes y a la tropa de tales organizaciones, previo acuerdo con los voceros de estos grupos, quienes ingresaron provisionalmente a estos espacios mediante acto voluntario.

La permanencia voluntaria de los desmovilizados en dichas zonas, sin preexistencia de acto oficial alguno restrictivo de la libertad, fue tenida por desconocimiento de la obligación estatal de sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos con verdaderas penas privativas de la libertad, tal como lo adujeron ciudadanos impugnantes de esta norma. La Corte consideró que “la pena no puede ser despojada de su atributo de reacción justa y adecuada a la criminalidad, ni

<sup>29</sup> Ley 418 de 1997, Ley 782 de 2002.

puede producirse al margen de las intervenciones estatales que el ejercicio del *ius puniendi* reclama en el Estado constitucional de derecho”. En consecuencia, declaró inexecutable tal disposición, que afectaba antijurídicamente el derecho a la justicia.

## 3.3. El derecho a la verdad

### 3.3.1. La verdad en la Ley 975 de 2005

El derecho a la verdad mereció particular consideración del Legislador colombiano. La Ley 975 de 2005, en aplicación de la noción holística de integración de los elementos de justicia transicional, asoció cualquier proceso de reconciliación surtido al amparo de ella, a la promoción de la verdad, al lado de la justicia y la reparación. Y fue explícita en el reconocimiento del derecho a la verdad en los siguientes términos: “La sociedad, y en especial las víctimas, tienen el derecho inalienable, pleno y efectivo de conocer la verdad sobre los delitos cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley, y sobre el paradero de las víctimas de secuestro y desaparición forzada”<sup>30</sup>.

Las autoridades judiciales fueron sujetos de mandatos directos de la Ley 975 de 2005. De una parte ordenó a los servidores públicos disponer lo necesario “para que se asegure el esclarecimiento de la verdad sobre los hechos objeto de investigación (...)”<sup>31</sup>; específicamente, instruyó a los organismos de investigación en el deber de investigar “las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron las conductas punibles; las condiciones de vida, sociales, familiares e individuales del imputado o acusado y su conducta anterior; los antecedentes judiciales y de policía, y los daños que individual o colectivamente haya causado

<sup>30</sup> Ley 975 de 2005, artículo 7º: Derecho a la verdad.

<sup>31</sup> Ley 975 de 2005, artículo 15.

de manera directa a las víctimas, tales como lesiones físicas o psicológicas, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de derechos fundamentales”<sup>32</sup>, así como “el paradero de personas secuestradas o desaparecidas”<sup>33</sup>. En guarda de la verdad surgida de los procesos judiciales, encargó a la Fiscalía General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo de la protección de los testigos, las víctimas y peritos que pretendieren presentar en juicio. Con todo, no limitó la búsqueda de la verdad a los resultados arrojados por las instancias judiciales, previendo la posibilidad de que “puedan aplicarse otros mecanismos no judiciales de reconstrucción de la verdad”<sup>34</sup>.

Así mismo, instituyó el “deber de memoria”<sup>35</sup>, como la concreción de la obligación de preservación de la memoria histórica que le corresponde al Estado, respecto del conocimiento de las causas, desarrollos y consecuencias de la acción de los grupos armados al margen de la ley, recabando en la conservación de archivos y en la facilitación del acceso a los mismos, en interés de las víctimas y de la sociedad en general<sup>36</sup>.

### 3.3.2. La verdad parcial

Uno de los temas más agitados, tanto del proceso de formación de la ley 975 de 2005 como de su control judicial, fue el relativo a la posible exoneración del deber de contribuir a la verdad<sup>37</sup>. Tal perspectiva se planteó al no decretarse la pérdida de los beneficios judiciales para los desmovilizados acogidos a la ley, por la confesión parcial de los delitos cometidos, esto es, por la ocultación de parte de la verdad de los hechos criminales.

<sup>32</sup> Ley 975 de 2005, artículo 15.

<sup>33</sup> Ley 975 de 2005, artículo 15.

<sup>34</sup> Ley 975 de 2005, artículo 7º.

<sup>35</sup> Ley 975 de 2005, artículo 56º.

<sup>36</sup> Ley 975 de 2005, artículo 56

<sup>37</sup> Ley 975 de 2005, artículos 17, 25 y 29.

No escapa al análisis el entendimiento de que la reducción de las penas imponibles a los desmovilizados persigue una finalidad constitucional no solo legítima sino, además, imperativa. En una lógica de ponderación de bienes constitucionales, el derecho a la justicia, en su faceta de deber de verdad, podría ver limitado su alcance al permitir que la confesión de los delitos en los cuales participe un miembro de un bloque o frente sea intencionalmente parcial, y ello no le acarree la pérdida de los beneficios penales propios del proceso transicional.

La Corte Constitucional de Colombia partió de una consideración congruente con lo dicho: el otorgamiento de beneficios judiciales a los autores de delitos graves, no amnistiables ni indultables, sin la exigencia de entrega de toda la información sobre los crímenes cometidos, vulnera el derecho a la verdad de los afectados y el derecho de la sociedad a la memoria, y con ello el derecho a la justicia en su sentido lato. Entendió que las disposiciones normativas de la Ley 975 de 2005 no fueron explícitas en asignarle consecuencias sancionatorias al ocultamiento de hechos graves, de modo que constituyeran un disuasivo a la mentira y un incentivo a la revelación completa y fidedigna de la verdad sobre los delitos cometidos. Dijo al respecto:

“En resumen, la ley demandada en los artículos analizados no incorpora mecanismos idóneos para que efectiva y realmente pueda satisfacerse el derecho a la verdad. De una parte las personas que se limiten a reconocer los delitos que el Estado les impute como integrantes de tales grupos pero que no confiesen delitos adicionales anteriores a la desmovilización del grupo específico al cual pertenecían y cometidos con ocasión de la acción del respectivo bloque o frente, no pierden los beneficios que la ley les confiere sobre los delitos reconocidos. Pese al silencio y el ocultamiento, si el Estado no lle-

ga a identificarlos como autores de otros delitos, ellos seguirán gozando de los beneficios que la ley les otorga, a pesar de que se encontrará gravemente afectado el derecho a la verdad de las víctimas de tales delitos. Pero si el Estado llegare a demostrar la vinculación de estas personas con otros delitos con ocasión de su pertenencia al grupo armado específico antes de la desmovilización, tiene, adicionalmente, que probar que la omisión en la confesión fue intencional. De otra manera, se le aplicarán al perpetrador nuevamente los beneficios que la ley contempla.

En consecuencia, consideró inconstitucional la concesión de beneficios penales por la sola confesión parcial de los hechos. Y si bien declaró exequibles las disposiciones relacionadas con este aspecto<sup>38</sup>, condicionó la constitucionalidad de la norma al imperativo de que la versión libre ha de ser completa y veraz<sup>39</sup>. Y tal exigencia comprende la obligación de liberar o revelar el paradero de las personas secuestradas y desaparecidas.

### 3.3.3. El derecho a la verdad y la obligación de difusión completa de la misma

La reconstrucción de la historia de las graves violaciones de los DD. HH. fue tema de desarrollo en la Ley 975 de 2005. Para el Legislador colombiano, una forma relevante de realizar los derechos a la verdad y a la reparación, para incentivar la memoria colectiva y garantizar la adopción de prácticas y culturas de no repetición, es a través del recuento de lo sucedido.

En medio del debate ciudadano alrededor de la justicia de transición,

<sup>38</sup> Ley 975 de 2005, artículo 17.

<sup>39</sup> Confesión que debe ser consciente, libre y voluntaria, pues de otra forma se vulneraría el derecho a la no autoincrimación.

se creyó que la Ley 975 de 2005 establecía una especie de cláusula de reserva de la información sobre los hechos reseñados, a discreción de las autoridades depositarias de tal conocimiento. La Corte concluyó que no se desprendían tales inferencias de los textos normativos, así: *“no es posible entender, como al parecer lo hacen los demandantes, que las normas demandadas están estableciendo una cláusula general de reserva de la información cuando quiera que así lo consideren los funcionarios públicos concernidos. Tampoco consagra la reserva de información a favor de las personas responsables de los delitos que se investiguen o sobre hechos relevantes para el esclarecimiento histórico del fenómeno o para la reparación de las víctimas. En este sentido la única interpretación adecuada de estas disposiciones es aquella según la cual se admite la reserva de cierta información, pero en los términos en los cuales las leyes específicas sobre el tema lo establecen, de forma tal que se garanticen los derechos de las víctimas y los derechos a la vida, la integridad o la seguridad de personas que han colaborado con la justicia en términos de la legislación ordinaria vigente sobre protección de víctimas y testigos”*. Así, se afirmó la garantía de acceso a la información, con las solas limitaciones que la ley establece frente a la investigación judicial, los derechos fundamentales de las personas y el interés superior de los menores y las víctimas.

## 3.4. Derecho a la reparación

### 3.4.1. El derecho a la reparación, en la Ley 975 de 2005

La Ley ubica el derecho a la reparación en el centro del estatuto transicional. Desde su artículo inicial, la garantía de los derechos de las víctimas a la reparación inspira el proceso de justicia y paz. La alternatividad punitiva se encuentra condicionada,

para efectos de su otorgamiento, a “la reparación de las víctimas”<sup>40</sup>. Y más allá de lo declarativo, la norma ofrece una definición de víctima, comprensiva de los familiares y parientes cercanos de quienes han padecido el quebrantamiento de sus derechos, incluidos los miembros de la fuerza pública:

“Para los efectos de la presente ley se entiende por víctima la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley.

(...)

La condición de víctima se adquiere con independencia de que se identifique, aprehenda procese o condene al autor de la conducta punible y sin consideración a la relación familiar existente entre el autor y la víctima”<sup>41</sup>.

En el capítulo IX, la Ley 975 dedica disposiciones al desarrollo del deber general de reparación a cargo, inicialmente, de los miembros de los grupos armados, y subsidiariamente, del Estado a través del Fondo Nacional de Reparación, una cuenta pública creada por esta Ley para los fines de reparación. Dice así la norma: *Los miembros de los grupos armados que resulten beneficiados con las disposiciones previstas en esta ley tienen el deber de reparar a las víctimas de aquellas conductas punibles por las que fueron condenados mediante sentencia judicial. Igualmente, cuando no se haya logrado individualizar*

<sup>40</sup> Ley 975 de 2005, artículos 1° y 4°.

<sup>41</sup> Ley 975 de 2005, artículo 5°.

*al sujeto activo pero se compruebe el daño y el nexo causal con las actividades del Grupo Armado Ilegal Beneficiario por las disposiciones de la presente ley, el Tribunal directamente o por remisión de la Unidad de Fiscalía, ordenará la reparación a cargo del Fondo de Reparación*<sup>42</sup>.

La Ley 975 también recoge los preceptos internacionales que definen el contenido del derecho de reparación a través de los deberes de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción<sup>43</sup>, y elabora una relación no taxativa de los actos considerados como de reparación integral, crea la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación y el Fondo para la Reparación de Víctimas<sup>44</sup>.

### 3.4.2. Afectaciones del derecho a la reparación

3.4.2.1. Se consideró violatoria del derecho a la reparación la sola concurrencia “de los bienes adquiridos ilícitamente, u otros, si el desmovilizado los tuviese”<sup>45</sup>, ya que es deber constitucional e internacional del Estado garantizar la justa reparación de las víctimas. Lo reglado inicialmente en la norma suscitó unos interrogantes interesantes: ¿es constitucionalmente admisible exceptuar a los desmovilizados de los grupos armados del deber general de reparación que tiene todo aquel que ocasione un daño antijurídico y trasladar tal responsabilidad al resto de los ciudadanos? ¿Equivaldría a una amnistía de la responsabilidad patrimonial? En previsión de esto, la ley debió establecer la obligación de que los desmovilizados respondieran por el daño con bienes propios, y no solo con los de origen ilícito.

En tal sentido, la Corte concluyó que los miembros del grupo armado or-

<sup>42</sup> Ley 975 de 2005, artículo 42.

<sup>43</sup> Ley 975 de 2005, artículo 44

<sup>44</sup> Ley 975 de 2005, artículos 50 y 54.

<sup>45</sup> Ley 975 de 2005, artículos relacionados: 10.2, 11.5, 13.4, 17, 18 y 46.

ganizado al margen de la ley a quienes se aplique la Ley 975 de 2005, deberán responder con su propio patrimonio, no solo con los bienes adquiridos ilícitamente, para indemnizar a las víctimas de sus crímenes. Dijo así:

“Como ya ha sido mencionado, las personas beneficiarias de la ley estudiada tienen la obligación de reparar con su propio patrimonio y de adelantar la totalidad de los actos destinados a la reparación de los derechos de las víctimas. En ese sentido, tal y como se exige a las víctimas y a la sociedad que acepten el tránsito a la legalidad de quienes han cometido delitos de extrema gravedad y crueldad, también cabe esperar que los beneficiarios de la ley actúen de buena fe para restituir la propiedad a quienes fueron despojados de ella y compensar económicamente los daños causados por su actuación ilegal.”<sup>46</sup>.

De lo anterior surge también el deber para los posibles beneficiarios de la ley, de declarar la totalidad de los bienes que puede aportar para reparar a quienes han sufrido por su causa.

3.4.2.2. La exclusión de personas en la definición legal de víctimas fue materia de control constitucional<sup>47</sup>. El punto hace referencia a la capacidad legal de los familiares de personas que han sufrido violaciones directas a sus derechos humanos para presentarse ante las autoridades en busca de reparación jurídica, tras demostrar un daño real, concreto y específico.

La Corte advirtió que el Estado no está obligado a presumir el daño frente a todos los familiares de la víctima directa ni que los familiares todos tengan los mismos derechos. Lo que la ley no puede hacer es impedir el acceso de los familiares de la víc-

<sup>46</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-370 de 2006.

<sup>47</sup> Ley 975 de 2005, artículos 5°, 47°, 48, 49.3.

tima a las instancias encargadas de investigar, condenar y reparar la violación. Por eso consideró *“que viola el derecho a la igualdad y los derechos de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a un recurso judicial efectivo las disposiciones de la Ley demandada que excluyen a los familiares que no tienen primer grado de consanguinidad con la víctima directa, de la posibilidad de que, a través de la demostración del daño real, concreto y específico sufrido con ocasión de las actividades delictivas de que trata la ley demandada, puedan ser reconocidos como víctimas para los efectos de la mencionada Ley”*<sup>48</sup>. Tal exclusión es constitucionalmente inadmisibles.

**3.4.2.3.** En relación con las limitaciones presupuestales aplicables al Fondo para la Reparación de las Víctimas y la vulneración del deber de reparación la Corte realizó varios juicios. En síntesis, encontró inconstitucional la sujeción de las indemnizaciones decretadas judicialmente a la disponibilidad de recursos en el Presupuesto General de la Nación<sup>49</sup>. Para la Corte esta norma permitiría que, decretada judicialmente una indemnización y creado a favor de las víctimas un derecho cierto, pudiera ser supeditado pago a la disponibilidad de recursos presupuestales. A su juicio, tal restricción resulta desproporcionada por constituir una afectación excesiva del derecho de las víctimas a la reparación y el desconocimiento de las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado colombiano en la materia.

**3.4.2.4.** La responsabilidad civil solidaria de los grupos armados al margen de la ley<sup>50</sup> fue también materia de debate y de pronunciamiento del tribunal constitucional. Partiendo de

que la realización efectiva del derecho a la reparación integral compromete la responsabilidad de los grupos armados organizados al margen de la ley, se encuentra relevante el nexo causal entre el accionar violento de un grupo armado y los daños generados individual o colectivamente por tal organización dentro de la cual se ejecutaron los crímenes.

En desarrollo de lo anterior, no obstante el principio de responsabilidad penal individual, *“la responsabilidad civil derivada del hecho punible admite el elemento de la solidaridad, no solamente entre los penalmente responsables sino respecto de quienes por decisión judicial hayan sido calificados como miembros del grupo armado específico...”*. Con esta conclusión quedó definida la responsabilidad civil del grupo armado frente a sus deberes de reparación, partiendo del carácter colectivo de los beneficios judiciales, de lo cual se desprenden correlativas responsabilidades patrimoniales para los miembros de un grupo armado ilegal. Así, los daños anónimos o sin individualización de su actor, no podrían quedar exentos de reparación: una vez verificado el daño y establecido el nexo causal con las actividades de la organización beneficiaria de las disposiciones de la Ley 975, tales miembros deben responder a través de los mecanismos fijados en la ley, incluida la responsabilidad solidaria.

Para mayor claridad, se estructura un orden de afectación de recursos dirigidos a la satisfacción del principio de reparación. En primer lugar, la obligación de reparar se radica en cabeza del perpetrador; en segundo lugar, en virtud del principio de solidaridad, le corresponde al grupo al que aquel perteneció; en tercer lugar, de modo residual, el Estado, con el único fin de asegurar los derechos de las víctimas con derechos indemnizatorios, ante la insuficiencia de recursos de los perpetradores.

## 4. Derecho a la paz en la Ley 975

### 4.1. Marco teórico

#### 4.1.1. La paz, como valor universal

Para los pueblos del mundo integrados en la Organización de las Naciones Unidas, de conformidad con su Carta Constitutiva, el *“mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”*<sup>51</sup> se erige en fin principal de la asociación universal. Así mismo, el empleo de *“medios pacíficos”* para solución de situaciones conducentes al quebrantamiento de la paz, se instituye como regla de acción de los órganos de la comunidad de naciones. Los pueblos de América proclaman, igualmente, el *“anhelo de convivir en paz”* como inspirador esencial de los acuerdos logrados hacia la unidad hemisférica<sup>52</sup>.

Por su parte, la Constitución Política de Colombia enuncia que el ejercicio del poder soberano y constituyente del pueblo, manifestado en la promulgación de la Carta de 1991, tiene como designio *“fortalecer (..) la paz...”*<sup>53</sup>. Y, específicamente, la Corte Constitucional de Colombia ha destacado que *la paz* se inscribe en el ordenamiento constitucional interno como un valor fundamental, que orienta la actividad del Estado:

*“En primer lugar, la Corte constata que la paz ocupa un lugar principalísimo en el orden de valores protegidos por la Constitución. Dentro del espíritu de que la Carta Política tuviera la vocación de ser*

<sup>51</sup> Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas.

<sup>52</sup> Preámbulo de la Carta Constitutiva de la Organización de Estados Americanos.

<sup>53</sup> Constitución Política de Colombia, 1991. Preámbulo.

<sup>48</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-370 de 2006.

<sup>49</sup> Ley 975 de 2005, artículo 55.

<sup>50</sup> Ley 975 de 2005, artículo 54.

un tratado de paz, la Asamblea Constituyente protegió el valor de la paz de diferentes maneras en varias disposiciones. Por ejemplo, en el Preámbulo la paz figura como un fin que orientó al constituyente en la elaboración de toda la Constitución. En el artículo 2º dicho propósito nacional cardinal se concreta en un fin esencial del Estado consistente en “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.<sup>54</sup>

Así, ya como supuesto del reconocimiento de la dignidad humana o factor esencial del desarrollo de las naciones, o como la clave supervivencia de la especie humana, la paz ha sido incorporada en la axiología normativa y constitucional como valor fundamental.

#### 4.1.2. La paz como derecho

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la paz aparece enunciada al lado de derechos básicos como la libertad, la igualdad y la justicia. En general, en el Derecho Internacional la paz se ha tomado, al tiempo, como *derecho humano* y *derecho colectivo* de tercera generación. El anteproyecto del Pacto Internacional de los Derechos Humanos de Tercera Generación desarrolla los conceptos del derecho a la paz civil, a la seguridad colectiva, al desarme general y completo bajo control internacional y a la protección en caso de agresión, como bienes jurídicos en cabeza “todo hombre y todos los hombres tomados colectivamente”<sup>55</sup>.

En Colombia, el *derecho a la paz* ha sido explicado por la Corte Consti-

<sup>54</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-578 de 2002.

<sup>55</sup> Anteproyecto elaborado por la Fundación Internacional de los Derechos Humanos. (N del A: humano/s por hombre/s).

tucional en su condición de derecho colectivo, basado en la naturaleza del mismo y en los mecanismos constitucionalmente previstos para su protección, así:

“El artículo 22 de la C. N., contiene el derecho a la paz y el deber de su obligatorio cumplimiento, derecho este que por su propia naturaleza pertenece a los derechos de la tercera generación, y requiere el concurso para su logro de los más variados factores sociales, políticos, económicos e ideológicos que, recíprocamente se le pueden exigir sin que se haga realidad por su naturaleza concursal o solidaria. Esta interpretación encuentra fundamento adicional en lo preceptuado en el Art. 88 de la C. N. que consagra las Acciones Populares como mecanismo especializado para la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública... y otros de similar naturaleza que definen en ella.” Así lo entendió el legislador al expedir el Decreto 2591 cuando señaló la improcedencia de la Acción de Tutela para proteger derechos colectivos como la paz y los demás contemplados en el artículo 88 de la Constitución Política.”<sup>56</sup> (subrayas fuera del original).

No obstante lo anterior, la propia Constitución ha consagrado la paz “como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”, en el capítulo de los derechos fundamentales. Esta definición lo designa como un derecho subjetivo del que es titular todo sujeto individualmente considerado, al cual corresponde el *deber jurídico* correlativo de contribuir a la paz. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional:

<sup>56</sup> Sentencia T-008 de 1992.

“Una característica peculiar del derecho a la paz es el de la multiplicidad que asume su forma de ejercicio. Es un derecho de autonomía en cuanto está vedado a la injerencia del poder público y de los particulares, que reclama a su vez un deber jurídico correlativo de abstención; un derecho de participación, en el sentido de que está facultado su titular para intervenir en los asuntos públicos como miembro activo de la comunidad política; un poder de exigencia frente al Estado y los particulares para reclamar el cumplimiento de obligaciones de hacer. Como derecho que pertenece a toda persona, implica para cada miembro de la comunidad, entre otros derechos, el de vivir en una sociedad que excluya la violencia como medio de solución de conflictos, el de impedir o denunciar la ejecución de hechos violatorios de los derechos humanos y el de estar protegido contra todo acto de arbitrariedad, violencia o terrorismo. La convivencia pacífica es un fin básico del Estado y ha de ser el móvil último de las fuerzas del orden constitucional. La paz es, además, presupuesto del proceso democrático, libre y abierto, y condición necesaria para el goce efectivo de los derechos fundamentales.”<sup>57</sup> (Negrillas fuera del original).

#### 4.1.3. El contenido del derecho a la paz

La paz, como bien social, admite gradación. Desde una perspectiva básica, se concibe como la ausencia de conflicto violento y, por ende, de agentes de violencia a gran escala; desde un enfoque complejo, como la armonía social resultante del efectivo y generalizado disfrute de los derechos humanos. Estas aproximaciones valorativas al concepto de paz repercuten en el alcance del derecho

<sup>57</sup> Sentencia T-102 de 1993.

subjetivo correspondiente. Así, se entenderá el derecho a la paz como el derecho a la superación de la conflictividad violenta a través de medios legítimos, incluyendo el derecho a la mitigación de los efectos de la violencia en la población y la ‘humanización’ de la guerra en escenarios de conflicto interior o externo, constituyendo su núcleo esencial el derecho a la seguridad personal, comunitaria o colectiva. En tiempos de no guerra o postconflictividad, el contenido del derecho a la paz podrá derivar hacia la paz social entendida como el estado de disfrute tranquilo y generalizado de los derechos individuales, socioeconómicos y colectivos.

En consecuencia, el derecho a la paz, en su contenido nuclear, se consagra como un derecho fundamental, ya que de su realización depende el disfrute efectivo de los derechos a la dignidad, a la vida, a la libertad, y a otros derechos civiles y políticos. Y del mismo se desprende el deber jurídico correlativo de “propender al logro y mantenimiento de la paz”, que el artículo 95 de la Constitución Política instituye en cabeza de la persona y el ciudadano.

## 4.2. La paz en la Ley 975 de 2005

### 4.2.1. La paz, fin y objeto de la Ley 975 de 2005

Ya se expuso el desarrollo normativo del derecho a la paz (1.2.1.): como finalidad declarada de la ley 975/05, en cuanto objeto propio de dicho estatuto y como condición –la contribución a la paz– para el otorgamiento de beneficios judiciales. En suma, el carácter instrumental que tienen la Ley 975/05 en la transición hacia la paz. También se hizo referencia a la conflictividad de alta intensidad, como rasgo fundamentador de este experimento de justicia transicional. Con todo, respecto del derecho a la paz, la normatividad de justicia y paz cuenta con otros desarrollos.

### 4.2.2. Definición de desmovilización

El Artículo 9° de la Ley 975 de 2005 aborda el tema de la desmovilización: “se entiende por desmovilización el acto individual o colectivo de dejar las armas y abandonar el grupo armado organizado al margen de la ley, realizado ante autoridad competente”. Este punto es crucial por dos razones: (i) la desmovilización es requisito para la elegibilidad del miembro del grupo armado como posible beneficiario de la ley de justicia y paz<sup>58</sup>; (ii) la dejación de las armas y el abandono y disolución del grupo armado es indispensable garantía de no repetición. En efecto, un esquema como el de la ley de justicia y paz, que no admite el modelo de negociación en medio de la guerra, no podía menos que hacer del acto individual o colectivo de desmovilización el punto de quiebre entre el accionar ilegal y la reincorporación a la vida en legalidad.

### 4.2.3. Eximentes de responsabilidad para delitos conexos

La Ley 975 de 2005 quiso también desarrollar unos instrumentos complementarios de tránsito hacia la paz.

Previó figuras eximentes de responsabilidad penal, diversas según la etapa procesal correspondiente, así: resolución inhibitoria, para sujetos no procesados, preclusión de la instrucción para aquellos en fase de investigación y cesación de procedimiento para aquellos en etapa de juicio, y tácitamente de indulto para condenados. Debe decirse que tal disposición no cobija a los autores de graves delitos; y ni siquiera los miembros rasos de grupos de autodefensas desmovilizados podrían aspirar a los beneficios de esta ley. La sola pertenencia a un grupo paramilitar está definido penalmente en Colombia como concierto para delinquir agravado, mientras la

disposición comentada hace referencia al concierto para delinquir simple, a la utilización ilegal de uniformes e insignias, la instigación a delinquir en los términos del inciso primero del artículo 348 del Código Penal y la fabricación, tráfico y porte de armas y municiones, delitos que se han entendido conexos y complementarios de otros mayores<sup>59</sup>. Así, está llamada esta disposición a tener poca relevancia en el proceso de justicia y paz, al no tener aplicación ni para los jefes y autores de graves violaciones a los derechos humanos ni frente al grueso de la militancia de las autodefensas por su propia condición de miembros de ellas.

### 4.2.4. La autodefensa como delito político

La intención de homologar a miembros de autodefensas con miembros de guerrillas, en una común condición de delincuentes políticos, fue fallida. El artículo 71 de la Ley 975 dispuso: “También incurrirá en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. En este caso, la pena será la misma prevista para el delito de rebelión”.

La sedición es uno de los delitos previstos en el Código Penal colombiano como una forma de conducta contra el régimen constitucional y legal<sup>60</sup>, al lado de otros como la rebelión, compartiendo la modalidad del empleo de las armas, esto es, del ejercicio de la violencia para fines políticos. A diferencia de la rebelión, propia de los que se alzan en armas para derrocar al gobierno de la Nación o suprimir o modificar el régimen constitucional –insurgentes o guerrilleros–, la autodefensa no busca la instauración de un orden revolucionario: su conducta se inscribe en el propósito de impedir el libre funcionamiento del régimen

<sup>59</sup> Ley 975 de 2005, artículo 69.

<sup>60</sup> Código Penal colombiano, artículo 468.

<sup>58</sup> Ley 975 de 2005, artículos 10 y 11.

constitucional. Los legisladores adujeron que tal sería el caso de los llamados grupos paramilitares: empleo ilícito de las armas para suplantar al Estado en sus funciones de seguridad, de gobierno y administración de justicia, con el fin real o supuesto de combatir a la insurgencia. La Corte declaró inconstitucional la disposición, por vicios en el trámite de su aprobación, sin entrar a fallar de fondo sobre el asunto. Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia encontró contrario a la Constitución la aplicación del estatuto de delincuente político a los paramilitares en casos concretos, pendiendo una decisión con fuerza de cosa juzgada constitucional.

#### 4.2.6. Los acuerdos humanitarios

Atrás se expresó que la paz admite gradación, y que partiendo de entender el derecho a la paz como la superación de la conflictividad violenta a través de medios legítimos, cabe incluir el derecho a la mitigación de los efectos de la violencia en la población a través de prácticas de ‘humanización’ de la guerra. La Ley 975/05 reiteró la obligación del Gobierno de garantizar el derecho a la paz, autorizando al Presidente de la República para adelantar –a través de representantes o voceros–, “*contactos que permitan llegar a acuerdos humanitarios con los grupos armados organizados al margen de la ley*”<sup>61</sup>. Y lo facultó para “solicitar a la autoridad competente, para los efectos y en los términos de la presente ley, la suspensión condicional de la pena, y el beneficio de la pena alternativa a favor de los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley con los cuales se llegue a acuerdos humanitarios”.

Así los acuerdos humanitarios, como instrumento para la humanización de la guerra, la protección de la población civil y la eventual aproximación hacia procesos de desarme, desmo-

vilización y paz, fueron incorporados como recursos de justicia transicional, sin que hasta ahora hayan tenido desarrollos importantes.

### 4.3. La garantía de no repetición de los hechos violatorios de los DD. HH.

4.2.1. Suelen los textos jurídicos y los instrumentos internacionales incluir el deber de garantía de no repetición en el derecho a la reparación. Lo propio hizo la Ley 975/05. Sin negar la naturaleza reparatoria de este deber de garantía, la no repetición se presenta en este estudio como un contenido del derecho a la paz, entendiendo que los fenómenos de demobilización, disolución y desmantelamiento de las estructuras criminales son realizaciones de este derecho y los programas de reinserción son capítulos de los procesos de paz. No obstante, es plausible asociarla al derecho a la reparación, extendiéndolo a la obligación estatal de adoptar medidas para garantizar que no se repitan los fenómenos criminales y violentos que lesionaron a las víctimas.

Específicamente, en el examen de constitucionalidad del artículo 29 de la Ley 975 de 2005, respecto del compromiso que adquiere el beneficiario de la pena alternativa durante el período de libertad a prueba –tras cumplir la pena alternativa– consistente en “*no reincidir en los delitos por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley*”, la Corte Constitucional pudo referirse puntualmente a la garantía de no repetición, a su juicio, vulnerada con esta disposición.

Para la Corte, hubo en tal expresión una desproporcionada afectación del valor justicia y del derecho de las víctimas a la no repetición. En efecto, tal regla admite para el desmovilizado “*la coexistencia del beneficio de reducción de pena con fenómenos de reincidencia en relación con delitos distintos a*

*aquellos por los cuales fue condenado*”. Apenas lógico. La concesión de beneficios debe estar atada al compromiso de no incurrir intencionalmente en conductas criminales, no solo aquellas objeto de la condena sino otras que desvirtúen la contribución del beneficiario a la paz y hagan nugatorios los compromisos de reincorporación a la vida civil. Razones por las cuales declaró la inconstitucionalidad de las expresiones que dieron sentido a esta proposición normativa.

## 5. Conclusiones.

### 5.1. La Ley 975 de 2005

Expedida en el marco de un proceso sui generis de desmovilización y desarme de grupos contrainsurgentes-narcotraficantes, no derrotados militarmente y sin desmovilización de la contraparte guerrillera de la confrontación, es el primer experimento de justicia transicional en Colombia. Con la ley de justicia y paz Colombia se aparta de su tradición centenaria de resolver los conflictos armados internos con fórmulas de perdón y olvido, utilización de mecanismos eximentes de responsabilidad penal e invisibilización de las víctimas de los crímenes perpetrados.

### 5.2. La Ley 975 de 2005

A partir de su naturaleza transicional, contiene elementos más propios de una política de sometimiento a la justicia que de una negociación política de un conflicto armado. En relación con los grupos de autodefensas, en el marco de su aplicación: (i) no se admitió la posibilidad de negociación del orden constitucional, (ii) ni se les permitió realizar la conversión de grupo armado a organización política. La oferta del Estado fue el otorgamiento de beneficios judiciales, con una fuerte carga de deberes en materia de verdad y reparación, sin concurrencia de instrumentos políticos y jurídicos para los victimarios como la amnistía y el indulto ni privilegios políticos para su incorporación pública.

<sup>61</sup> Ley 975 de 2005, artículo 60.

### 5.3. La normatividad de justicia y paz y la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Acogieron los estándares internacionales en materia de resolución de conflictos armados internos caracterizados por graves violaciones de los DD. HH. Este marco jurídico compuesto, configura, en sí mismo, un modelo básico de negociación de los conflictos armados en Colombia hacia el futuro, que excluiría los acuerdos políticos sin justicia, verdad y reparación (Cabe recordar el fallo de la CIDH sobre la invalidez de amnistías, indultos y excluyentes de responsabilidad penal frente a violaciones graves de los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional humanitario<sup>62</sup>).

<sup>62</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos contra Perú: "(...) son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconoci-

### 5.4. El delito político

Como instrumento clave en los procesos de paz del siglo XIX y la casi totalidad del siglo XX en Colombia, ha sufrido una significativa desvalorización. No solo se consolida la desmovilización de grupos armados ilegales sin que les sea aplicado tal estatus, sino que se hace evidente su ineficacia para resolver situaciones jurídicas de miembros de los grupos armados ilegales incurso en delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y graves violaciones de los DD. HH, quienes pese a un reconocimiento expreso de su condición de rebeldes o sediciosos, son sujetos, en todo caso, de aplicación de los mínimos normativos internacionales y propios de la justicia de transición.

### 5.5. La Ley de justicia y paz

Ha prohijado la más formidable movilización de víctimas de violencia política en la historia de Colombia y el creciente reconocimiento de sus derechos. Han pasado las víctimas a ser las protagonistas de los procesos de paz en el futuro de Colombia.

*dos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos".*



# HOMENAJE A LAS VÍCTIMAS DE LAS VIOLENCIAS QUE HA PADECIDO COLOMBIA<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Síntesis de la alocución expresada por el Presidente de la Corte Constitucional, Nilson Pinilla Pinilla, con ocasión del homenaje rendido a las víctimas de las violencias en Colombia, el 12 de agosto de 2009 en el Parque de la Vida en Barrancabermeja (S.).



Amantes irreductibles de este solar patrio, nosotros los habitantes de la esquina noroccidental de Suramérica hemos estado padeciendo de continuo los horrores de las violencias, desde las connaturales a algunos grupos aborígenes, unos más que otros, apabullados luego por la violencia del conquistador y el colonizador español, sojuzgador de los indígenas, al igual que

de los esclavos vilmente traídos de África, a quienes les fueron impuestos durante cerca de cuatro siglos formas de vida y de producción ajenas a sus costumbres, con vasallaje, desplazamientos, explotación, epidemias, vejaciones y muerte.

La violencia para alcanzar la así llamada independencia a principios del siglo XIX,

donde indígenas, mulatos, afrodescendientes, mestizos y españoles nacidos en estas tierras, se enfrentaron a españoles, mestizos, afrodescendientes, mulatos e indígenas, aquellos insurrectos y soñadores de un régimen político propio, lo cual no trajo paz sino casi una centuria de guerras civiles, desde la Patria Boba hasta la Guerra de los Mil Días, en esa lucha fratricida por consolidar intereses personales y facciosos por encima de la despreciada institucionalidad.

Después de la “calma chicha” de comienzos del siglo XX, en el escenario de unos partidos con más beligerancias que ideas y una economía en ascenso, marcada por hondas diferencias sociales y crecientes conflictos laborales, llega la violencia partidista de los mil novecientos treinta, cuarenta y cincuenta, por esa polarización irracional aupada desde la tunanería capitalina, llevando la desolación, la tristeza y la ruina a villas y campos, ferocidad desbancada por la aparición de grupos primero rebeldes y pronto igualmente perversos, en amplios sectores de la geografía patria.

Vienen entonces las violencias del narcotráfico desde los mil novecientos setenta, por la explosión ilegal e incontrolada del cultivo, producción y tráfico de estupefacientes, promotoras de ingente dinero fácil y de una economía subterránea aliada con todas las manifestaciones de delincuencia de alto rendimiento económico, incluida la corrupción, la extorsión, el secuestro y el sicariato.

Así se engendran las violencias que actualmente padecemos y luchamos para doblegar, frente a esa alianza entre narcotraficantes, “guerrilleros” y “autodefensas”, concertados en grupos despiadadamente criminales, que invadiendo campos y ciudades, han sembrando la muerte, el sufrimiento, el terror, el desarraigo, la desintegración familiar.

Todo este proceso se ha erigido como un terrible sino histórico y como la suma de infortunios nacidos y alimentados en el seno de una sociedad construida sobre diferencias, exclusiones e injusticias, circunstancias adversas que han conducido a privilegiar la corrupción y los métodos violentos, arrojando víctimas inocentes cuya sangre vertida ensombrece nuestra patria.

Víctimas que a la luz de nuestra Carta Política y del bloque de constitucionalidad,

demandan verdad, justicia y reparación, interpretadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-228 de 2002<sup>2</sup>, elevadas a rango superior y reafirmada la protección irrestricta de sus derechos, su restablecimiento y reparación ante los perjuicios irrogados por conductas punibles que conculcan múltiples derechos, como la vida, la integridad personal, la libertad, la dignidad humana, el arraigo, la vivienda digna, la educación, el trabajo, la unidad familiar, el libre desarrollo de la personalidad, etc., victimización extendida a sus familiares, a la sociedad y a la humanidad.

La búsqueda de la realidad implica, i) el derecho de la víctima “a conocer la verdad de lo sucedido, a saber quiénes fueron los agentes del daño, a que los hechos se investiguen seriamente y se sancionen por el Estado, y que se prevenga la impunidad”; ii) para los familiares de la víctima, “la posibilidad de conocer lo sucedido a ésta, y, en caso de atentado contra el derecho a la vida, el derecho a saber dónde se encuentran los restos; en estos supuestos, este conocimiento constituye un medio de reparación y, por tanto, una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad como un todo”; y iii) para la sociedad, ese mismo derecho a la verdad se encamina a “la divulgación pública de los resultados de las investigaciones sobre graves violaciones de derechos humanos”, aunado a que se debe respetar el interés de la comunidad a que se investigue, se reconstruya la verdad y se sancione a los responsables (sentencia C-370 de 2006)<sup>3</sup>.

Los derechos de las víctimas han surgido en el ámbito internacional desde la protección y promoción de los derechos fundamentales que consagran la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y más recientemente, entre muchos otros instrumentos, la Resolución

<sup>2</sup> Abril 3, Ms. Ps. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynet.

<sup>3</sup> Mayo 18, Ms. Ps. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

2005/35 de abril 19 de 2005, en la que se establecen los *"Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recurso y obtener reparaciones"*.

Alrededor de los principios así estatuidos para garantizar, entre otros, el derecho inalienable a conocer la verdad, se consagraron el *"derecho a saber"* como garantía de los pueblos al cabal conocimiento de lo acaecido, particularmente en relación con crímenes aberrantes, lo que proporciona *"una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones"*; y el *"deber de recordar"*, al considerar que la historia de los pueblos forma parte de su patrimonio, resultando imperativa para el Estado su preservación.

Parte integrante del derecho a la verdad es el derecho a la memoria, de enorme significación entre los pueblos, al constituirse en un amparo contra la repetición de actos que entrañan grave vulneración de

derechos humanos, entre ellos la dignidad como inmanente valor de la existencia.

Garantizar la memoria incluye como mínimo, i) la posibilidad de que las sociedades conozcan su propia historia; ii) elaborar un relato colectivo fidedigno, y iii) recordar tales hechos. Así lo resaltó la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-370 de mayo 18 de 2006, con ocasión del examen de la denominada *"Ley de Justicia y Paz"* (975 de 2005), donde se impone a las autoridades públicas adelantar investigaciones exhaustivas y proceder a su difusión para *"satisfacción de los derechos de las víctimas y adopción de medidas de no repetición"*, recordando además su artículo 7º, inciso final: *"Los procesos judiciales que se adelanten a partir de la vigencia de la presente ley no impedirán que en el futuro puedan aplicarse otros mecanismos no judiciales de reconstrucción de la verdad."*

Bajo estos derroteros y con el anhelo de promover desde Barrancabermeja, donde el amor es clave, la reconciliación nacional, hoy rendimos sentido homenaje a nuestras víctimas:

Porque sus sueños truncados y luchas acalladas se preserven en la memoria de las actuales y venideras generaciones;

Porque las injurias a su dignidad humana y las atrocidades padecidas jamás se repitan;

Porque la verdad, la justicia y la reparación se erijan como su voz permanente y la de sus familiares y amigos;

Porque su dolor y la sangre vertida no sean semilla de venganza sino fuente de convivencia;

Porque el amor y el afecto ofrecidos en vida constituyan bálsamo para sanar las heridas que dejaron en los corazones de sus seres queridos;

Porque se pregone y se cumpla que hay que amar, nunca odiar;

Porque el perdón reemplace al rencor, a partir de que se esclarezca la verdad y al menos se sepa a quién y de qué ha de perdonarse.

Porque, en fin, COLOMBIA conozca la concordia y la paz, en la justicia social.



Si la humanidad, por la maldad de muchos congéneres, engendró la guerra, por la bondad de la mayoría, también puede edificar la paz.

**Nilson Pinilla Pinilla**

Presidente Corte Constitucional

Barrancabermeja, 11 de agosto de 2009

La convivencia pacífica, alejada de odios y de rencores, constituye tarea jurídica y social difícil de construir pero no irrealizable, que nos exige el presente y el futuro como arquitectos de nuestra amada patria, de nuestro destino; paz que solo será verdadera, permanente y feliz en la realidad del perdón, el respeto a los derechos de los demás y la irreductible voluntad de conciliación.

Retomando el pensamiento del politólogo e historiador Luis Pinilla, ex

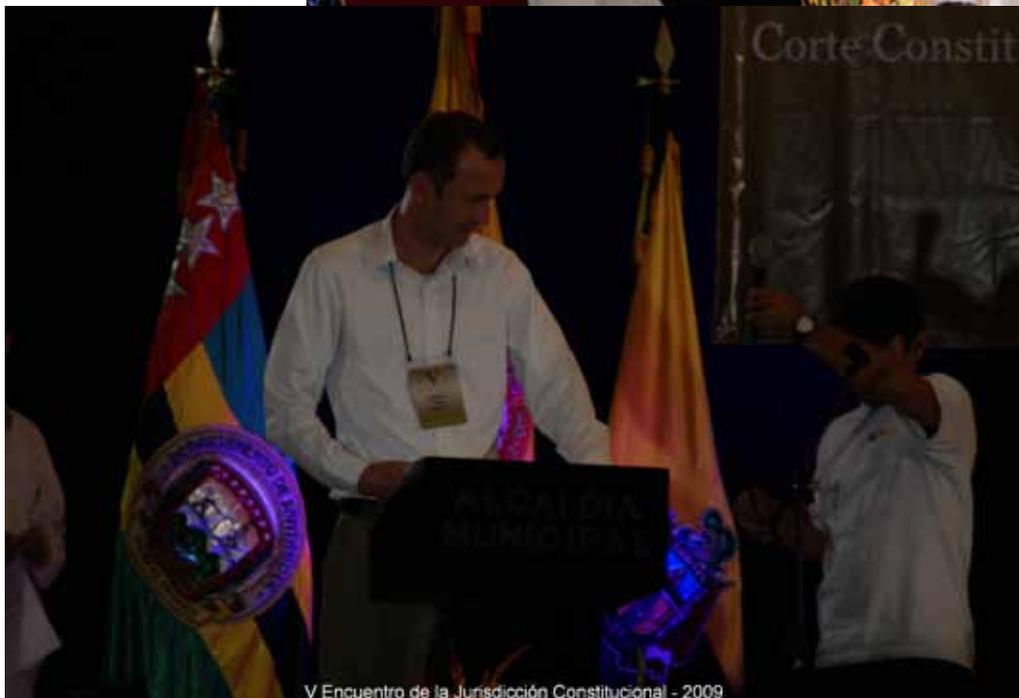
alcalde de esta ciudad, vertido en su reciente obra "Violentos Somos", construiremos y amaremos la paz que tanto soñamos, "con el perdón que sale del corazón, que no tiene condiciones, pero sí merece el arrepentimiento en reciprocidad; elementos estos dos, perdón y arrepentimiento, que conducen hacia la reconciliación, requisito sine qua non para construir la paz. Sin perdón ni arrepentimiento, como personas, nunca podremos vivir en paz y como sociedad, solo seguiremos la secuencia interminable de

*violencias que hemos padecido desde siempre*"<sup>4</sup>.

*Si la humanidad, por la maldad de muchos congéneres, engendró la guerra, por la bondad de la mayoría, también puede edificar la paz.*

<sup>4</sup> Uniediciones, Bogotá, 2009, pág. 218.

# V ENCUESTRO JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL 2009



V Encuentro de la Jurisdicción Constitucional - 2009

Enero 2010

REVISTA CORTE CONSTITUCIONAL



## XVI Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y de las Salas Constitucionales de América Latina

Cartagena de Indias, Colombia, septiembre de 2009

Con la amplia colaboración de la Fundación Konrad Adenauer, le correspondió el honor a la Corte Constitucional de Colombia organizar y ser anfitrión de este nuevo encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y de las Salas Constitucionales de América Latina, evento que tuvo su cita en la bella ciudad de Cartagena de Indias D. T. y C., entre el 7 y 11 de septiembre del presente año.

En esta oportunidad, las variables condiciones de orden socioeconómico, político-constitucional y medio ambientales que

han alterado de manera radical el andar del mundo durante este último año y de manera muy particular en nuestro entorno latinoamericano, se ofrecieron como temas de gran interés para ser analizados en este encuentro, desde el punto de vista del derecho constitucional.

En efecto, la dinámica que a nivel constitucional se ha manifestado en estas latitudes, particularmente por las recurrentes y recientes reformas que han sufrido las constituciones en un buen número de nuestros países, han obligado a los estudiosos de las ciencias

sociales y en especial a los Tribunales y Salas Constitucionales de nuestros países, a redoblar esfuerzos en aras de mantener la coherencia de los textos normativos superiores.

Por ello, el necesario fortalecimiento de la jurisdicción constitucional en tanto institución judicial garante de la armonía normativa y primacía de la Carta Política, así como el respeto de sus pronunciamientos por todos los ciudadanos y por los demás poderes públicos, son factores esenciales para lograr esta labor tan exigente, pues de ello dependerá no solo la estabilidad y seguridad jurídica de cada país, sino que se verá reflejado igualmente en una justicia más igualitaria, más participativa y más incluyente.

Y es en efecto esta justicia más participativa e incluyente la que deberá romper con las condiciones de desigualdad evidentes en nuestros países latinoamericanos, en los que los factores de marcada pobreza e inequidad social, comprometen de manera más exigente y diligente la administración de justicia y en especial la justicia constitucional, pues a través de ella se logra de manera más efectiva el ejercicio de sus funciones estabilizadores. Así, la exigente tarea interpretativa de las normas constitucionales y el proferimiento de decisiones efectivas que rompan con estas inequidades empujan al fortalecimiento de las instituciones judiciales, para tener más dinamismo en su gestión y mayor efectividad en sus decisiones.

Ciertamente, esta actividad requiere un contundente compromiso en el que los postulados democráticos de dignidad humana, igualdad, justicia, libertad y paz propugnen por la protección de los más débiles. Ciertamente la difícil situación socioeconómica de nuestras repúblicas, se ha agravado, en algunas ocasiones por los desequilibrios de los diferentes poderes del Estado, en los que la concentración de poder en el ejecutivo, provocada en gran medida, por la creciente deslegitimación del poder legislativo y una justicia lenta en razón del exceso formal y la inmensa carga laboral, impone una gran responsabilidad al juez constitucional, quien debe actuar como el fiel en la balanza de la justicia.

Frente a esta encrucijada en la que los factores jurídicos, sociales, políticos y económicos se entrelazan, ha de agregarse un nuevo factor de gran importancia y cuya impostergable responsabilidad exige una respuesta contundente e inmediata de todos como es el compromiso por el medio ambiente. Por ello, los principios y postulados constitucionales que para tal efecto se encuentran contenidos en las normas superiores de nuestros países, exige de los jueces constitucionales y en especial de los máximos organismos que los representan, una intensa protección constitucional.

